

Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique. 2e édition

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Coumoul, Jules. Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique. 2e édition. 1911.

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.

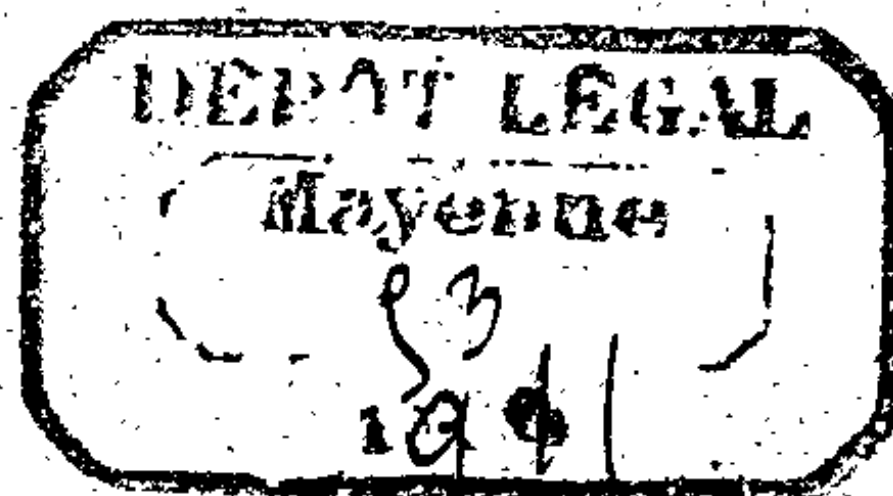
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions 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.



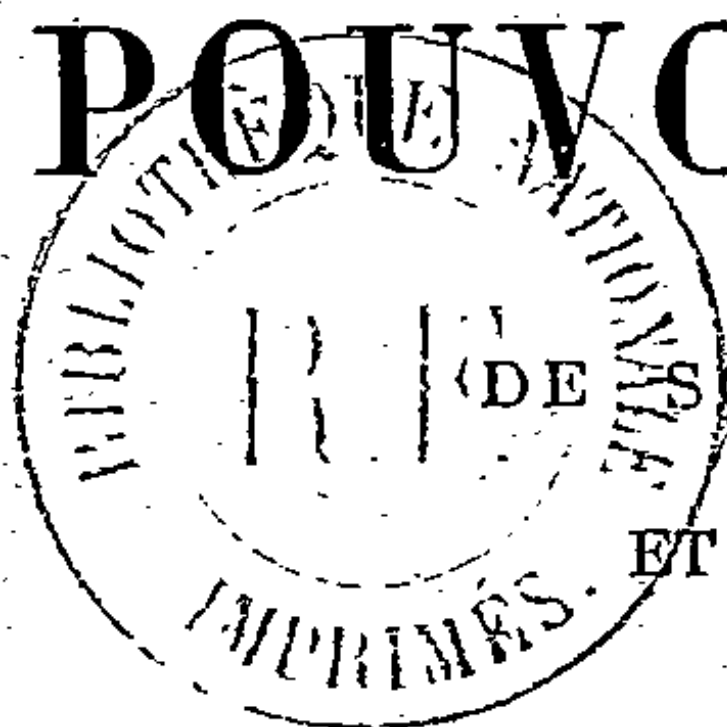
*Wassermann letter
Carmichael
18612*

1864 2

TRAITÉ

DU

POUVOIR JUDICIAIRE



DE SON RÔLE CONSTITUTIONNEL

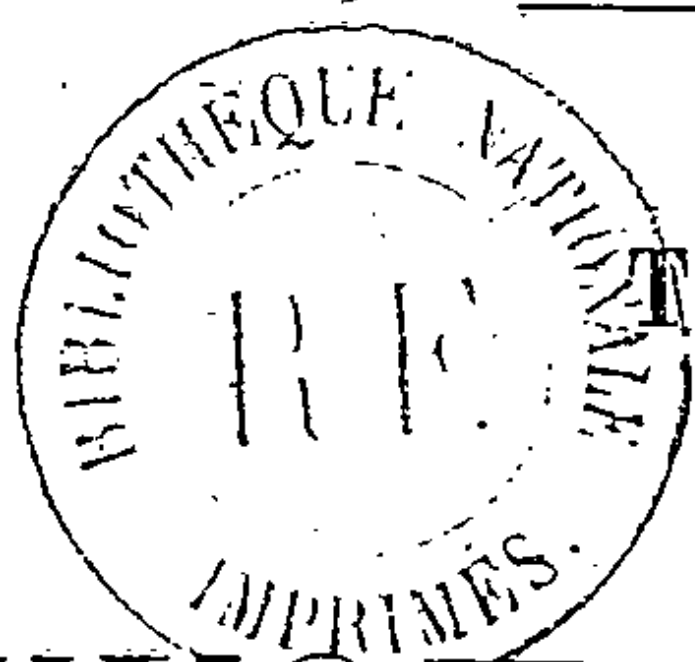
ET DE SA RÉFORME ORGANIQUE

87

22034

JULES COUMOUL

DOCTEUR EN DROIT



TRAITÉ

DU

POUVOIR JUDICIAIRE

DE SON RÔLE CONSTITUTIONNEL

ET DE SA RÉFORME ORGANIQUE

DEUXIÈME ÉDITION

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1911

PRÉFACE

« Il n'y a point de liberté, si la puissance
« de juger n'est pas séparée de la législative
« et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la
« puissance législative, le pouvoir sur la vie
« et la liberté des citoyens serait arbitraire ;
« car le juge serait législateur. Si elle était
« jointe à la puissance exécutrice, le juge
« pourrait avoir la force d'un oppresseur. »

MONTESQUIEU.

Esprit des lois, Liv. XI, ch. VI.

« Le caractère de la puissance judiciaire,
« chez tous les peuples, est de servir d'arbi-
« tre. »

DE TOCQUEVILLE.

Démocratie en Amérique, t. I, p. 158.

Ce livre n'a pas pour objet de présenter un système nouveau de réforme judiciaire ; il y en a déjà tant qu'il a été nécessaire de leur ouvrir un chapitre spécial, dans la nomenclature des travaux parlementaires, le chapitre de « la réforme judiciaire » et, comme conséquence, de créer une commission de même nom, chargée de l'étude, de l'élaboration de tous les projets, rentrant dans cette catégorie.

On n'apprendra rien à personne en observant que ces mesures étaient par elles-mêmes insuffisantes pour donner de grands résultats ; les commissions *permanentes* mériteraient peu ce qualificatif si elles aboutissaient trop vite, et il faut leur rendre cette justice qu'elles n'ont garde généralement d'encourir ce reproche.

Pourtant il faut bien reconnaître que la commission de la réforme judiciaire a une excuse meilleure que la lenteur proverbiale de ses pareilles, c'est l'innombrable variété et, très souvent, le caractère contradictoire des questions qui lui sont soumises. Comment se retrouver dans cet amas confus ? Où sera la vue d'ensemble, le fil conducteur... ? C'est peut-être bien là la difficulté la plus grave, mais qui, en même temps qu'elle s'accuse, fait sentir le vice de la méthode adoptée et la position défectueuse du problème judiciaire.

Lorsqu'une institution, d'ailleurs indispensable, ne remplit qu'imparfaitement sa fonction, que des défauts multiples et graves apparaissent dans toutes les manifestations de son activité, il faut en conclure qu'elle n'est point affectée seulement d'imperfections de détail, mais d'une défectuosité essentielle et profonde. Des réformes ne sauraient suffire, car qui dit réforme dit modification partielle ; c'est l'institution entière qu'il s'agit de fonder sur de nouvelles bases et d'après un principe différent.

Ce principe quel est-il ? Faut-il le prendre dans quelque nouvelle école, dans quelque conception théorique inédite ? Non certes : Montesquieu l'a fixé définitivement ; il a marqué la nature, le caractère et l'objet du pouvoir judiciaire, d'un trait simple et profond. Le *texte*, posant la doctrine et la justifiant, existait dès lors. En une formule synthétique, il fut désormais établi que « le judiciaire » devait exister comme

pouvoir de l'État, et pourquoi il devait en être ainsi.

Mais si les synthèses suffisent à fonder la théorie, la pratique a d'autres exigences : une formule, quelque nette et exacte qu'elle soit, fût-elle gravée dans le marbre le plus dur et le plus précieux, ne saisit pas suffisamment l'attention ; il faut que l'exégèse en dissèque les termes, en précise le sens, et que le commentaire la développe ; il faut que les faits concrets soient rapprochés du principe, et en constituent la démonstration vivante.

Cette œuvre de seconde main était à faire sur le texte de Montesquieu, et des monographies éparses, quelque nombreuses et estimables qu'elles soient, ne pouvaient la remplacer.

Ainsi, développer la théorie du pouvoir judiciaire, en montrer le caractère constitutionnel, indiquer les prérogatives dont il doit être naturellement pourvu et les conditions nécessaires à son fonctionnement, telle est la pensée généralisatrice qui a inspiré les pages qui vont suivre, et dont les textes placés en épigraphe constituent tout le fond.

La réforme dont cette étude de droit constitutionnel s'est proposé de démontrer la nécessité, comme conséquence des principes et comme moyen naturel de mettre un terme aux abus et aux difficultés pratiques de gouvernement que son absence a fait naître, ne saurait être taxée de témérité. Cette nécessité a, d'ailleurs, été implicitement reconnue par toutes les constitutions françaises antérieures à celle de 1875, qui n'avaient pas hésité à placer le pouvoir judiciaire au rang des pouvoirs constitutionnels. Quant aux changements qu'elle impose, ils ne sauraient effrayer que des esprits hypnotisés à l'excès par l'organisation constitutionnelle de l'an VIII, en laquelle seule ils voient une préservation suffisante con-

tre un certain nombre de spectres, trop souvent et trop légèrement évoqués. De ce nombre est la justice dans l'ancienne France, ou plutôt les prérogatives excessives des parlements. De ce nombre aussi les corporations, « proscrites à tout jamais » (loi du 14-17 juin 1791), qui revivent aujourd'hui dans les syndicats professionnels et les associations, multipliées sous mille formes, par l'encouragement du législateur.

Quant aux parlements, on ne se souvient que des abus, et l'on oublie trop qu'ils constituaient le meilleur élément de ces forces de résistance qui, chez les peuples civilisés, doivent combattre pour la liberté, et faire équilibre à la puissance des autres pouvoirs constitués dans l'État. C'est d'ailleurs le rôle traditionnel et scientifique du pouvoir judiciaire, et la réforme ici ne serait que la restitution d'un ancien et noble édifice, endommagé par les révolutions, réparé ou plutôt replâtré en vue d'une utilisation immédiate et restreinte, mais sans le souci de ses lignes générales et de sa destination essentielle.

Nécessaire avec tous les gouvernements modérés, un pouvoir pondérateur est particulièrement indispensable dans une république démocratique, et, dans un tel régime il ne saurait se rencontrer ailleurs qu'en cette « puissance judiciaire, dont le caractère, dit M. de Tocqueville, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre ¹ ».

Les meilleurs esprits l'ont bien compris, lorsqu'ils ont proposé d'établir en France une institution analogue à la Cour suprême des États-Unis². Mais la réforme ainsi entendue man-

1. *De la Démocratie en Amérique*, t. I, p. 158.

2. M. Charles Benoist a déposé à la Chambre des députés une proposition de loi en ce sens. Il en a développé les motifs dans une remarquable étude publiée par la *Revue des Deux Mondes*, numéro du 15 octobre 1899, sous ce titre : « Le pouvoir judiciaire dans la démocratie ».

querait d'ampleur, et ne répondrait pas à la complexité de la tâche qui s'impose sous mille formes différentes, sur des points très divers du territoire. Enfin, devant cette Cour suprême spéciale, tout un ensemble de règles de fond et de forme serait à établir, qui en rendrait l'accès difficile et la compétence parfois douteuse. Que l'on permette au contraire aux juridictions ordinaires de remplir, dans *tous les litiges*, leur rôle naturel d'interprètes et de sanctionnateurs de toutes les *lois véritables*, quelle qu'en soit la nature, il n'en faudra pas davantage pour maintenir l'équilibre entre les pouvoirs, et assurer le respect des droits sociaux ou individuels.

Mais si un pareil système n'est pas nouveau, s'il ne comporte qu'une révision et un contrôle d'éléments existants et bien connus, il n'en entraînerait pas moins une modification considérable de ce qui existe. Or de telles modifications doivent se justifier par l'évidence même des défauts de l'institution, et par l'exposé des critiques qui en révèlent les vices.

Les défauts... ils seront signalés dans le cours de cet ouvrage. Quant aux critiques, provoquées par les circonstances quotidiennes et le jeu même de l'institution, leur caractère personnel et contingent en marque l'importance moindre, et il convient de les examiner brièvement ici.

Le pouvoir judiciaire a d'abord contre lui *le nombre*, naturellement ennemi de la contrainte et de l'autorité, jaloux des prérogatives et du prestige que comporte la fonction ; et, dans *le nombre*, il faut comprendre tous ceux que l'intérêt ou l'ambition incitent à favoriser ses passions et ses instincts.

Mais il a aussi contre lui la critique sincère et sérieuse dont il est nécessaire de tenir compte. Elle émane de deux

sources : 1° l'opinion publique en général, plus ou moins éclairée ; 2° les hommes dont leurs études ou leurs travaux quotidiens ont fait des spécialistes avertis et compétents.

C'est par ses organes ordinaires, la tribune, la presse, le théâtre que l'opinion publique traduit ses jugements. Le théâtre notamment leur a donné une vibrante expression dans un drame dont plusieurs années de succès retentissant n'ont pas encore épuisé l'actualité : *La Robe rouge*, de M. Brieux.

L'œuvre a les défauts de son procédé : si le théâtre est un des moyens les plus efficaces de saisir l'opinion ; si il prend le public par les yeux, par les oreilles, par les nerfs ; si en un mot, suivant l'expression de Gabriele d'Annunzio, il est *animateur des foules*, il a aussi l'inconvénient de présenter les choses avec des grossissements, peut-être nécessaires à l'optique de la scène, mais dont une scrupuleuse exactitude ne saurait s'accommoder. Les événements du drame, agencés par l'imagination, ont des suites inattendues, et les personnages en sont extraordinairement sympathiques ou pervers.

Parfois cependant le problème est posé, non seulement avec puissance dramatique, mais avec vérité. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'auteur nous montre le vibrion de la politique envahissant la magistrature, comme il a pénétré le parlementarisme et l'enseignement public ¹. De là naîtra, suivant le procédé classique toujours nécessaire au drame, l'éternelle lutte entre le devoir et l'intérêt, le devoir qui commande tous les sacrifices, l'intérêt personnel accusable

1. Voir du même auteur, *l'Engrenage* et *Blanchette*. Le mot animateur doit être évidemment pris ici dans son sens étymologique, signifiant : qui donne à une foule réunie dans un théâtre, une âme commune (voir ci-après, chapitre V), ou, en d'autres termes, qui la fait un instant vibrer à l'unisson.

parfois dans ses résistances, lorsque, comme l'œuvre de Brioux nous le montre, elles sont fondées sur de difficiles situations de fortune et de famille : « Tu sais bien, dit la femme du procureur de la République à son mari, tu sais bien, il faudrait marier Berthe... nos fils vont nous coûter de plus en plus cher... Par notre condition nous sommes tenus à certaines dépenses inutiles et dont nous nous passerions bien ; mais il faut paraître, il faut tenir son rang. »

A ces incitations viennent se joindre celles de la vanité, et même d'un juste amour-propre : « Tu ne pêches, continue M^{me} Veyret, que par excès de scrupules ; seulement qu'est-ce que tu veux ! il n'y a pas à dire, tout le monde te passe sur le dos..... ! Jusqu'ici tu as attendu l'avancement ; *il faut aller au-devant*, mon ami, si tu ne fais pas comme les autres, tu n'es qu'une dupe. »

Oui ! mais alors que faire ? — être l'ami du député ministériel, car, après tout, « défendre le ministère, c'est-à-dire l'État, c'est-à-dire la société, c'est faire son devoir ».

Voilà bien exposées les données du problème et mis à nu, par cette subtile analyse, les secrets mobiles, les plus puissants aussi, qui peuvent conduire aux transactions avec le devoir et aux sacrifices de dignité personnelle ; problème de vie matérielle, et par conséquent du traitement qui devrait être en rapport avec ce que la fonction exige de tenue, de gravité, d'absence de préoccupations ; problème d'indépendance, plus nécessaire encore, qui exigerait que le magistrat n'ait rien à demander aux hommes politiques et au ministère : Nominations, avancements, distinctions honorifiques, il ne devrait les attendre que de cette même justice que, socialement, il représente.

A noter aussi, comme expression d'une critique relativement

exacte, et qui a pu rencontrer son modèle, la silhouette du haut magistrat politicien, arrivé par la politique, nature vulgaire, et, par conséquent, conscience nulle, dont le député, tombeur de consciences, aura facilement raison.

Mais la part de la vérité ainsi faite dans l'œuvre dramatique, il est juste de faire celle de l'exagération et de l'erreur : Le caractère du juge d'instruction Mouzon, prêt à tout sacrifier à son ambition, et à élever sa situation sur les ruines de la fortune, de l'honneur et de la vie des malheureux, est de pure fantaisie : sans doute on peut trouver dans le corps judiciaire, comme dans toutes les institutions humaines, des misérables sans scrupules, comme on peut trouver des traîtres dans l'armée, de mauvais prêtres dans les religions, des commis infidèles dans les finances ; mais ce sont là des exceptions dont on n'a pas le droit de tirer des conclusions générales.

De pure fantaisie aussi est le gros mélodrame qui termine l'œuvre. Non seulement il n'y est tenu aucun compte des exigences douloureuses de la défense sociale, telle que la détention préventive, dont il n'est que trop facile d'exploiter les inévitables inconvénients, mais ces inconvénients sont présentés avec une exagération voulue, sous la forme d'une série ininterrompue d'événements malheureux, aboutissant aux pires catastrophes. Tout cela est la part du théâtre, la part à faire au snobisme du spectateur, au goût des foules qui font le succès, et auxquelles il faut servir, moins ce qui est vrai que ce qui les émeut ¹.

1. C'est pour cela que Platon excluait de sa république les auteurs dramatiques : « Rien ne se prête davantage, dit-il, à une imitation variée que la douleur et le désespoir ; au lieu qu'un caractère sage et tranquille, toujours semblable à lui-même est très difficile à imiter, et que la peinture qu'on en ferait serait peu propre à *frapper cette multitude confuse qui s'assemble*

Moins mesurées encore sont les critiques de la presse. Elle traduit contre la magistrature les griefs de tous les partis, et même parfois les animosités personnelles que, par le fait même de son rôle social, la magistrature doit soulever contre elle. L'œuvre dramatique, appelée à une durée plus longue, exige de l'auteur plus de réflexion, un contrôle documenté des idées qui modifiera toujours l'inspiration de premier jet, et imposera une équité relative dans les jugements. L'article du journal, au contraire, n'exprime souvent que la passion du moment, dont le temps et l'étude n'ont pu tempérer la vivacité. Il n'en sera cependant pas toujours ainsi, et, dans bien des cas, l'on se trouvera en présence d'observations judicieuses et de critiques autorisés et consciencieux. C'est donc encore ici affaire de choix et de discernement pour qui veut, comme il convient, demander à cette source les informations qu'elle peut donner sur la valeur de notre organisation judiciaire.

La magistrature a plutôt *une mauvaise presse*. Rarement ses décisions et ses actes sont approuvés par les journaux à quelque opinion qu'ils appartiennent. Prenons un article au hasard, on n'a que l'embarras du choix. En voici un par exemple qui est dans le ton habituel, et résume les critiques ordinaires :

L'auteur raconte qu'un jeune homme étant allé consulter un ancien bâtonnier sur les aptitudes nécessaires pour réussir au barreau, le vieux Maître lui aurait répondu :

dans les théâtres. Car ce serait lui offrir l'image d'une disposition qui lui est tout à fait étrangère.... Il est évident d'ailleurs que le génie du poète imitateur ne le porte nullement à représenter cette partie de l'âme, et que le soin qu'il a de plaire à la multitude tend à l'en détourner ; qu'ainsi il s'attachera plutôt à peindre les caractères passionnés que leur variété rend plus faciles à saisir. » (*De la République*, livre IX.)

« Vous retardez, jeune homme, à l'heure actuelle, pour réussir au barreau, il faut d'abord avoir été ministre.

« Sous sa forme ironique le conseil donné exprime une grande vérité que les faits confirment de plus en plus chaque jour ; il est, en effet, facile de constater que le barreau subit l'influence de la politique, et que, sauf quelques rares exceptions, pour être aujourd'hui un avocat occupé, la première condition est d'appartenir au Parlement et d'y passer pour ministrable, si l'on n'a pas encore eu la veine d'être ministre.

« Que cette constatation soit peu flatteuse pour la magistrature actuelle, on ne saurait le nier ; mais à qui la faute, si ce n'est à elle-même qui, en trop d'affaires, montre, par sa hâte à frapper ceux-ci, par sa lenteur à atteindre ceux-là, par ses complaisances et ses incohérences, à quel point elle s'inspire, pour rendre ses arrêts, de motifs étrangers à la justice. Sa réputation du reste, à cet égard, est si bien établie, que la grande masse des plaideurs s'adresse de préférence aux avocats politiques, et la fortune de ceux-ci, qui ne peut assurément s'expliquer par leur talent, est bien la preuve que l'opinion publique est tout à fait de l'avis de l'ancien bâtonnier. »

L'anecdote est piquante, mais la conclusion a le défaut ordinaire des attaques contre la magistrature : l'excès de généralisation. De plus elle n'est pas tout à fait logique, car si elle atteint la magistrature, elle fait davantage encore le procès à « la grande masse des plaideurs » dont elle parle, qui va au succès, et qui est portée à prêter aux juges une mentalité qui n'est que la sienne propre.

Cela dit que faut-il déduire de la part de vérité que ren-

ferme cette critique à laquelle, il faut le reconnaître, les faits ont parfois donné raison ?

C'est que notre organisation judiciaire est défectueuse, car, aurait dû ajouter l'auteur de l'article, les institutions sont ce que les hommes les ont faites : il n'est pas possible qu'un corps quelconque soit indépendant si sa composition est à la merci d'une autorité qui a intérêt à lui imposer sa volonté. Une magistrature, ainsi constituée, existe-t-elle même comme corps, et a-t-on le droit d'imputer à l'ensemble, des défaillances, fussent-elles nombreuses et graves, si, recruté suivant les hasards et les faveurs d'une politique changeante, il n'a pas, par ses origines, par ses traditions, par la fixité de ses règles et de ses pouvoirs, une véritable autonomie ? Quant à la conclusion à tirer, elle est celle-ci : plus les abus signalés seront importants et généralisés, plus la réforme s'imposera profonde et sérieuse.

Avec plus de maturité, mais non moins de force, les hommes compétents font les mêmes remarques et arrivent à des conclusions semblables.

Et d'abord des magistrats ! Pourquoi non ? L'introspection n'est-elle pas la source la plus sûre de documentation et la meilleure base de toute réforme corporative ? « La force est dans la vérité, écrivait récemment le général Kouropatkine, à la fin de son livre sur la guerre russo-japonaise. Nous ne pouvons pas marcher en avant, tant que nous n'avons pas *analysé méthodiquement nos défauts*. »

D'ailleurs l'exemple vient de haut et de loin. On sait la sévérité des célèbres mercuriales de d'Aguesseau. Sans plus de ménagements le chancelier de l'Hospital constatait les germes de corruption qui apparaissaient dans la magistrature de son temps, où la vénalité et l'hérédité des offices

ouvraient les rangs les plus élevés de la judicature à des jeunes gens sans instruction, souvent sans valeur morale. La censure, qui empruntait la langue de la satire de Juvénal, en avait aussi l'âpreté :

Egrigius quondam, nunc turpis et infimus ordo
 Temporibus postquam cœpit promiscuus esse
 Omnibus, et pueris passim probroque notatis
 Qui vix prima tenent elementa.....

De nos jours, des gardes des sceaux, tels que MM. Delangle, Dufaure, Trarieux, ne se sont pas exprimés dans leurs circulaires — on le verra au cours de cet ouvrage — avec moins de fermeté. De hauts magistrats, dans leurs travaux, ont signalé le mal avec la même franchise et le même souci des vrais intérêts de la justice et de l'ordre judiciaire. Tous ont accusé le rôle néfaste que joue le népotisme dans les nominations judiciaires, « les sympathies personnelles ou nécessités politiques..., le désir de conserver des places à la discrétion du pouvoir » et, comme conséquence, « le déclin de l'administration de la justice », l'inaptitude d'une partie du personnel à répondre, au point de vue professionnel ou social, à la haute mission qui lui est confiée, « même à résoudre les questions de droit et à en suivre la discussion¹ ».

Un des chefs reconnaîtra, devant une commission d'enquête, l'immixtion flagrante de la politique dans une infor-

1. M. Malepeyre. *La magistrature en France*. Voir aussi çà et là les ouvrages de R. Guillot. *Des principes du nouveau Code d'Instruction criminelle*; Morizot-Thibaut. *De l'action du pouvoir sur les magistrats chargés de l'instruction criminelle* M. Cruppi. *La Cour d'assises de la Seine*, etc.

mation judiciaire, et la triste situation faite au juge, placé entre l'obéissance ou la révocation.

Faisant allusion à ce dernier incident, un député, M. Flan-din, ancien haut magistrat lui-même, dans la séance de la Chambre du 12 juillet 1904, s'éleva contre « les mœurs judiciaires nouvelles » : « Il convient, dit-il, d'apporter une protestation indignée contre le métier que l'on paraît faire faire à la magistrature... La commission demande à la Chambre d'affirmer sa volonté de mettre la magistrature française à l'abri du pouvoir politique. Il faut, qu'à l'avenir, on ne puisse plus couvrir les représailles politiques du nom de la justice... *Peut-être ferait-on bien de porter son regard de l'autre côté de l'Atlantique, et de voir comment on a su y faire, de l'indépendance judiciaire, le plus ferme rempart des droits des citoyens.* »

Cette conclusion est l'objet même de ce livre, qui essaiera de démontrer à quel point elle s'impose, réclamée qu'elle est d'ailleurs — on vient de le voir — par les organes les plus autorisés de l'opinion publique, par des hommes politiques éminents et les spécialistes les plus compétents.

Bien d'autres critiques éclairées peuvent d'ailleurs être signalées encore : les unes se contentent d'indiquer le mal : « aujourd'hui, c'est partout la confusion des pouvoirs. La cause en est dans la constitution qui n'a pas assez marqué la séparation des pouvoirs ; elle est due à la concentration excessive de l'administration. Cette cause elle est encore et surtout, dans la préoccupation excessive des intérêts électoraux. Elle est dans la répercussion de la politique électorale sur la politique républicaine ¹. » (*Applaudissements.*)

1. Discours de M. Reinach à la Chambre du 10 juillet 1909.

D'autres, celles M. Charles Benoist, en indiquent la cause : l'insuffisance du pouvoir judiciaire, et en montrent le remède dans une réforme qui lui rendrait ses attributions constitutionnelles normales ¹.

La nécessité de cette réforme ne saurait donc être douteuse ;

Tout le monde en convient et nul n'y contredit.

Et cependant la question de réforme judiciaire en est au même point depuis des années : ni dans le détail, ni dans l'ensemble, ni sur le terrain constitutionnel où se place cette étude, elle n'a fait un pas. D'où vient cette impuissance ? On peut en signaler deux causes principales : le faux esprit égalitaire ; l'intérêt électoral.

Le premier proclame qu'en tout et pour tout, l'égalité absolue est la règle des démocraties. Il n'admet aucune prééminence, ni de fond, ni de forme, pas plus dans la condition sociale que dans le costume ², pas plus dans la valeur individuelle que dans la rémunération ; toute supériorité de fait ou de droit l'offusque. Comment dès lors supporterait-il des hommes que leur caractère devrait élever au-dessus des autres, pour remplir dignement et utilement pour tous la mission qui leur incombe ; des hommes formés au culte du droit et de la loi, et à cette école de la justice qui a produit les L'Hospital, les de Thou, les Harlay et tant d'autres qui, de nos jours, ont honoré l'institution, des hommes qui ne partageraient pas leurs passions étroites et aveugles ; des hommes enfin qui oseraient se montrer justes contre les puis-

1. V. appendice, note 3.

2. V. James Bryce. *La République américaine*, t. IV, ch. CII.

sants de l'heure, contre les majorités elles-mêmes, et se refuseraient à être les instruments de leurs vengeances et de leurs tyrannies ?

Il est une institution qui suppose également des situations hautes et respectées : c'est l'armée. Aussi est-elle l'objet des mêmes attaques, et le faux esprit égalitaire saisit-il les moindres prétextes pour prendre à partie ses hauts représentants, soit par la parole, soit par la presse, soit dans des programmes préconisant « la suppression des armées permanentes et le remplacement par l'armement du peuple ¹ ». Et cependant que deviendrait une nation sans ces deux forces coercitives : la justice et l'armée, l'une contre l'ennemi intérieur, l'autre contre celui du dehors, toutes deux également indispensables au salut de la patrie ?

Le faux esprit égalitaire est un mal qui n'est pas nouveau et que l'on retrouve partout, avec des différences de nom ou de prétexte. De son vrai nom il s'appelle *l'envie*, depuis longtemps signalée comme la plaie des démocraties.

Quant à l'intérêt électoral, il est le ferment le plus actif de corruption et de dissolution des gouvernements représentatifs et parlementaires : Quel moyen d'influence pour les dirigeants et les majorités que la mainmise sur les fonctions judiciaires ! Disposer des parquets et des juges c'est disposer, pense-t-on, des moyens de commettre toutes les fraudes, toutes les illégalités, toutes les injustices, non seulement impunément, mais encore sous le couvert d'une légalité et d'une justice apparentes. C'est la menace toujours suspendue sur la tête de l'adversaire, mais la menace hypocrite, se couvrant du masque du droit.

1. Congrès socialiste du 21 juillet 1874.

Qui résisterait à une puissance pouvant choisir son heure pour agir, choisir aussi les juges entre elle et ses ennemis, les juges qui seront à la fois ses obligés et ses subordonnés ?

Quel moyen d'influence ! Sans doute ; mais aussi quel échec aux règles de l'équité la plus élémentaire ; quelle atteinte à l'honneur et au prestige de la justice ; quel obstacle à une bonne composition du personnel judiciaire ! Certes ces prévisions, ces espérances seront le plus souvent trompées ; parmi les hommes politiques, il s'en trouvera qui ne fonderont point sur elles leur succès ; mais n'est-ce pas déjà trop qu'elles puissent être escomptées auprès du vulgaire et des majorités craintives ¹ ?

Que faire contre de pareils ennemis ? Comment les combattre et espérer les vaincre, alors qu'ils semblent prévaloir dans la majorité populaire, en qui réside aujourd'hui toute la souveraineté ? Comment modifier un état de choses dont, quelque déplorable qu'il soit, le pays paraît s'accommoder ?

Toutefois, remarquons-le, rien n'est moins prouvé que cette adhésion du pays à des manières de voir, de sentir et d'agir qui seraient la manifestation d'un état d'âme de bas empire. Il faudrait tout au moins, pour se résigner à l'admettre, qu'il eût été sérieusement consulté, qu'il l'eût été par un mode de scrutin pouvant traduire sa volonté vraie, sa volonté réellement et loyalement exprimée, et non point une volonté factice, apparente et, le plus souvent, faussée par de coupables manœuvres.

Ainsi, au seuil de la réforme judiciaire, aussi bien que de toutes les autres se pose, à titre de condition *sine qua non*,

1. Voir à l'appendice la note 2.

cette question préalable du mode de consultation nationale. Grâce à la brillante campagne, menée avec une admirable énergie, par M. Charles Benoist et son groupe, en faveur de la représentation proportionnelle, les esprits ont été pénétrés de cette vérité qu'une représentation de cette nature est seule qualifiée pour exprimer la volonté nationale. Il faut donc avoir recours au mode de consultation pouvant seul permettre d'obtenir cet indispensable résultat.

Alors les réformes trouveront leur heure, et il sera bon qu'à l'avance on ait recherché et constaté les principes sur lesquels elles doivent être fondées. Pour justifier celle que propose cette étude et lui donner une valeur réellement pratique, il a été nécessaire de se reporter à quelques-uns des événements de notre histoire contemporaine. C'est en effet à leur contact que s'est révélée l'insuffisance de notre organisme judiciaire, aussi bien comme élément constitutionnel que comme protecteur des intérêts privés. Ils n'ont été abordés que dans la mesure nécessaire et avec le souci de ne blesser aucune susceptibilité légitime.

La première partie de ce livre traite des principes du pouvoir judiciaire et des causes qui l'empêchent en France de remplir sa véritable mission.

La deuxième partie a pour objet la réforme même de l'institution et l'exposé des solutions diverses qui permettraient au pouvoir judiciaire d'occuper la place qui lui convient dans l'ordre constitutionnel, et d'exercer ainsi l'action normale et bienfaisante qui rentre dans son rôle social.

PREMIÈRE PARTIE

CRITIQUE DU MODE EXISTANT

CHAPITRE PREMIER

L'autorité judiciaire est, de sa nature, un pouvoir constitutionnel

L'élimination du pouvoir judiciaire comme pouvoir constitutionnel serait-elle justifiée ? — Qu'est-ce qu'un pouvoir ? Qu'est-ce qu'une fonction ? Caractères de l'un et de l'autre. — Le pouvoir judiciaire n'est pas seulement une branche du pouvoir exécutif ; antinomie résultant de leur nature propre ; antinomie résultant des conditions essentielles à leur fonctionnement. — Sources philosophiques, essentiellement personnelles au pouvoir judiciaire, dans le sentiment inné de la justice. — La justice est le lien des relations humaines et le ciment de toute société. — Conditions essentielles d'une bonne justice ; utilité et grandeur de son rôle.

I

Personne n'ignore la grande division, classique depuis Montesquieu, des pouvoirs publics dans tout État parlementaire : le législatif, l'exécutif, le judiciaire.

L'illustre auteur en avait donné la théorie dans une forme qui semblait définitive et à l'abri de toute discussion ultérieure, aussi bien par la perfection et le fini de ses lignes,

que par la solidité de sa base : « Il n'y a point de liberté, si
« la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance
« législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puis-
« sance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des
« citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si
« elle était jointe à l'exécutrice, le juge pourrait avoir la
« force d'un oppresseur ¹. »

Cependant, depuis quelque temps, l'usage paraît consacrer la déchéance du pouvoir judiciaire et l'exclure de la trilogie constitutionnelle, pour le faire descendre au rang de simple fonction. Il est même à remarquer qu'il n'en est fait aucune mention dans notre constitution actuelle, alors qu'il avait eu sa place, toujours plus ou moins indiquée, dans celles qui l'ont précédée.

A l'inverse, un pouvoir nouveau semble avoir surgi dans la science politique, c'est le pouvoir constituant dont le législateur de 1875 a, non seulement défini le rôle, mais créé de toutes pièces les organes et réglementé les fonctions.

Les anciens publicistes s'en étaient occupés cependant, et, après sérieux examen, l'avaient écarté, par la raison que le véritable pouvoir constituant résidant dans le peuple, ne serait susceptible d'aucune organisation définitive.

Cette raison ne nous paraît point suffisante, et nous avons examiné ailleurs la combinaison possible d'un pouvoir parlementaire constituant, avec le droit qui appartient naturellement au peuple de modifier sa constitution politique². Qu'il soit à propos ou non de mettre le pouvoir constituant au nombre des organes de l'État, ce n'est point ce que nous

1. *Esprit des lois*, livre XI, ch. 6.

2. *De la République en France*. 1890, Paris, Larose et Forcel, p. 61 et suivantes.

voulons rechercher pour le moment, mais bien s'il convient d'en retrancher le pouvoir judiciaire, si cette élimination serait justifiée, ou contraire à la science et à l'intérêt public.

Et d'abord demandons-nous ce que c'est qu'un pouvoir et ce que c'est qu'une fonction. Nous verrons ensuite, en examinant la nature de l'autorité judiciaire, dans laquelle des deux classifications que ces expressions déterminent, elle doit nécessairement rentrer.

II

Un pouvoir est un des organes fondamentaux et directs de l'État, ayant son autonomie propre, et ne dépendant des autres que par la nécessité, qui s'impose à tous, de coordonner leur action.

Il est une des conditions essentielles de vie et de bon fonctionnement de tout organisme politique.

Pratiquement, ce qui différencie le pouvoir de la fonction, c'est que celle-ci dépend d'un pouvoir, tandis que le pouvoir ne dépend, ou ne devrait dépendre, que de sa loi fondamentale. La fonction est subordonnée, simplement représentative, sujette à contrôle ; le pouvoir est souverain dans la sphère de ses attributions et autonome dans son action qu'il exerce personnellement et en dehors de toute impulsion étrangère ¹.

1. Un pouvoir, d'après M. Saripolos, n'est point le représentant de l'État, il est son organe *direct* et, comme tel, se confond avec lui. « A la fois cerveau et main il peut prendre une décision *indépendante* et l'exécuter. Il peut vouloir et agir pour l'État. Tel est le cas de l'organe exécutif qui rend des règlements ou nomme des fonctionnaires..., qui agit en justice. Il en est de même du juge qui apprécie les faits et consulte sa conscience... C'est l'État

Ainsi, l'importance comme rouage constitutionnel, l'indépendance relative et la souveraineté dans de certaines limites, tels sont les caractères essentiels d'un pouvoir qui le distinguent d'une fonction.

Nous examinerons maintenant si l'autorité judiciaire ne comporte pas ces caractères et si, à peine de manquer à sa destination véritable dans un État jouissant de quelque liberté, elle ne doit pas en être revêtue. Une étude attentive des éléments constitutifs de tout ordre social, aussi bien que les témoignages de l'histoire, nous amèneront à conclure l'affirmative, et peut-être même à reconnaître que, par le rôle essentiel, constamment indispensable, qu'elle remplit, elle l'emporte sur les autres, sinon en prépondérance et en dignité, du moins en importance pratique.

Mais auparavant examinons les raisons que l'on oppose, et d'après lesquelles le pouvoir judiciaire ne serait qu'une branche, une dépendance du pouvoir exécutif. Les uns, visiblement imbus de nos anciennes traditions, le rattachent à la prérogative royale. Henrion de Pansey¹ et Merlin² sont de ce sentiment « parce que, dit le second, le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du monarque ; ainsi ne pas laisser au monarque le pouvoir judiciaire,

« lui-même qui agit par eux (les juges) en tant qu'ils rendent la justice, dit
« M. Gierke, et non pas un autre organe de l'État. Le célèbre professeur alle-
« mand y voit une garantie de l'indépendance des juges. M. Hortos (*Leciones*
« *de dercho constitutionnal*) considère la fonction judiciaire comme une fonc-
« tion indépendante des autres fonctions de l'État (législative, exécutive, élec-
« torale) ». (Saripolos, professeur à l'école de droit d'Athènes, *La démocratie et*
l'élection proportionnelle. Paris, 1899). Dans le même sens : Cf. Mestre, pro-
fesseur à la Faculté de droit de Toulouse : *Les personnes morales et le pro-*
blème de leur responsabilité pénale, pages 211-212-224. (Paris, 1899).

1. *De l'autorité judiciaire*, ch. I.

2. *Répertoire*, v° *Pouvoir judiciaire*.

c'est détacher une chose du tout dont elle fait partie. »

A cette objection la réponse est simple : avec l'ancienne conception monarchique tous les pouvoirs sont dans la main du prince ; le pouvoir judiciaire s'y trouve, non point comme une dépendance du pouvoir exécutif qui y est aussi, comme lui, avec lui, au même titre que lui et le législatif, également un attribut de la royauté. Le progrès de la science moderne a consisté précisément à les distinguer, à les reconnaître comme organes fondamentaux de l'État, et cela à des signes qui les différencient profondément les uns des autres, et rendent nécessaire leur indépendance réciproque.

Mais, dit-on, « l'esprit ne peut concevoir que deux puissances : celle qui fait la loi et celle qui la fait exécuter ; de sorte qu'il n'y a pas de place pour une troisième puissance, à côté des deux premières ¹ ».

Cela est-il bien exact ? Entre la puissance qui fait la loi et celle qui l'exécute, n'en peut-on pas concevoir une troisième, celle qui l'interprète, la déclare applicable ? Exécuter la loi ! mais c'est le devoir de tous, aussi bien des particuliers que des personnes publiques. Dire le droit au contraire, c'est connaître objectivement de cette exécution, déclarer qu'elle a été bien ou mal entendue, c'est être arbitre, en un mot, des contestations nées de l'application subjective qu'en font les divers intéressés.

Henrion de Pansey, comparant l'exécutif et le législatif, fait remarquer que le pouvoir exécutif « consiste plus en action qu'en délibération » ; qu'au contraire « la puissance législative, toute en délibération, appartient exclusivement au domaine de la pensée ».

1. Ducrocq. *Cours de droit administratif*, 1881, t. I, p. 27.

Est-ce qu'on ne pourrait pas signaler la même différence entre l'exécutif et le judiciaire ? Est-ce que nous ne pourrions pas dire à notre tour : Le judiciaire délibère plutôt qu'il n'exécute, puisqu'il interprète la loi, en ne faisant œuvre que de discernement et de juste et consciencieuse appréciation ?

Mais, objectera-t-on encore : L'autorité judiciaire se divise en deux branches : la juridiction et le commandement ; la juridiction consistant à connaître des litiges et à les trancher ; le commandement consistant à faire exécuter ses décisions qui, sans lui, resteraient lettre morte, ou « simple conseil toujours méprisé par celui dont il léserait les intérêts »¹. Il y a donc dans ses attributions une part d'activité tout à fait analogue à la fonction exécutive.

Remarquons d'abord que la magistrature du ministère public, à laquelle on fait ainsi allusion, pour considérable qu'elle soit, ne remplit cependant, comparée à l'ensemble de la fonction judiciaire, qu'un rôle secondaire.

Elle est sans doute le point de contact nécessaire du judiciaire avec l'exécutif, mais ne participe pas pour cela de la nature propre de ce dernier : l'on se ferait en effet une idée fausse du principe de la séparation des pouvoirs si on l'entendait en ce sens que chacun d'eux doit rester cantonné dans un domaine à part, sans moyen de relation avec les autres, et sans rien leur emprunter, même pour les besoins de son propre fonctionnement. Il n'en est pas ainsi : sans doute chacun se personnifie par la prédominance incontestable de son caractère essentiel, mais tout en renfermant cependant quelques éléments des autres. L'autorité adminis-

1. Henrion de Pansey, ch. 2, p. 516.

trative, par exemple, a des organes délibérants et un pouvoir réglementaire qui le rapprochent du législatif ; il a aussi sa juridiction spéciale. Le pouvoir législatif, à son tour, influe sur l'exécutif par la responsabilité ministérielle.

Enfin l'œuvre de la justice est elle-même complexe : par le devoir qu'elle a de suppléer « au silence, à l'obscurité ou à l'insuffisance de la loi ¹ », elle touche à l'œuvre législative ; par la mission de faire exécuter ses arrêts, on peut dire qu'elle participe de l'exécutif.

Toutefois cette dernière attribution n'a qu'une analogie assez lointaine avec celle qui est dévolue au pouvoir exécutif. Tandis, en effet, que celui-ci veille d'une manière générale à l'observation des lois, le judiciaire n'assure cette observation que dans des cas particuliers, se rattachant à des intérêts privés. Bien plus, en matière pénale l'exécution des peines n'est que pour une faible part dans les attributions de l'autorité judiciaire, la plus considérable étant réservée — à tort d'ailleurs à notre avis — à l'autorité administrative.

Enfin c'est une magistrature toute spéciale, le ministère public, qui est chargé de cette part d'exécution, limitée comme nous venons de le dire.

Donc on peut affirmer que la mission du pouvoir judiciaire consiste « beaucoup plus en délibérations qu'en exécution » ou pour parler le langage du droit romain, qu'elle est *plus jurisdictionis quam imperii*.

A ce titre il se rapprocherait bien davantage du législatif que de l'exécutif.

Mais s'il est bien difficile de découvrir entre l'exécutif et

1. Code civil, art. 4.

le judiciaire des analogies même très lointaines, il suffit d'étudier avec quelque attention leur nature propre, pour reconnaître que tout les sépare. Déjà leur différence profonde apparaît de leur seule définition : Qu'est-ce donc que le pouvoir exécutif ? Nous contenterons-nous de faire cette réponse banale et courante : celui qui exécute la loi ? « Ce serait une véritable hérésie constitutionnelle », affirme M. Hauriou. Le pouvoir central est exécutif « au sens où les Américains disent d'eux-mêmes qu'ils sont un peuple *hautement exécutif*, c'est-à-dire un peuple qui passe facilement à l'acte. Le propre du pouvoir qui administre est en effet de passer continuellement à l'acte, d'engager des opérations, de prendre des initiatives, de procéder à des créations, de vivre en un mot et de faire vivre l'État, de la façon réelle et concrète dont vivent les individus ¹. »

Tout autre est le pouvoir judiciaire chargé de dire le droit, de trancher les différends, *exclusivement sur les litiges qu'on lui soumet*, car il n'a pas d'initiative propre, d'être arbitre en un mot. Peut-il, au moins, dans cette sphère, se décider avec une pleine liberté, sans autre inspiration que sa conscience, sans autre guide que son jugement ? Non certes ; il est renfermé dans les limites de la loi, lié par elle sans qu'il puisse lui substituer sa propre conception du bien et du mal, du juste ou de l'injuste.

Or, il est bien évident qu'il n'existe *a priori* aucun rapport entre ces deux fonctions, agir d'une part, juger de l'autre : la première innove, crée des situations nouvelles, la seconde constate et consacre des situations préexistantes, dans une

1. Hauriou. *Précis de droit administratif*. Paris, Larose, éditeur, 1903, p. 185.

forme légale, qui sera désormais présumée leur avoir toujours appartenu.

Non seulement il n'y a pas de rapports entre de telles attributions, mais il y a éloignement, opposition irréductible : c'est, en effet, de l'action, de l'activité libre que naissent les conflits d'intérêt, les discordes, les préjudices dont la réparation est demandée à la justice ; peut-on dès lors attendre de la même source l'élément qui les conciliera, les apaisera ou tout au moins les tranchera ? Le juge et le plaideur peuvent-ils être une seule et même personne ? Bien plus — car l'administration peut être l'une des parties en cause — est-il admissible que la première soit subordonnée à la seconde ?

Plus nous poursuivrons cet examen, plus l'antinomie nous apparaîtra manifeste, et, notamment, si nous considérons le rôle que la loi même attribue, parfois, à l'autorité judiciaire vis-à-vis de l'autorité administrative : il n'est pas douteux qu'il entre dans l'office du juge soit de s'opposer à l'arbitraire administratif, en matière notamment de sûreté individuelle, d'inviolabilité de domicile, de respect de la propriété privée, etc., soit de restituer dans ces droits ceux qui en ont subi la violation ¹. Or, que vaudra cette garantie, si celui qui doit la fournir n'est autre que celui contre qui elle est prise ?

Notre conclusion s'imposera enfin, si, après avoir comparé l'essence même des deux pouvoirs, nous examinons la condition indispensable d'une bonne administration de la justice :

1. Hauriou, *op. cit.*, p. 54 et suiv. — « La loi, dit la Constitution du 24 juin 1793, doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent. » Sous quelle forme pourrait-on concevoir cette protection si ce n'est sous celle de l'autorité qui est chargée de l'appliquer ?

Si l'indépendance constitutionnelle du pouvoir judiciaire a pu être contestée, l'indépendance fonctionnelle du magistrat, méconnue parfois dans la pratique, ne l'a jamais été dans la théorie. Tout le monde concède la nécessité de cette indépendance : sans elle, non seulement il n'y aurait plus de justice assurée, mais plus de lois, car le gouvernement les appliquerait quand et comme il lui plairait, en un mot il serait législateur.

Notons en passant qu'il sera bien difficile, du moins en pratique, de distinguer l'indépendance fonctionnelle de l'indépendance politique : l'indépendance existe ou elle n'existe pas, et, si elle existe, elle différencie complètement la personnalité morale qui en est pourvue, de toute autre individualité.

Admettons toutefois la possibilité de cette distinction ; comment tout au moins peut-on songer à concilier l'indépendance même simplement fonctionnelle, avec une subordination quelconque ? Indépendance et subordination sont des termes qui se contredisent et s'excluent mutuellement, et l'on ne voit pas la combinaison qui pourrait en être faite, ainsi que nous le démontrerons plus loin, en examinant cette importante question de l'indépendance des magistrats.

Ici donc encore la différence de nature des deux pouvoirs, l'impossibilité de les assimiler et, à plus forte raison, de faire de l'un une partie accessoire de l'autre, apparaissent avec une éclatante évidence ¹.

1. « Rien n'est plus opposé d'essence, dit Jules Simon (*De la liberté*, t. 2, p. 249. Hachette, 1859) que le pouvoir exécutif auquel est remis le gouvernement de toutes les forces sociales, et le pouvoir judiciaire qui *n'agit jamais* et ne fait que qualifier. Le pouvoir exécutif représente la force progressive de la loi, dont le pouvoir judiciaire est la force conservatrice. Le pouvoir

Telles sont les raisons véritables, les raisons tirées du fond et de la physiologie de l'institution judiciaire. Quand on se place à ces divers points de vue, que l'on considère la différence profonde qui existe entre agir et juger, l'inconciliabilité de nature entre l'obstacle et celui à qui l'on prétend l'opposer, l'antinomie entre l'indépendance et la subordination, non seulement on ne conçoit guère que l'on ait pu voir dans le pouvoir judiciaire une branche du pouvoir exécutif, mais même admettre entre eux la moindre analogie.

Remarquons enfin que cette inconciliabilité n'est pas seulement de principes, mais parfois se manifeste en fait. Les théoriciens, qui ne voient dans l'autorité judiciaire qu'une modalité de l'exécutive, ont oublié que certains éléments de la première sont, non seulement étrangers à la seconde, mais lui échappent complètement, qu'elle n'a sur eux ni action, ni contrôle. Ils sont comme le témoignage encore vivant, en dépit des constructions nouvelles du régime impérial, de la pensée des législateurs de 1790-1791, aussi bien que de celle

exécutif doit s'inspirer des sentiments de la nation et le pouvoir judiciaire doit décider avec une impassibilité absolue. De toutes les institutions humaines il est la moins humaine. Il est la logique indifférente, appliquant la loi telle quelle, sans jamais modifier le principe et sans faire acception de personnes. Non seulement il applique la peine aux coupables et décide entre les parties dans les contestations civiles; mais quand l'État, comme personne, a un intérêt à défendre, c'est le pouvoir judiciaire qui décide entre les particuliers et l'État; et quand les particuliers sont blessés par l'État ou les agents de l'État dans leurs intérêts privés ou publics c'est encore le pouvoir judiciaire qui déclare si le serviteur de la loi l'a violée ou dépassée...» — Le caractère arbitral du pouvoir judiciaire est encore particulièrement souligné par Beccaria. Il estime qu'il n'appartient pas au souverain de juger si quelqu'un a enfreint les lois. « En effet la nation se diviserait alors en deux parties, l'une représentée par le souverain qui affirme que le contrat est violé, l'autre par l'accusé qui le nie. Il est donc nécessaire qu'il y ait un magistrat dont les sentences, sans appel, ne soient qu'une affirmation ou négation, de faits particuliers. » (*Des délits et des peines*, paragraphe 3.)

de l'ancien régime, attestant l'existence et l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ces éléments sont le jury criminel, les jurys d'expropriation, les tribunaux consulaires, les prud'hommes, la haute cour de justice constituée par le Sénat, etc., etc. Ces juridictions, absolument étrangères, dans leur forme même, au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif, ne leur sont unies ni par un lien de subordination, ni par un rapport ou une relation de nature quelconque.

III

Sans doute les analyses juridiques, aussi bien que la recherche des origines, ont leur valeur. Toutefois, l'autorité judiciaire trouve ses véritables titres à la dignité du pouvoir public dans une notion bien autrement vraie, bien autrement profonde, bien autrement philosophique que les considérations qui ont été examinées jusqu'ici. Il les trouve dans le sentiment même de la justice qui est l'un des plus vifs et des plus profonds de l'âme humaine, un sentiment inné et sacré, dont cette institution n'est que l'expression et le moyen. Aussi les anciens peuples considéraient la justice comme une œuvre surhumaine et égalaient ses ministres aux dieux ¹.

1. Voir la Bible : Paralipomènes : « Et il (Josaphat) donna ses ordres à ses juges et il leur dit : prenez bien garde à ce que vous ferez, car ce n'est pas la justice des hommes que vous exercez, c'est celle du Seigneur et tout ce que vous aurez jugé retombera sur vous. Que la crainte du Seigneur soit avec vous et faites toutes choses avec scrupule, car il n'y a point d'injustice dans le Seigneur notre Dieu ni aucun désir de présents. » Et David Ps. LXXXI : « Dieu s'est trouvé dans l'assemblée des dieux, et il juge les dieux étant au milieu d'eux... Jugez la cause du pauvre et de l'orphelin ; rendez justice aux petits et aux pauvres. Délivrez le pauvre et arrachez

Ce n'est point seulement chez l'homme, en tant qu'individu, que se rencontre le sentiment de la justice, mais encore dans l'être social, dans l'âme collective de cet être moral qui constitue toute société humaine. Et en effet l'esprit de justice découle de l'instinct même de sociabilité ; il ne saurait y avoir de société quelconque sans que l'équité y préside. Pour ne parler que des sociétés politiques, nous voyons que les gouvernements qui semblent le plus contraires à cette idée, ceux qui sont fondés sur la force, sur le despotisme d'un seul ou d'une oligarchie, ne sauraient vivre un instant sans être justes en quelque mesure, ou du moins sans le paraître. Il faut que le chef, ou les chefs d'un pareil gouvernement se montrent équitables envers ceux qui les ont aidés à conquérir la puissance, et qui la leur conservent chaque jour.

Quant aux peuples opprimés eux-mêmes, si, dans cette nuit de despotisme, apparaît quelque rayon lumineux d'espoir, c'est la justice qui en est toujours la messagère ; c'est son nom que l'on entend dans leurs plaintes ; c'est à elle enfin que sont dus tous les tempéraments successifs et tous les progrès vers un état meilleur.

Le sentiment de la justice est donc au plus profond du cœur de l'homme. Refoulé par les instincts de brutalité et de domination, il reprendra le dessus dès la première heure de calme, il s'imposera au barbare qui l'avait méconnu, ou dans tous les cas à ceux qui lui succéderont. Après Romulus viendra Numa, et dans Auguste, faisant régner la justice et les lois, qui reconnaîtrait l'inique triumvir ?

« l'indigent des mains du pêcheur... J'ai dit : Vous êtes des dieux et vous
« êtes tous enfants du Très-Haut. Mais vous mourrez cependant comme des
« hommes et vous tomberez comme l'un des princes. »

D'ailleurs n'est-ce point là le but de toute société, sa raison d'être intime et profonde ?

Pourquoi l'état de société est-il considéré comme supérieur à l'état de barbarie ? Celui-ci, si l'on ne se plaçait qu'au point de vue du développement des facultés physiques, serait sans doute préférable : la loi du plus fort détruit le plus faible, et produit ainsi une sélection tout à l'avantage, non de la beauté, de la perfection esthétique de la race, mais de sa force musculaire et de ses proportions. Peut-être même est-il parfois nécessaire que la barbarie renaisse, pour la régénération des peuples affaiblis par une civilisation trop avancée. Les jouissances que donne la fortune, le luxe et la mollesse qui en sont les conséquences, créent une incapacité progressive à les défendre et à se défendre soi-même. Alors viennent les barbares qui détruisent les bas-empires, ou les débordements de la démagogie qui emportent les races dégénérées. Il y a là comme une loi fatale d'action et de réaction qui régit le monde, avec la régularité relative des mouvements de la mer.

Mais si les sociétés se sont formées, si elles se sont maintenues, si elles se sont perfectionnées toujours davantage, si l'homme a préféré les servitudes sociales à la liberté primitive de l'état de barbarie, c'est précisément pour se soustraire au règne de la force qui caractérise cet état, et lui substituer le règne de la justice.

La justice est, en effet, pour lui, fin et moyen : fin, il la veut pour elle-même, pour la satisfaction que ce principe métaphysique donne à l'être intellectuel et moral qu'il est avant tout ; moyen, parce que le calme et le repos qu'elle lui assure sont le milieu nécessaire et la condition du progrès, loi première de l'humanité.

IV

Non seulement nous trouvons la justice à la base de la société, dans les fondements mêmes du corps social, mais encore dans tout l'édifice humain dont elle est le lien et le ciment. Elle n'est plus alors une raison d'être, un germe doué d'énergie latente ; elle est devenue une entité formelle ; elle a pris son rôle effectif d'une incomparable importance. Tout à l'heure pouvoir virtuel, elle se manifestera maintenant comme pouvoir actif et d'autant plus efficace qu'elle sera pourvue d'une puissance et d'organes mieux appropriés à sa mission naturelle.

« La justice, avait dit Platon, après avoir constaté dans toute son œuvre qu'elle est le but social, la justice, précise-t-il, est le lien commun de toutes les parties du gouvernement¹. »

« La justice, dira à son tour Beccaria², est le lien nécessaire des intérêts particuliers, lien sans lequel on les verrait bientôt se séparer, et ramener l'ancien état d'insociabilité. »

Le but de la société étant la paix et l'ordre, par la justice, ceux qui la représentent doivent assurer à tous les citoyens la sécurité de leur personne et la paisible jouissance de leurs droits. Si cet objet n'est pas rempli, le but social n'est pas atteint, et l'individu devient excusable de se protéger lui-même et de défendre ce qui lui appartient légitimement.

1. *Des lois*. Livre XII.

2. *Des délits et des peines*

C'est alors le retour aux guerres privées et au règne de la force.

« C'est cette autorité, dit encore Henrion de Pansey¹, qui donne à chacun cette opinion de sa sûreté, sans laquelle l'homme inquiet sur sa liberté, sur sa fortune, sur son existence même, ne fait rien pour acquérir, parce qu'il n'est pas sûr de conserver, et se regarde comme un étranger dans sa propre patrie. »

Il faut donc pour que l'ordre et la paix règnent dans la société, une action judiciaire, et une action judiciaire à la fois constante et efficace.

Constante : car une justice interrompue ou, ce qui revient au même, trop lente, équivaut à l'absence de justice. Tandis que les autres pouvoirs peuvent suspendre leur action, le judiciaire doit continuellement faire sentir la sienne. Sans cela on peut assurer que le désordre renaît dans la mesure même de l'interruption, de la lenteur ou de la tolérance.

Efficace : que servirait en effet de proclamer le droit s'il ne recevait sa sanction ; si l'autorité judiciaire n'avait ni l'énergie, ni la puissance nécessaire pour faire exécuter ses décisions par qui que ce soit, et atteindre les violateurs de la loi, quels qu'ils puissent être ?

Cette nécessité d'une justice forte et puissamment organisée n'avait pas échappé au Premier Consul. Le sentiment exact et profond qu'il avait des exigences sociales, l'emporta, en ceci, sur les tendances autoritaires de son esprit. Comme autrefois Louis XI qui donna l'inamovibilité à la magistrature, il sentit l'importance indiscutable de cette grande institution. C'est pourquoi il proposa la réunion de la justice criminelle

1. *De l'autorité judiciaire.*

et de la justice civile. Le rapport au Conseil d'État (séance du 1^{er} brumaire, an XIII), rédigé sous son inspiration, en donne les motifs suivants : « La réunion de la justice criminelle et de la justice civile ne doit pas seulement avoir pour objet d'établir des corps dont la dignité impose davantage au public, aux accusés, aux défenseurs ; il s'agit de former de grands corps, forts de la considération que donne la science civile, forts de leur nombre, *au-dessus des craintes et des considérations particulières*, qui fassent pâlir les coupables quels qu'ils soient ¹. »

Si ces conditions font défaut, la confiance en la justice disparaît, et en même temps, la foi en elle, car la foi, faite d'action, s'entretient par la réalisation constante de ses promesses. Alors c'est le désordre dans les esprits et dans les consciences ; chacun ne prenant plus conseil que de lui-même et de son propre intérêt, tout sentiment collectif ou altruiste est oublié, c'est un *sauve-qui-peut* général pour échapper aux charges publiques, un *chacun-pour-soi* effréné, une lutte féroce pour s'emparer des lambeaux d'une chose publique que personne ne défend. Suivent les discordes privées d'abord, les troubles sociaux ensuite, enfin l'anarchie dans le gouvernement et l'administration politique.

Que le pouvoir législatif ne légifère pas, on le lui pardonnera toujours, on lui en saura gré quelquefois ; que le pouvoir exécutif apporte dans son action toute la réserve compatible avec une bonne police, on ne pourra que l'en louer ; que même une loi défectueuse ou mauvaise sorte des débats législatifs, le mal n'est pas, après tout, irrémédiable, ce qu'un parlement a fait un autre peut le défaire, et la nation

1. Locré, t. XXIV, p. 418.

n'est atteinte qu'à la surface. Mais que le pays ne compte plus sur la justice ; qu'il finisse par s'en déshabituer et n'en plus sentir l'indispensable nécessité, c'est l'être moral qui est déjà profondément atteint, c'est dans les moelles que le mal a pénétré, et alors la cure est devenue bien difficile. Ce que la négligence ou la faiblesse auront perdu, une ère de longue et patiente fermeté pourra-t-elle le réparer ?

Si, au contraire, grâce à une bonne et vigilante administration judiciaire, sauvegardant les personnes et les intérêts, la paix règne entre les particuliers, l'esprit de justice pénètre l'âme même de la nation. La justice, en effet, assure l'ordre, non seulement par les moyens matériels dont elle dispose, mais encore par son influence moralisante. Elle est éminemment éducatrice par les habitudes de droiture que son action constante, ferme et éclairée, imprime aux esprits.

Il s'ensuit un général sentiment d'équité et de bienveillance, dans l'appréciation des actes de la vie politique ou privée, et une entente facile sur les intérêts communs. La justice est donc, comme nous venons de le dire, le ciment de la société dont elle contient, dans leur sphère légitime, les divers éléments et les innombrables intérêts. A ce point de vue elle est un agent essentiel que rien ne saurait suppléer. La grandeur de ce rôle, aussi bien que l'autorité et l'indépendance qu'il exige, sont le signe caractéristique et distinctif d'un grand pouvoir public.

Pour conclure enfin, il faut reconnaître que toutes ces conséquences, déduites des données de l'histoire et de la psychologie humaine, surgissent sous une forme synthétique et en quelque sorte spontanée de la conscience universelle. Le sens qu'elle a des harmonies supérieures, lui fait goûter, en dehors de tout raisonnement, une convenance parfaite

dans cette trinité élémentaire de l'État : l'État qui légifère, l'État qui gouverne, l'État qui fait régner la paix et la justice. Or, qui dit convenance ¹ dit indépendance, concours volontaire, quoique nécessaire à une œuvre commune ; diversité de nature et d'action, unité de but poursuivi et de résultat atteint : le bien commun. Chacun des éléments oblige les autres à accomplir leur tâche, non point par une contrainte directe et voulue, mais par le seul fait qu'il accomplit la sienne, comme les engrenages d'un mécanisme reliés entre eux, s'entraînent réciproquement et forcément, par leur action individuelle, et sans dévier de leur mouvement propre.

1. Convenance, de *convenire* : s'entendre, s'accorder, vouloir ensemble ; tout cela suppose la liberté.

CHAPITRE II

Preuve historique

- I. — Le pouvoir judiciaire en Grèce : « ancre de l'État ». — Séparation des pouvoirs.
- II. — Le pouvoir judiciaire à Rome. — La justice criminelle est le seul pouvoir que le peuple ne délègue pas, au moins complètement, à ses magistrats.
- III. — Le Pouvoir judiciaire dans l'ancienne France. — Comment il se détache de la prérogative royale et devient le pouvoir pondérateur de la royauté. — Résistances de la royauté et vicissitudes de la lutte. — Origines historiques des parlements. — Origines historiques du droit de remontrances. — Les parlements devenus les gardiens des lois fondamentales du royaume ; résistance à propos du concordat de 1516 et à propos des privilèges de l'Église gallicane. — Conclusion à tirer.
- IV. — Le pouvoir judiciaire dans la période intermédiaire et contemporaine. L'Assemblée Constituante pose le principe de la séparation des pouvoirs, et met la justice au nombre de ceux-ci. — Les diverses constitutions qui suivirent, même celle de l'an VIII reconnaissent le même principe. — Charte de 1814. — Constitution de 1848 ; Constitution de 1875. — Pourquoi cette dernière ne mentionne pas le pouvoir judiciaire.

Telle est la vérité qui se dégage, aussi bien de l'étude des sociétés, que de la psychologie humaine. L'histoire consultée ne nous tiendra pas un autre langage.

Et d'abord les anciens, on les a toujours, et avec raison, considérés comme les éternels modèles. Ils nous offrent, en effet, les types variés des divers modes de sociétés dont l'évolution a été complète, et, qui plus est, une science politique savamment élaborée par leurs plus grands esprits, et

souvent appliquée de toutes pièces par les législateurs philosophes, expressément chargés de donner les lois aux cités nouvellement fondées.

Quelle était donc l'opinion, sur la question qui nous occupe, de la Grèce et de Rome ?

Il ne saurait y avoir le moindre doute ; ces peuples ont toujours considéré l'exercice de la justice comme le signe le plus certain de la puissance, c'est-à-dire comme le droit souverain par excellence.

Ce qu'il y a de particulièrement remarquable, chez eux, c'est que la justice n'y a jamais été complètement déléguée ; toujours, au contraire, le souverain, qu'il fût le roi, l'aristocratie, ou la démocratie, en a retenu la part la plus importante, et le jugement du dernier ressort, tant ils estimaient précieuse et essentielle cette partie de la puissance publique.

I

LA GRÈCE

A Athènes, la plus haute expression de l'autorité judiciaire est l'Aréopage. Le législateur Solon avait caractérisé le but de cette institution dans les termes les plus éloquentement significatifs qui se puissent trouver, pour marquer le rôle de la justice dans une société ; l'Aréopage et le Conseil des quatre cents devaient être les *ancres* de l'État, Solon « estimant, dit Plutarque, que la chose publique serait moins agitée et moins tourmentée, quand elle serait affermie et arrêtée avec ces deux cours, ne plus ne moins qu'avec deux fortes ancres ¹ ».

1. Plutarque. *Vie de Solon*, ch. XXXIII, trad. d'Amyot.

Composé d'anciens élus du peuple, ayant, comme archontes, rempli les plus hautes fonctions de l'État, la mission de l'Aréopage n'était pas seulement de rendre la justice, mais encore de veiller au maintien et à l'observation des lois. Il connaissait, en appel, des décisions de tous les magistrats ; bien plus, des décisions du peuple lui-même, sinon pour les réformer, au moins pour les soumettre à une nouvelle délibération. Et cependant, les décisions de ce haut tribunal n'étaient pas elles-mêmes sans appel, car les affaires, aussi bien publiques que privées, revenaient, enfin, devant le peuple qui en retenait la connaissance définitive, comme une prérogative inséparable de la souveraineté.

Remarquons-le en passant, une telle conception du pouvoir judiciaire prouve une fois de plus que les institutions sont le résultat des mœurs et de l'ensemble de circonstances qui les ont produites : Un peuple entier rendant la justice, voilà ce que nous ne concevrions guère en l'état de nos mœurs et de notre civilisation, et qui ne serait point possible en effet. Il faut, pour s'expliquer qu'un tel ordre de choses ait existé, se souvenir que les républiques grecques ont commencé par être de petites tribus, dans lesquelles se trouvait naturellement implanté l'usage de décider en commun toutes les questions. L'institution s'est acclimatée et a grandi avec les Républiques elles-mêmes. Peut-être a-t-il fallu, pour qu'elle ait pu se maintenir plus tard, non seulement une organisation plus savante des différentes classes de la population, mais des peuples remarquablement doués sous tous les rapports, ayant la pondération de l'esprit et les hautes vertus qui ont fait la puissance de celui d'Athènes, et établi sa renommée ¹.

1. Duruy. *Histoire des Grecs*, p. 361. Hachette.

Au reste les Grecs, aussi bien les peuples que leurs législateurs et leurs philosophes, semblent avoir été profondément pénétrés de la nécessité de la séparation des pouvoirs. Ils en voyaient la réalisation et le modèle dans la diversité des facultés et des instincts de l'homme, et voulaient les retrouver dans l'organisation politique, sans penser faire pour cela une assimilation artificielle : A chaque faculté, à chaque pouvoir, à chaque fonction son domaine propre ; telle est la condition du gouvernement tempéré, soit dans l'individu, soit dans la République. Et, chose plus remarquable encore, la vertu ou le pouvoir qui devait ainsi maintenir à leur place ces éléments, c'était la justice, considérée, non seulement comme un principe abstrait, mais comme une magistrature effective, créée pour maintenir l'ordre et prononcer sur les différends entre particuliers ¹.

Aristote lui-même, le théoricien de la souveraineté popu-

1. Platon. *De la République*. Livre IV. «... S'il nous fallait décider quelle est la chose qui contribuera le plus à rendre parfaite notre république... Quelle autre chose que cette vertu qui contient chacun dans les limites de sa propre tâche, et ne contribue pas moins à la perfection de la société civile que la prudence, le courage et la tempérance. — Quelle autre chose que la justice pourrait balancer à ce point les avantages des autres vertus ? Convainquons-nous de cette vérité d'une autre manière : les magistrats dans notre république ne sont-ils pas chargés de prononcer sur les différends des particuliers ? Sans doute. — Quelle autre fin se proposent-ils dans leurs jugements, sinon d'empêcher que personne ne s'empare du bien d'autrui ou ne soit privé du sien ? — Point d'autre. — Mais uniquement parce que cela est juste ? — Oui. — C'est donc encore une preuve que la justice assure à chacun la possession de ce qui lui appartient et l'exercice libre de l'emploi qui lui convient. » Ce passage met en relief cette idée remarquable que le maintien de l'ordre dans l'État et du droit entre les particuliers dérivent d'un seul et même principe et appartiennent à la même fonction. La conclusion de Platon est en effet que la justice consiste, dans l'État, en ce que chaque ordre de l'État soit maintenu dans les limites de son emploi, comme elle consiste, pour les particuliers, en ce que chacun soit maintenu dans les limites de son droit.

laire n'admet pas qu'elle soit absolue, et lui donne, tout au moins, la loi pour limite, et, par la loi, il entend la loi fondamentale, celle qui constitue la forme de l'État. La raison qu'il en donne, c'est que ce pouvoir, la souveraineté populaire, elle-même, ne peut aller jusqu'à détruire son principe, le principe de l'État qu'il est chargé de conserver ¹.

Or, chez les peuples libres et pénétrés dès longtemps du sentiment de la liberté, le respect de la loi n'est pas une vaine formule. La loi y est une entité objective, une arche sainte et sacrée qui contient les droits de tous et de chacun. Elle correspond à une conception, à une mentalité spéciale des citoyens qui en fait considérer la violation comme un acte anormal et monstrueux. Aussi la respectent-ils et veillent-ils sur elle avec un soin jaloux, exigeant à son égard le même respect de la part des magistrats et des agents de l'État, à quelque ordre qu'ils appartiennent, depuis le roi jusqu'au plus modeste fonctionnaire. Le pouvoir qui méconnaîtrait la loi, justifierait les révoltes et légitimerait les révolutions. (V. ci-après, chapitre III.)

Les idées de pondération et de limitation des pouvoirs prévalaient aussi bien à Sparte et dans les autres républiques grecques, qu'à Athènes. A Sparte notamment la magistrature des Ephores, dont les origines sont mal connues, mais qui eut certainement dans ses attributions, celle de trancher les différends entre particuliers, avait pour principale mission de restreindre le pouvoir de la royauté. Il semble que cette mission leur fut attribuée précisément par deux de leurs rois, Théopompos et Polydoros. Plutarque loue grandement le premier d'avoir su ainsi limiter son pouvoir pour mieux as-

1. *Politique*. Livre III, chap. IV, § 1^{er}, et chap. XII, § 1.

surer celui qu'il conservait, « ostant de sa puissance, comme de l'embonpoint, ce qu'il y a de trop, et ne lui laissant que ce qui est sain ¹ ».

Cette puissance des Ephores devint d'ailleurs considérable, puisqu'elle égalait celle du Sénat et des rois eux-mêmes, si elle ne la dépassait. Ils restaient assis en leur présence, tandis que tout le reste du peuple se tenait debout.

Il semble que leur puissance ait eu quelque analogie avec celle des tribuns du peuple à Rome, qui eut pour objet de contrebalancer l'autorité du Sénat et des premiers magistrats de la République.

II

ROME

C'est par des raisons analogues qu'une organisation semblable a pu s'établir à Rome, aux époques héroïques, et s'y maintenir sans inconvénients, longtemps encore, comme dans son terroir naturel, après que la puissance, les richesses et le luxe eurent produit la corruption des mœurs.

Quand les rois, qui avaient incontestablement dans leurs prérogatives le pouvoir de juger, furent tombés, ce pouvoir fut transféré, avec tout le reste de leur puissance, aux consuls : « Qu'il y ait deux magistrats avec un pouvoir royal, disait la loi (*regio imperio duo sunt*), et que, selon qu'ils président, jugent ou consultent, ils soient appelés préteurs, juges ou consuls ². »

1. *Œuvres morales*, traduction d'Amyot, t. XIV, Ed. de l'an X, p. 371 et s.

2. Cicéron. *De legibus*, III, 3, et notes de MM. Victor Leclerc et Charles de Rémusat.

En effet, les consuls furent désignés par ces divers noms, par celui de *prætores* d'abord, par ceux *d'imperatores* et de *judices*, ensuite, enfin par celui de *consules* qui prévalut, comme renfermant tous les autres. Si plus tard, en 389, un magistrat spécial, le préteur, fut institué, avec la mission particulière de rendre la justice, ce fut pour décharger de ce soin les consuls, presque toujours occupés au commandement des armées.

Il est à noter d'ailleurs que cette magistrature fut à Rome la plus considérable après le Consulat, et que dans les provinces elle conserva son ancienne étendue et son ancienne puissance, puisque le représentant du peuple romain y était désigné indifféremment sous les noms de proconsul, de préteur et même de propréteur¹.

La plénitude de la juridiction civile fut donc attribuée au consul comme premier attribut de souveraineté, et ce droit reçut avec les préteurs, dont la fonction n'était qu'un démembrement du consulat, une extension telle, qu'ils eurent le droit de modifier les lois, et de suppléer à leurs lacunes par des édits généraux.

Mais, pas plus que le peuple d'Athènes, celui de Rome ne voulut se dessaisir de la prérogative qu'il plaçait au-dessus de toutes les autres, comme la plus grave, et le signe même de l'autorité suprême : la justice criminelle. Les magistrats de l'ordre le plus élevé n'en pouvaient connaître qu'extraordinairement, c'est-à-dire en vertu d'une délégation spéciale, soit du peuple, soit plus tard de l'empereur, et encore leur décision était-elle sujette à appel devant l'assemblée du peuple.

1. Cicéron, in *Verrem*, *passim*.

Bien plus, les magistrats n'eurent jamais à Rome l'*Imperium merum*, c'est-à-dire le droit de faire mettre à mort et battre de verges un citoyen romain. Ce droit, ils ne l'avaient dans les provinces, à l'égard des nations soumises, que comme délégués du peuple-roi, parce qu'il était aux yeux du conquérant, non seulement l'exercice, mais la marque même de sa suprématie. Le droit de condamner à mort était le seul pouvoir retiré au peuple vaincu, à qui on laissait toutes ses autres lois. Du moins, les sentences capitales devaient toujours être ratifiées par le magistrat romain ; le procès de Jésus-Christ, en Judée, en est la preuve la plus connue¹. Le soin jaloux que le peuple romain apportait dans la délégation de la juridiction criminelle, se retrouvait dans les termes mêmes de cette délégation, qui pouvait être ou *plena* ou *plenior*, ou *minus plena*.

Le témoignage des deux plus grands peuples de l'antiquité est donc bien concluant en faveur de notre thèse : pour les Grecs, le pouvoir judiciaire est *l'ancre* qui assure la stabilité de l'État ; pour les Romains c'est le premier attribut de l'autorité royale, remis aux mains des deux premiers magistrats de la république.

III

L'ANCIENNE FRANCE

Cette façon de comprendre le pouvoir judiciaire, cette opinion sur sa véritable nature ne furent pas seulement

1. Loyseau. *Traité des seigneuries* : « ... C'est ainsi qu'il faut entendre le passage de l'Évangile où les Juifs disent à Pilate : « Non licet nobis interficere quemquam. »

celles des grands peuples de l'antiquité. Les autres nations, monarchies ou républiques, n'ont pas pensé autrement. Bornons-nous, pour le constater, à jeter un coup d'œil sur notre propre histoire.

Que le droit de justice ait été considéré par tous nos anciens rois comme une partie essentielle de la souveraineté, comme « un droit régalien », cela n'a jamais été contesté. Si nous prenons pour point de départ l'époque carlovingienne, époque où s'esquissent avec quelque précision les formes administratives, nous voyons l'empereur déléguer aux officiers royaux, chargés d'administrer les divers territoires de l'Empire, tous les attributs de sa puissance. La division des pouvoirs n'est pas encore connue ; ils se confondent tous dans la même main, comme dans l'organisation primitive romaine, et le comte, sous Charlemagne, est un véritable proconsul.

Mais parmi ces attributs, le principal est le droit de justice, et, pour compléter l'assimilation avec Rome, nous remarquerons que, comme chez ce peuple, elle est à la fois déléguée et retenue. Le comte conserve la haute justice et délègue à des officiers inférieurs la moyenne et la basse, comprenant évidemment une compétence moins étendue.

La justice demeure encore le titre essentiel de la souveraineté, entre les mains des seigneurs féodaux que sont les officiers royaux devenus héréditaires. Toutefois la royauté n'a jamais consenti à se dépouiller de sa plénitude de juridiction. Aussi voyons-nous que lorsqu'elle commence à reconquérir sur les grands vassaux les prérogatives royales, le droit de justice est avant tout revendiqué :

C'est Philippe-Auguste qui, le premier, établit le recours, en cas de déni de justice, de la cour du vassal, à la cour du

seigneur suzerain. Et comme la cour du roi est le degré le plus élevé de l'échelle féodale, elle aura le dernier mot sur toute question judiciaire, soulevée dans l'étendue du royaume.

C'est saint Louis, qui supprime les combats judiciaires sur le domaine royal, et établit l'appel direct à sa cour de toute juridiction seigneuriale. Il écoute les plaintes de ses peuples contre ses propres officiers dont il redresse les torts. Sa justice est paternelle dans le fond comme dans la forme, et le chêne de Vincennes, sous lequel il a établi son tribunal, en est le souvenir resté populaire.

Bientôt le roi et son conseil ne pourront plus suffire à cette tâche devenue trop absorbante, et il devra déléguer à des corps de magistrats cette partie importante de son autorité. C'est ainsi que les parlements sont détachés du conseil du roi, par Philippe le Bel en 1302. Mais ici encore la délégation ne sera que partielle : le conseil des parties, qui est toujours demeuré une section du conseil royal, a le droit de casser les arrêts du parlement, et même d'évoquer directement les causes, sous divers prétextes.

Toutefois un grand fait s'est produit, et une importante révolution s'est accomplie : le pouvoir judiciaire apparaît dès lors comme distinct, sous certains rapports, du pouvoir royal, et cette distinction ira s'accroissant et se précisant. On concevra l'idée de justice, non point sans doute comme séparée de la prérogative royale, mais comme pouvant être représentée autrement que par le prince lui-même, et comme s'imposant à lui dans les cas où il peut être personnellement intéressé. Or, remarquons-le, ces cas seront nombreux, car, d'après le droit féodal, la puissance étant un droit personnel, une sorte de propriété entre les mains de celui qui la possède, toutes les fois que le roi ou le seigneur feront ce que nous appel-

lerions aujourd'hui un acte de l'autorité publique, ils seront parties dans l'affaire, et devront par conséquent se récuser comme juges.

Le parlement séparé de la cour du roi, c'est l'entrée en scène d'un pouvoir nouveau qui ne se confondra bientôt plus avec le pouvoir royal. Il s'appelle le Droit. Ce pouvoir aura des organes dont l'autorité croîtra tous les jours. Les corps judiciaires deviendront les gardiens des anciennes traditions, devenues elles-mêmes les lois du royaume. Ils en conserveront le dépôt sacré, et le respect qui s'attache à ces vénérables constitutions rejaillira sur leurs conservateurs et leurs interprètes. Les rois eux-mêmes subiront cet ascendant, non point par suite d'une sorte d'usurpation des parlements, mais bien de la logique des événements et de la puissance de l'idée. Le pouvoir du droit est créé, à côté du pouvoir de fait ; révolution remarquable, avons-nous dit, et parce qu'elle donne le premier de leurs éléments essentiels aux constitutions de l'avenir, et surtout par sa haute portée morale. C'est, en effet, un grand acte de foi de l'humanité en la justice, une reconnaissance de sa supériorité sur la puissance matérielle, un hommage au grand principe spiritualiste qui a Dieu pour point de départ et pour terme. Désormais toutes les générations le répéteront, et, qu'ils le veuillent ou non, tous les peuples mettront implicitement Dieu à la base de leurs constitutions, en y inscrivant la justice¹.

Voilà donc le premier pouvoir pondérateur créé ! Né spontanément, en quelque sorte, de la force même des choses, du sentiment le plus profond, et, en même temps, le plus

1. Platon ne pensait pas qu'il en pût être autrement. Voir l'ensemble du *Traité des lois* et notamment l'admirable livre X.

noble du cœur de l'homme, le sentiment du juste, peut-on en concevoir un plus naturel, plus conforme à la raison, plus légitime en un mot. Il a, en outre, dans ses origines, ce double titre de noblesse d'avoir été détaché de la prérogative royale et d'avoir été accepté par la royauté comme limite à la toute puissance.

Toutefois la chose ne fut pas sans luttes : on comprend que lorsque la royauté rencontra, devant elle, cet adversaire issu d'elle-même, ce ne fut pas sans résistance qu'elle lui céda le terrain, et la conciliation entre le principe que « toute justice émane du roi » et la subordination du roi lui-même à la justice, ne devait pas aller sans difficulté.

Cette lutte s'engagea d'abord à propos des affaires soit civiles, soit criminelles dans lesquelles la royauté était intéressée. On ne contesta jamais en principe le droit du roi de présider ses parlements, mais, dès l'origine, on se posa la question de savoir s'il pouvait juger dans sa propre cause, lorsqu'il s'agirait, non seulement de ses domaines, mais encore des grands procès politiques, jugés au criminel.

Elle fut soulevée en 1224 notamment à l'occasion du procès entre le sire de Nesle et la comtesse de Champagne ; cette proposition fut émise que les pairs n'ayant pas le droit d'opiner dans leur propre cause, il devait en être de même du roi ¹.

En 1230 saint Louis se range à cet avis et l'approuve par sa conduite. Il se contente en effet d'assister, sans y prendre part, au jugement rendu par les barons contre Pierre Mauclerc ².

La même thèse est soutenue, en 1295, contre Philippe le

1. Merlin, *Répertoire*, *vo Pouvoir judiciaire*.

2. Merlin, *loc. cit.*

Bel, par Guy, comte de Flandre, qui prétendit que le roi étant sa partie adverse, n'avait pu saisir son comté ¹.

Elle le fut encore en 1378 : Charles V, dans un lit de justice, ayant prononcé la confiscation contre Jean de Montfort, duc de Bretagne, qui « était déclaré privé de tous droits, « honneurs, noblesses et dignités, possessions, terres et seigneuries qu'il tenait dans le royaume de France et en Bretagne », la légalité de cet arrêt fut contestée, par la raison que le roi y était juge et partie ².

Donc, l'usage, ou plutôt le droit, était contraire. Aussi en 1386, voyons-nous la vraie doctrine prévaloir, après avoir été affirmée d'une façon remarquable : Charles VI, ayant assemblé les pairs pour juger le roi de Navarre, en sa qualité de comte d'Évreux, sa compétence comme juge fut niée. Le duc de Bourgogne, doyen des pairs, représenta « qu'au « procès du duc de Bretagne, auquel les pairs avaient été « ajournés, iceux maintinrent devant le roi, que la décision, « détermination et jugement de la cause, leur appartenaient, « requérant qu'il leur en fût accordé lettres, ou que si le « roi persistait à vouloir déterminer la cause et à rendre le « jugement ou arrest, qu'il leur fût pareillement accordé un « acte portant que ce serait sans leur préjudice, et sans que « le roi acquît un *nouveau droit* par ce moyen. *Ce que leur « ayant été accordé, de l'avis général du conseil du roi, en « conséquence de la notoriété, les lettres ont été comman- « dées ».*

Ceci est décisif, et prouve jusqu'à l'évidence que le roi n'avait pas, en principe, le droit de prendre part au jugement des grands procès qui l'intéressaient. Qu'en fait la

1. Merlin, *loc. cit.*

2. Merlin, *loc. cit.*

chose se soit produite, principalement à l'origine de la dynastie capétienne, cela est certain ; mais le principe contraire avait prévalu, était devenu le droit. C'est la « notoriété », dit le texte, qui fut reconnue dans le procès du duc de Bretagne, c'est-à-dire l'usage ancien, dès longtemps établi et respecté. Les pairs veulent qu'il soit maintenu.

Ils font des réserves et demandent des lettres, dans le cas où le roi persisterait à vouloir juger, pour que le fait ne soit considéré que comme exceptionnel, non comme un précédent, créant, au profit du roi, « un droit nouveau ». Les précautions prises, à l'occasion du procès du duc de Bretagne, obtinrent gain de cause dans celui du roi de Navarre.

Conçoit-on après cela que Merlin, à qui nous empruntons ces citations, ait pu mettre en doute que telle fut la vraie doctrine des parlements ! Qu'elle ait été souvent contestée, la chose est certaine, mais il l'est non moins que le parlement l'a toujours affirmée, non seulement par ses actes, mais encore en termes précis et éloquents, et par une résistance directe à la prétention royale. L'attitude du premier président Bellièvre, dans le procès du duc de Lavalette, fils du duc d'Épernon, est demeurée célèbre à ce point de vue, et est citée par Montesquieu ¹.

Le 24 mai 1639, Louis XIII, assisté des princes du sang, des pairs de France, des grands officiers de la couronne, des sept présidents et du doyen du Parlement, voulut présider les débats de cette affaire, et participer au jugement. Appelé, avec ses collègues, dans le cabinet du roi, pour délibérer sur le décret de prise de corps, le Président Bellièvre

1. *Esprit des lois*, livre VI, ch. V.

dit « qu'il voyait dans cette affaire une chose étrange, un
« roi opiner au procès criminel d'un de ses sujets ; que les
« rois ne s'étaient réservé que les grâces, et qu'ils ren-
« voyaient les condamnations à leurs officiers. Votre Majesté,
« ajouta-t-il, voudrait-elle bien voir sur la sellette un homme
« devant elle, lequel, par son jugement, irait dans une heure
« à la mort ? La face du prince qui porte les grâces, ne peut
« soutenir cela ; sa vue seule levait autrefois les interdits
« des églises, et on ne sortait que content de devant le
« prince. »

Lorsqu'on jugea le fonds du procès, le président Bellièvre réitéra ses protestations : « Cela est un jugement sans
« exemple, dit-il, en ouvrant son avis, voire contre tous les
« exemples du passé jusqu'à lui, qu'un roi de France ait
« condamné en qualité de juge, par son avis, un gentil-
« homme à mort. »

Le courageux magistrat exagérait peut-être un peu, et l'histoire fournit, nous l'avons vu, des exemples de rois opinant dans des procès criminels. Il n'en est pas moins vrai qu'il soutenait la tradition parlementaire, qu'il connaissait bien, quoi qu'en dise Merlin pour expliquer, dans le sens de sa thèse, un tel langage dans la bouche d'un président au parlement.

Ce langage, nous le retrouvons encore dans les remontrances que le parlement adressait en 1721 au roi Louis XV, au sujet de l'arrêt du conseil qui évoquait le procès criminel du duc de la Force : « Votre Majesté n'est réservée que
« pour faire des grâces à ses sujets. Elle ne doit leur répan-
« dre que des bienfaits : elle les aime avec trop de tendresse
« pour leur imposer des peines et des châtiments. Il n'est
« pas de la majesté royale, occupée du gouvernement d'un

« grand royaume, de se tourner aux longueurs d'une procédure criminelle. »

Telle était donc bien la doctrine parlementaire, cette limitation était-elle contraire à la maxime que toute justice émane du roi ? Non, sans doute, et Louis XIV avait fort justement pu dire que la justice était « son premier et principal devoir, un devoir vraiment royal ». Mais ces maximes, qui devaient à l'origine s'entendre dans un sens absolu, avaient alors beaucoup perdu de leur force et de leur signification ancienne ; les faits, l'usage, l'œuvre de l'histoire en un mot, en avaient restreint la portée. Sans doute, la justice, comme tous les autres pouvoirs, demeurait partie intégrante de l'autorité du roi ; elle lui restait hiérarchiquement subordonnée, parce qu'il était la plus haute personnification de l'État monarchique, et parce que, d'une manière générale, il devait assurer dans ses États le règne de la justice. Mais en réalité, le principe théorique était modifié, et c'est ainsi que le progrès se réalise. Le pouvoir de fait, le pouvoir d'opinion avait prévalu, si bien que les lits de justice, les enregistrements par ordre, les évocations, les exils des cours, qu'aucune constitution écrite n'interdisait cependant, n'en étaient pas moins considérés comme des coups de force, et, par conséquent, des exceptions confirmant la règle.

C'est la marche que suivent toutes les constitutions despotiques pour s'améliorer, et arriver progressivement au gouvernement modéré. Cette autre maxime : « le roi règne et ne gouverne pas », aussi contradictoire en elle-même, que la précédente l'était devenue avec la réalité, n'a pas suivi une autre route pour conquérir sa place dans les diverses constitutions européennes qui l'admettent aujourd'hui.

Ce n'était donc point une audacieuse nouveauté, comme

le prétend encore l'auteur déjà cité, que ce principe, proclamé seulement, dit-il, en 1788, « un roi ne peut, en aucun cas, exercer le pouvoir judiciaire ». Il n'y avait en plus qu'une formule précise, dans la manière de l'époque, fixant un principe reconnu depuis longtemps dans les idées et dans les faits.

Ce premier pas vers l'indépendance de l'autorité judiciaire fut aussi le premier pas vers la liberté, et le plus considérable. Quand le pouvoir absolu du prince en vient à reconnaître qu'il existe un droit rival du sien, il abdique, il se suicide. Or, il reconnaissait, de la sorte, le droit individuel, celui que, bien longtemps après, la Révolution française devait proclamer sous le nom de droits de l'homme et du citoyen, par opposition du droit du prince ou de la collectivité. C'est celui-là même que l'autorité judiciaire a mission de représenter et de défendre, à tel point — on ne saurait trop mettre ceci en lumière — que c'est un des traits essentiels, caractéristiques, de son rôle naturel et scientifique, dans l'organisme constitutionnel.

Remarquons-le en passant : n'est-ce point un fait intéressant et précieux à constater, que cette solidarité de l'esprit de justice et de l'esprit de liberté, que cette protection cherchée, dès l'origine de notre société, par celui-ci, et trouvée dans celui-là. C'est donc sous l'aile de la justice que la liberté est née, s'est conservée et a grandi ; quelle preuve plus manifeste de leur dépendance réciproque ? L'une est la condition de l'autre, si bien que l'on peut dire : pas de justice, pas de liberté ; pas de liberté, pas de justice.

Comment ensuite les parlements acquièrent-ils leurs autres prérogatives, notamment leurs prérogatives politiques ? On connaît leur doctrine à cet égard, où l'on retrouve la ten-

dance de toutes les grandes institutions humaines, à placer leur berceau dans les lointains de l'histoire. Rappelons-la en peu de mots :

Les parlements étaient autrefois le conseil du roi composé des pairs du royaume. Il délibérait et décidait sur toutes les affaires de l'État. Cette institution n'était pas née elle-même du bon plaisir royal, mais avait succédé, dans une organisation nouvelle, et déjà plus compliquée et plus savante, aux anciennes assemblées de la nation dans les « champs de Mars ou de Mai », ou *parliaments*, dont les légistes firent *parlamentum*¹.

Mais les affaires litigieuses, qui se traitaient dans ces assemblées d'abord, dans le conseil du roi, ensuite, s'accommodaient mal de réunions lointaines, sans périodicité ni assiette fixe. Elles traînaient en longueur, devant céder le pas aux questions politiques devenues de plus en plus importantes. Aussi en 1302, Philippe le Bel déclara le parlement permanent, et donna le droit de juger aux « conseillers » ou gens de robe longue, qui n'avaient eu, jusque-là, que voix consultative, c'est-à-dire mission d'éclairer, sur les anciennes lois et les anciens usages, les pairs ou hauts barons composant l'assemblée. Donc, soutenaient les parlementaires, lorsque leur droit de s'immiscer dans le gouvernement était contesté, nous sommes une institution vraiment nationale ; notre origine se confond avec l'origine même de la monarchie.

Que ceci soit de l'histoire quelque peu mêlée de légende, ou, inversement, une légende ayant des parts de vérité, il importe assez peu au fond. Ce qui est certain, c'est que ces

¹ Voltaire. *Histoire du parlement*.

prétentions furent assez fréquemment favorisées par la royauté elle-même. Le droit, qu'exerçaient de temps à autre les princes et grands fondateurs du royaume, de siéger au parlement, était de nature à confirmer la thèse. Les rois lui donnèrent une sanction nouvelle, en se retranchant parfois derrière l'autorité des parlements. Dans leurs démêlés, notamment avec la papauté, ils coloraient la sécheresse d'un refus en alléguant la résistance du parlement, « dont ils ne pouvaient avoir raison » ! Telle fut la réponse que fit Louis XI à une demande que lui adressait le pape ¹. Et, lorsque de l'état diplomatique la querelle passait à celui de conflit plus ou moins aigu, le monarque répondait à coups d'arrêts du parlement aux bulles de la Cour de Rome.

La plupart de nos rois sentaient la nécessité d'un semblable obstacle opposé à leur toute puissance. De là cette ordonnance de Louis XII qui veut « qu'on suive toujours « la loi, malgré les ordres contraires à la loi, que l'importunité pourrait arracher au monarque ».

De là ce droit de remontrances, accepté par les plus absolus des rois, Louis XI par exemple ; et de là cette intervention dans les actes les plus considérables de la monarchie, soit qu'il s'agît de connaître de la validité des testaments royaux, soit qu'il fallût décerner les régence et pourvoir aux minorités, en un mot, justifier ce titre de « tuteur des rois » dont le parlement de Paris se parait avec un légitime orgueil. De là, enfin, ce rang privilégié dans les cérémonies publiques et toutes les circonstances solennelles.

En réalité, cette première liberté conquise a été le point de départ pour la conquête de tous les autres, le centre

1. Voltaire. *Histoire du parlement*.

autour duquel elles sont venues se grouper, par des accessions successives, en vertu d'une attraction ou d'une affinité naturelle.

Cette affinité existait d'ailleurs : alors que la science politique encore rudimentaire cherchait sa voie, qu'elle avait à trouver ses principes, sa méthode, sa doctrine en un mot, l'on conçoit que le pouvoir chargé d'appliquer la loi, parut naturellement désigné pour lui donner cette existence, cette consécration officielle, connue de nos jours, sous le nom de promulgation. La promulgation résultait de l'enregistrement ou inscription des ordonnances royales dans les registres du parlement, et les magistrats qui devaient l'ordonner, autorisés par les précédents, les circonstances historiques que nous venons de rapporter, en avaient conclu à un véritable droit de contrôle que, tout au moins, l'usage sanctionna. Parmi ces lois, il en était de fondamentales, lois constitutionnelles en quelque sorte, qui furent le terrain d'historiques résistances. Les parlementaires s'en considéraient comme les gardiens et les interprètes, de même que les castes sacerdotales des anciens peuples conservaient et interprétaient les textes sacrés, fondement des divers systèmes religieux. Ils les défendaient avec autant de courage que de ténacité, quel que fût l'adversaire, fût-il le roi, ou le pape, ou même tous les deux, comme dans la fameuse affaire de la pragmatique et du concordat entre François I^{er} et Léon X.

Nous allons rappeler cette querelle mémorable dans laquelle le parlement joua un rôle prépondérant. Ce rôle délimitateur de la puissance absolue, et par conséquent de grand pouvoir public, dévolu au pouvoir judiciaire, de par son origine et sa nature même, y apparaîtra avec l'extension que les circonstances et l'absence de tout autre pouvoir d'op-

position, devaient nécessairement lui donner, non seulement dans l'ordre des intérêts privés, mais encore pour la défense de notre vieux droit public.

Pendant tout le moyen âge et jusqu'en 1519, l'Église, tout en conservant l'unité de ses dogmes, laissait aux diverses sociétés religieuses qui la composaient une certaine indépendance, au point de vue de la discipline intérieure et surtout de la nomination des évêques qui, depuis l'origine du christianisme, appartenait au clergé et aux fidèles. A vrai dire, cette base démocratique n'était guère respectée, et la liberté des élections avait été souvent violée par le pouvoir temporel, et même par le pape. Mais l'ingérence de celui-ci n'était point reconnue en principe, et ne pouvait se produire qu'avec la tolérance du pouvoir civil et la connivence de la majorité du clergé français. De là, pour l'Église de France, une indépendance qui pouvait lui permettre de défendre ses droits et même ses intérêts vis-à-vis de la cour de Rome. Ainsi, dans cette question des bénéfices et des annates qui fut l'un des objets du concordat, le pape s'était vu, jusqu'alors, par l'ordonnance de saint Louis (1269) et les décrets du concile de Bâle, acceptés par Charles VII et le clergé de France en 1438, dénier le droit de faire des levées d'argent et de prélever quoi que ce fût sur les revenus ecclésiastiques, sans l'assentiment du roi et la libre concession du clergé.

Ces prérogatives de l'Église gallicane avaient une portée plus haute que les intérêts du clergé, car la théocratie était, à cette époque, et fut longtemps encore un des éléments fondamentaux des constitutions politiques. L'autorité religieuse ne jouissait pas seulement, en effet, d'une grande puissance morale, mais elle était un ordre dans l'État, ayant des droits considérables, des privilèges reconnus et, dans l'excommu-

nication et les tribunaux ecclésiastiques, des moyens de les faire valoir ; en sorte que l'on pouvait dire que la constitution de la France reposait sur une triple base, la royauté, l'Église et le parlement, car l'aristocratie, au sens politique de ce mot, n'a pas existé dans notre pays ¹.

C'est pourquoi il importait grandement que « l'Église de France » demeurât une institution nationale, et qu'il ne fût pas permis à une autorité étrangère, fût-elle la papauté, de venir, sous couleur de religion et de hiérarchie ecclésiastique, se mêler des affaires de l'État, et exercer sur elles une action peut-être contraire à l'intérêt purement français.

D'un autre côté, par sa participation à l'organisme constitutionnel, l'Église était, vis-à-vis de la royauté, un pouvoir pondérateur fondé sur une antique tradition dont elle pouvait légitimement se réclamer : on sait que les évêques avaient hérité des anciennes attributions des *defensores civitatum*. Pendant tout le moyen âge, les églises et les monastères avaient été les seuls refuges des faibles contre l'oppression et l'injustice des puissants. Ils ouvraient même aux criminels des asiles inviolables, où ne pouvait plus les atteindre le bras séculier. Enfin, au nom du privilège de cléricature, toujours de plus en plus étendu, le clergé enlevait à la justice du roi un nombre considérable d'individus, et cela en vertu du principe supérieur, universellement reconnu comme établi

1. C'est ce qu'enseignait en effet C. Séselle sous François I^{er}, fixant ainsi théoriquement et doctrinalement les éléments de nos anciennes constitutions. Le pouvoir royal, disait-il, est tempéré par la religion, la juridiction et la coutume (*religio, jurisdictio, politia*). La juridiction, c'est-à-dire les parlements, est caractérisée comme pouvoir politique pondérateur de la monarchie dans les termes suivants : *Alterum frenum est jurisdictio quæ in Galliis maxime viget*. (Claude Sesellii. *De Monarchia franciæ*, liv. 1, p. 22.)

par Dieu lui-même, qui plaçait l'Église au-dessus de toutes les puissances humaines.

Quoi qu'on puisse penser de cette organisation politique, il est certain qu'elle existait, et ce serait la juger d'un point de vue très faux que de l'apprécier avec nos idées modernes. C'était alors la forme traditionnelle du gouvernement, reçue, acceptée comme telle, ainsi que le reconnaîtront les états généraux de 1570 en ces termes remarquables : « La profession de la foi catholique n'est point seulement l'ancienne coutume, mais la principale et fondamentale loi du royaume. »

A l'heure même de la Révolution française on constatera encore l'existence du clergé comme ordre de l'État, avec la noblesse et le tiers état.

Donc, lorsque le roi s'empare, par la concession du pape, de la nomination des titulaires aux divers bénéfices ecclésiastiques, il renverse l'une des garanties qui s'opposaient à son omnipotence ; il fait faire un pas de plus au pouvoir personnel ; en un mot, il commet une véritable usurpation. Et lorsque le parlement proteste contre l'abolition de la pragmatique, c'est la constitution même qu'il défend, remplissant en cela un véritable rôle de sénat conservateur : « Établie dans une assemblée générale de l'Église gallicane et des grands du royaume, dit Merlin, le consentement de la nation avait imprimé à la pragmatique un caractère difficile à effacer ¹. »

Rappelons cette résistance, parce qu'en aucune autre occasion n'était apparu avec plus d'éclat le vrai rôle, à cette époque, et la noble indépendance de la magistrature française.

1. Merlin. *Rép.*, v° *Concordat*.

Comme l'observe un historien ¹, François I^{er} et Léon X se partagèrent dans cette affaire ce qui ne leur appartenait pas : Le roi proclamait l'indépendance du pape vis-à-vis des conciles généraux, et le pape concédait au roi la nomination des évêques, abbés et prieurs. Enfin, implicitement au moins, le pape acquérait le droit de faire des levées d'argent et de prélever une part des revenus bénéficiaires. Tel était le fond de ce traité diversement apprécié aujourd'hui, qui, à l'époque, souleva des tempêtes :

Tandis que les clercs se répandaient en violence de langage devenues de style dans leurs querelles d'école, contre le concordat, qu'ils le nommaient *seminarium omnis generis hereseon, simoniarum et fiduciarum, exterminatricem scientiæ, virtutis, pietatis, regni denique pestem*, le Parlement opposait une résistance plus digne et plus efficace. Pour refuser l'enregistrement, malgré les ordres formels du roi, non seulement il entassait les difficultés, les procédures dilatoires, mais il faisait entendre le plus courageux langage : Le 15 mai 1517, le roi, à bout de patience, signe des lettres patentes ordonnant aux parlements et aux autres tribunaux de prendre le concordat pour base de leurs jugements. L'avocat général, loin d'en requérir l'enregistrement, requiert le maintien de la pragmatique, et en appelle contre « le prétendu concile de Latran ».

Mais le parlement ne défend pas seulement le fond du droit ; comme grand pouvoir de l'État, il exige les marques de déférence qui lui sont dues : ainsi, lorsque le roi envoie son oncle, le bâtard de Savoie, au parlement pour lui intimér l'ordre d'enregistrer le concordat, le parlement pour toute

1. Henri Martin, VII, 461.

réponse, députa vers lui deux de ses membres chargés de réclamer contre la qualité de l'envoyé royal, qui n'était pas pair de France, et n'avait pas dès lors le droit d'entrer au parlement.

Enfin, lorsque Latrémouille vint sommer la cour d'enregistrer, sous peine d'être déclarée rebelle, elle n'obéit que *ex ordinatione et præcepti domini nostri regis, reiteratis vicibus facto*¹. En même temps, elle déclare que la pragmatique ne cessera de servir de base à ses arrêts dans l'avenir.

On sait le rôle politique que jouèrent les parlements dans la suite de notre histoire, pendant la ligue, pendant la minorité de Louis XIV, et jusqu'à l'heure de leur suppression, rôle assurément d'assemblées souveraines et de pouvoir constitutionnel, on ne saurait le contester.

Soit, nous dira-t-on; si les thèses historiques peuvent servir à expliquer un point de droit litigieux, elles ne sauraient avoir de valeur lorsque le débat est clos, et que la question n'existe plus. Or, quel qu'ait été le rôle des parlements avant la Révolution, il est certain qu'il est terminé à cette époque, et que la nouvelle institution judiciaire ne saurait plus réclamer les pouvoirs illimités, ou tout au moins, indéfinis, des anciennes compagnies judiciaires.

Sans doute; aussi telle n'est pas notre conclusion. La seule que nous voulions tirer des exemples historiques qui précèdent, c'est que, par son essence, sa nature, son nom lui-même, la justice est la limite naturelle de la toute puissance, c'est-à-dire un pouvoir, et le pouvoir pondérateur par excellence. Ce sera d'abord, et sans doute, la justice naturelle, mais ensuite la justice positive, lorsqu'elle sera devenue,

1. Sur les prescriptions formelles et les ordres réitérés de notre seigneur le roi.

comme les parlements, une institution fondamentale de l'État. C'est ce qu'exprimait Loyseau au xvii^e siècle, lorsque, après avoir proclamé la souveraineté puissance absolue, il ajoute cependant : « La puissance des hommes ne peut être absolue tout à fait ; il y a trois sortes de lois qui bornent la puissance du souverain sans intéresser la souveraineté. A savoir : les lois de Dieu pour ce que le prince n'est pas moins souverain pour être sujet de Dieu, les règles de justice naturelle et non positives... et finalement les lois fondamentales de l'État¹. » La réserve que fait cet auteur est de trop, car, que sont les règles de la justice naturelle, si on les sépare de celles de la justice positive ? celles-ci, par la force même des choses, constitueront nécessairement l'une de ces lois fondamentales ; l'histoire vient de nous l'apprendre : elle nous a montré la justice devenue partie intégrante de cette ancienne constitution de la France qui n'est point l'œuvre d'un législateur, mais celle du temps et des événements ; cette grande situation acquise, non par droit de conquête, mais par droit de naissance ; non comme une création de la science politique, mais comme un germe qui s'est développé par sa propre vertu, ou comme un principe qui a produit ses naturelles conséquences. Considéré par les rois comme la première prérogative de leur souveraineté, le pouvoir judiciaire s'en est, en quelque sorte, détaché de lui-même, pour former, à leur puissance, un frein et une limite.

Nous allons voir que ces vérités n'ont pas été méconnues par les penseurs, les politiques et les législateurs de la période révolutionnaire, qui ont posé les principes essentiels de nos constitutions contemporaines.

1. *Traité des seigneuries*, ch 11, 8.

IV

PÉRIODE INTERMÉDIAIRE ET CONTEMPORAINE

La Révolution se signala par son esprit de réaction contre les parlements et toutes les anciennes institutions judiciaires.

L'Assemblée Constituante, après avoir supprimé l'ancienne organisation, eut à se préoccuper des principes d'après lesquels elle établirait la nouvelle. La nomination des juges à tous les degrés devait-elle appartenir au roi, ou à l'élection populaire ?

Si la question eût été tranchée dans le premier sens, il n'en faudrait pas conclure que l'Assemblée Constituante considérât la justice comme une dépendance du pouvoir exécutif. Les auteurs qui énoncent cette opinion comme un axiome indiscutable, oublient trop que la royauté, dans son ancienne conception, renfermait tous les pouvoirs, et notamment le législatif et le judiciaire ; que même les théoriciens de la monarchie constitutionnelle ne la dépouillent pas de ces attributions, sans lesquelles, disent-ils, la royauté ne serait plus qu'une magistrature, et le gouvernement une république, avec un seul consul ¹.

Mais c'est la deuxième solution qui prévalut, et le choix des juges fut remis à la désignation des justiciables par la voie de l'élection. Ainsi le décida la loi fondamentale de notre organisation judiciaire du 24 août 1790, qui est la partie intégrante de la Constitution de 1791. Cette décision fut prise, malgré le côté droit de l'Assemblée Constituante qui voulait qu'une part fût attribuée au roi, dans la nomination des

1. Thiers. *Hist. de la Révolution française*, I, p. 139 et 232.

juges. On lui opposa le principe de Montesquieu, sur la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, et l'on ne laissa au roi qu'une simple formalité, l'installation des juges en son nom.

Par cela même qu'elle l'inscrivait dans la loi constitutionnelle, l'Assemblée Constituante reconnaissait à l'autorité judiciaire la qualité du pouvoir constitutionnel. Le mode de recrutement institué pour la nouvelle magistrature était plus concluant encore à cet égard. Si, en effet, l'élection n'est pas le mode indispensable pour l'établissement d'un pouvoir, elle le caractérise cependant comme tel, lorsqu'elle est employée dans ce but, et en devient ainsi la source. Ce mode implique une délégation directe de la puissance qui ne saurait admettre le contrôle d'autres pouvoirs dont les titres ne peuvent être supérieurs.

Les constitutions de l'an II (qui ne fut jamais appliquée) et de l'an III, ne modifièrent point ces principes. La dernière, en établissant le jury criminel, donna même, à l'autorité judiciaire, un caractère de plus en plus indépendant des autres pouvoirs.

Il en fut de même de la constitution consulaire du 22 frimaire an VIII qui, reconnaissant le principe et lui rendant hommage, se contenta d'en fausser l'application. Le choix des magistrats était encore remis à l'élection des justiciables, mais cette élection n'avait plus qu'une portée des plus restreintes :

Elle n'avait d'autre objet que la formation d'une liste de candidats, parmi lesquels le premier consul devait prendre les magistrats, liste tellement nombreuse que l'arbitraire du pouvoir n'en était aucunement gêné.

C'était le cas de dire : Tourner le principe c'est le respec-

ter, mais ce respect, quoique de pure forme, n'était pas cependant sans importance au point de vue que nous considérons : une fois de plus l'autorité judiciaire était classée au rang des grands pouvoirs de l'État, et par sa place dans la loi constitutionnelle, et par son mode de recrutement. Il est remarquable, au surplus, que l'élection des juges du tribunal de cassation fut confiée au Sénat conservateur, et que les juges de paix continuèrent à être élus directement par les justiciables (articles 20 et 60).

La charte de 1814 renonça à l'hypocrite procédé de la constitution consulaire. Elle remit, sans condition, au choix du prince la nomination des magistrats de tout ordre, y compris les conseillers à la Cour de cassation et les juges de paix. Les divers actes constitutionnels qui suivirent, marquant l'avènement d'une nouvelle dynastie ou d'un gouvernement républicain, maintinrent le mode adopté par la charte, jusque, et non compris, la constitution actuelle du 28 février 1875.

Pour la première fois, avec cette constitution, l'autorité judiciaire n'est pas au nombre des grands pouvoirs publics, lacune d'autant plus regrettable qu'elle laisse indécis le point de savoir au nom de qui la justice est rendue. L'est-elle au nom de la nation, ou au nom du gouvernement ! La constitution républicaine du 4 novembre 1848 avait décidé, fort logiquement suivant nous, qu'elle le serait « gratuitement et au nom du peuple français » (art. 81). Ainsi se trouvait résolue la question qui nous occupe : L'autorité judiciaire était classée au rang des pouvoirs publics assurément, puisqu'un chapitre entier, intitulé : « Du pouvoir judiciaire », lui était consacré, et que ses décisions devaient tirer leur force, non du pouvoir exécutif, mais du peuple lui-même, source de tout pouvoir.

Cette constitution fut abrogée expressément par celle du 14 janvier 1852 (art. 7), qui disparut elle-même avec le gouvernement impérial d'où elle était sortie. La question se posa donc encore après la proclamation de la République en 1871, et se posait surtout lors de la discussion des lois constitutionnelles. Il est vrai qu'elle avait été implicitement résolue, dans le même sens qu'en 1848, par le décret du 8 septembre 1871, décidant « que les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice et actes notariés seront précédés de la formule : « République française, au nom du peuple français ». Mais cette disposition ne se rattache à aucun principe de droit constitutionnel explicitement posé ; il eût donc été nécessaire que la constitution de 1875 s'en expliquât. Cette lacune, qui semble en effet donner raison aux adversaires de notre thèse, rendait, nous a-t-il paru, nécessaire, l'examen de la question. Nous allons voir qu'il n'y a eu là, sans doute, qu'une inadvertance législative, explicable par la hâte avec laquelle cette constitution fut votée, et par l'ensemble des circonstances qui lui donnèrent naissance. L'expérience quotidienne aussi bien que les doctrines du droit constitutionnel dont il sera donné plus loin un aperçu, viennent corroborer les raisons déduites de l'histoire des peuples de l'antiquité et de celle de notre patrie.

CHAPITRE III

Affinité de nature et rapports nécessaires entre le pouvoir judiciaire et la Constitution démocratique parlementaire ¹.

- I. — Le gouvernement républicain se caractérise par le règne de la loi. — Division des lois, en lois de garantie, lois de coercition et lois de sanction ; les premières et les dernières protectrices du droit et de la liberté sont appliquées par le pouvoir judiciaire.
- II. — Le pouvoir judiciaire garant des principes constitutionnels.
- III. — Législation comparée : Angleterre, États-Unis, Suisse.
- IV. — Dédution à tirer de ces exemples.

I

Les enseignements du passé ne laissent aucun doute, aucune indécision sur la question qui nous occupe.

Oui, la justice est un pouvoir souverain, dit toute l'histoire, un droit régalien, un devoir vraiment royal, a dit Louis XIV. Et comme si ces affirmations ne suffisaient pas, l'ancienne royauté a fait de la main de justice le sceptre lui-même, c'est-à-dire le symbole de la toute puissance. Enfin nous avons trouvé la raison d'être de cette opinion universelle, dans le but même de l'association humaine : le besoin de justice. D'où pourrait donc naître l'objection contre un principe aussi

¹. Voir à l'appendice, note 1.

solidement établi ? Serait-ce dans la forme actuelle du gouvernement ?

L'exemple de la Grèce et de Rome nous a déjà répondu à cet égard, et démontré le contraire. Toutefois, la question vaut qu'on l'examine de plus près, car, ainsi que le dit Montesquieu, « les lois que le législateur donne doivent être relatives au principe du gouvernement ¹ ». Nous devons donc rechercher si, entre les éléments essentiels du gouvernement républicain et ceux du pouvoir judiciaire, il y a concordance ou antinomie. Une première observation d'ordre général et philosophique nous montre la solution du problème dans le sens de la concordance : Toute injustice étant une tyrannie, il est de nécessité absolue que la liberté et la justice soient inséparables. Qu'est-ce en effet que l'injustice, sinon l'oppression du faible par le fort ? Qu'est-ce que la tyrannie, sinon une oppression généralisée, étendue sur une masse d'individus ? La justice, au contraire, tend à assurer à chacun ses droits légitimes ; or, être en possession de ses droits, c'est être libre. Si donc justice et liberté sont unies dans une solidarité étroite, au point qu'il soit permis de les confondre, n'apparaît-il pas, tout d'abord, que l'organe gouvernemental qui assure la première, est aussi le plus convenant et le plus indispensable à la seconde.

La caractéristique essentielle du gouvernement républicain est le règne de la loi. Plus d'arbitraire, plus de bon plaisir dans une mesure quelconque ; la loi seule, régulièrement votée et promulguée, souveraine maîtresse. Cette vérité a été marquée d'un trait ineffaçable par le grand peintre des mœurs germaniques et de la civilisation romaine ; Tacite, voulant

1. *Esprit des lois*, livre V, chap. 1^{er}.

opposer la royauté et la république, appelle celle-ci, dans sa langue précise et forte, simplement « les lois ». *Quidam statim, aut postquam regum pertæsum leges maluerunt* ¹. Dans une république démocratique, en effet, c'est la volonté de tous qui doit prévaloir, et l'expression de cette volonté s'appelle la loi.

Tel était aussi le sentiment de Gambetta : « Je tiens, s'écriait-il, que c'est surtout dans un État démocratique que la question de la justice et de la magistrature est la première de toutes les questions, car il n'est rien de plus essentiel que la justice et le respect des lois ². »

Mais les lois se distinguent en trois sortes : les premières sont les protectrices du droit individuel et des libertés les plus précieuses ; elles garantissent la sûreté personnelle, le domicile, la propriété, les droits politiques et civils. Leur application, entourée des formes légales les plus minutieuses et les plus précises, ne saurait être, en aucun cas, un danger pour l'indépendance sociale. On peut les appeler des lois de garantie.

Les secondes, destinées à assurer l'ordre immédiat, à protéger la société contre le trouble imminent ou actuel, peu restrictives dans leurs termes, à cause de l'imprévu des éventualités auxquelles elles ont à parer, laissent une large place à l'arbitraire administratif, et, par les pouvoirs étendus qu'elles lui confèrent, elles peuvent devenir un péril pour les prérogatives que les premières sont appelées à défendre.

1. *Annales*, III, XXVI.

2. Ce principe posé, il ajoutait cette observation qu'il est bon de rappeler : « Or ces deux questions se tiennent, et l'on ne peut maintenir longtemps dans un pays le respect des lois, quand on ne maintient pas sévèrement le respect de ceux qui les interprètent. » Réunion électorale du XX^e arrondissement, 12 août 1881.

Nécessaires assurément en raison de l'infirmité humaine, parce que les hommes ne sont ni assez éclairés, ni assez justes, et qu'il faut les contraindre à la justice, leur nombre et leur autorité doivent décroître en raison des progrès de l'esprit humain et d'une civilisation orientée vers une moralité plus haute¹ : « On ne met en commun, disait Siéyès à la Convention, sous le nom de pouvoir public ou politique, que le moins possible et seulement ce qui est nécessaire pour maintenir chacun dans ses droits et ses devoirs... » A mesure qu'on s'éclairera, qu'on s'éloignera des temps où l'on a cru savoir quand on ne faisait que vouloir, la notion de la souveraineté rentrera dans ses justes limites². » Cette régression désirable s'est moins produite chez nous en réalité qu'en apparence : à la différence de ce qui se passe en Angleterre, où les rapports de l'administration et des administrés sont régis par le droit commun, l'administration est munie, en France, d'importants et nombreux privilèges, que des règlements administratifs et une juridiction spéciale viennent augmenter encore. Nous nommerons cette deuxième classe de lois, lois de coercition.

Enfin il en est une troisième classe, qui a pour but de réprimer la violation du droit, ce sont les lois de sanction.

Les premières et les dernières sont évidemment favorables à la liberté ; les unes parce qu'elles la protègent directement, les autres parce qu'elles répriment la violation des lois, sans le respect desquelles il n'y a pas de liberté. Il en sera de même du pouvoir chargé d'en procurer aux citoyens

1. Jules Simon. *De la liberté*, t. I, pages 202, 203.

2. *Moniteur universel*, 7 thermidor, an III. V. aussi Tocqueville. *De la démocratie en Amérique*.

tous les avantages et toute l'efficacité. Le pouvoir judiciaire à qui cette mission incombe, est donc celui qui s'harmonisera le mieux à l'esprit des institutions libres, puisqu'il est le gardien, et comme le moyen même de la liberté.

II

Protecteur du droit individuel contre les empiétements possibles du pouvoir exécutif, le rôle du pouvoir judiciaire, dans une république, ne doit point se borner là; il lui appartient, normalement encore, d'être la sauvegarde des principes constitutionnels, et il importe particulièrement de souligner son rôle, à ce point de vue.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il ne saurait y avoir de garantie pour la liberté, en dehors d'une réelle séparation des pouvoirs. Leur confusion assure, en effet, la prédominance de l'un d'eux, et l'on se trouve alors en présence d'une souveraineté sans limite. Si cette souveraineté est celle des assemblées politiques, il n'en est pas de plus dangereuse, parce qu'elle est anonyme et irresponsable, parce que, comme tous les groupements nombreux, elle peut obéir à des courants d'opinion dont il peut être difficile de prévoir la direction et le but; dangereuse surtout à l'heure où la politique se trouve profondément mêlée de questions sociales et religieuses. Si la prédominance, qui l'emporte, est celle du pouvoir exécutif, il n'en est pas de plus intolérable, car elle atteint directement l'individu, et peut se traduire par des injustices quotidiennes, des méconnaissances ou de violations des droits les plus certains, en un mot par des actes vexatoires et tyranniques de tous les instants.

Or il ne peut y avoir de séparation des pouvoirs, sans un

pouvoir judiciaire indépendant et autonome; il en est la condition *sine qua non*. La raison en est simple, c'est que le pouvoir judiciaire est la seule limite *possible* entre le législatif et l'exécutif.

Comment en effet, de quel droit l'exécutif empêcherait-il le législatif de faire des lois ou de s'arroger des pouvoirs contraires à la constitution ? Réciproquement, par quel moyen le législatif restreindrait-il l'arbitraire de l'exécutif ? on ne le voit pas.

Mais, que le pouvoir judiciaire soit placé entre les deux, qu'il soit juge de la légalité de leurs actes, non point en eux-mêmes et d'une façon abstraite, mais lorsqu'ils entreront dans le domaine de l'application concrète et pratique, alors la séparation des pouvoirs deviendra une réalité, et la liberté aura sa sauvegarde naturelle.

Tel est, dans une démocratie, le véritable rôle politique du pouvoir judiciaire, que Tocqueville a su résumer dans une formule heureuse : « Le premier caractère de la puissance judiciaire chez tous les peuples est de servir d'arbitre ¹. »

III

Le principe posé en tête de ce chapitre ne se justifie pas seulement en pure théorie, il a encore pour lui la consécration de la pratique. L'exemple le plus frappant du rapport étroit qui unit la liberté et la justice, de la convenance de nature, de la solidarité nécessaire qui fait que l'une est la condition de l'autre, et que tout gouvernement libre suppose un pouvoir judiciaire fortement organisé, nous est offert

1. *De la Démocratie en Amérique*, t. 1, p. 158.

par les deux grandes nations anglo-saxonnes : l'Angleterre et les États-Unis.

Jamais, on peut le dire, peuple ne fut plus libre que le peuple anglais et, faut-il ajouter, plus jaloux de sa liberté : « A tout prendre, dit Tocqueville, le royaume d'Angleterre semble beaucoup plus républicain que la République helvétique ¹. »

C'est de ses plus lointains ancêtres qu'il a hérité ce caractère dont on rencontre les manifestations à toutes les périodes de son histoire :

Impatients, comme les autres nations germaniques, de toute domination basée sur la contrainte, n'acceptant que celle des dieux et de leurs interprètes qu'aucune force humaine ne leur impose, les hommes du nord, Angles, Saxons, Normands, cherchent sur les mers des horizons plus vastes que ceux de leurs forêts, et des luttes contre un ennemi plus redoutable que l'homme.

Ce sont déjà, à ces époques reculées, les puînés qui fuient la terre trop étroite, et vont, à travers les hasards maritimes, conquérir de nouveaux foyers.

Maîtres de l'île de Bretagne, tenus en haleine par d'incessants combats contre les premiers occupants, souvent vaincus et jamais définitivement soumis, ils conservent leurs vertus guerrières et leur passion d'indépendance.

Cependant l'histoire commence pour eux, comme peuple, et s'ils acceptent des rois, ils ne leur accordent que les pouvoirs des royautés germaniques, « ni illimitées, ni indépendantes », dit Tacite ² ; si bien qu'il semble qu'ils ont trouvé

1. *Œuvres complètes*, VIII, p. 455.

2. Nec regibus infinita aut libera potestas. *La Germanie*, ch. VII.

là le premier germe de cette royauté tempérée qui a pris place dans leurs constitutions définitives.

Ce n'est du reste pas sans luttes qu'ils s'accoutument avec elle, et règlent leurs droits et leurs domaines respectifs. Mais ce sera toujours au nom du droit, fondé par la tradition, au nom d'une légalité, formée par l'évolution historique que le peuple anglo-saxon formulera ses revendications et justifiera ses révoltes ¹. Ce qu'il maintiendra jalousement, par tous les moyens, contre ses rois, ce sont ses antiques libertés, consacrées encore plus par la tradition séculaire que par ses chartes. Et c'est ici qu'apparaît le second caractère du peuple anglais, son attachement à la loi et son respect pour elle, ce qu'on a appelé son *légalisme*.

Il l'aimera d'autant plus qu'elle ne s'incarnera dans aucun homme. Le roi lui-même ne sera que le premier de ses serviteurs, car ce n'est que d'elle qu'il tient son pouvoir : « *La ley est la plus haute inhéritance que le roi ad ; car, par la ley, il même et tous ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit nul roi et nulle inhéritance sera* ². »

Ses fonctionnaires chargés d'assurer son exécution lui seront soumis au même titre que le simple particulier, responsables de tous les actes que la loi ne les autorise pas à faire, alors même qu'ils auraient été ordonnés par leurs supérieurs hiérarchiques ³. Il l'aimera parce qu'elle constitue pour lui comme pour tous les peuples libres ⁴ le symbole même de toute liberté, la *common law*, c'est-à-dire la loi commune, la loi par excellence, la loi égale pour tous et

1. Guizot. *Histoire de la Révolution d'Angleterre*, livre III.

2. *Year books*, XIX, Henry VI. Dicey, chap. VI, p. 163.

3. Dicey, *op. cit.*, ch. IV, p. 172.

4. Voir ci-dessus ch. II, p. 42.

supérieure à tous. Tel est le sentiment le plus profond parmi ceux qui composent l'âme anglo-saxonne. Les tribunaux anglais, il est vrai, n'ont pas, comme les tribunaux américains, à vérifier la constitutionnalité des lois ; mais pour cette excellente raison qu'en Angleterre le pouvoir constituant n'est pas distinct du pouvoir législatif et que, suivant l'adage bien connu, « le parlement peut tout, hormis faire un homme d'une femme, ou une femme d'un homme ».

S'étonnera-t-on, après cela, que le peuple anglais entoure les ministres de cette loi de prestige et de considération, et que, pénétré profondément de cette idée que le respect de la loi ne saurait exister sans le respect de ceux qui l'interprètent, il considère cette fonction comme un sacerdoce, au sens strict du mot ¹.

Cette conception est traduite d'une manière saisissante par M. Bryce, dans le portrait suivant qu'il trace du magistrat britannique : « Pendant quelques siècles, les Anglais ont associé les idées de pouvoir, de dignité et de supériorité intellectuelle avec la fonction judiciaire ; une tradition moins ancienne sans doute mais qui a eu néanmoins une durée respectable, les a fait regarder comme des fonctionnaires incorruptibles. Les juges comptent parmi les plus grands fonctionnaires permanents de l'État. Ils ont conquis leur place par des succès plus ou moins brillants, mais toujours considérables dans les luttes du barreau ; ils ne sont révocables par la Couronne que sur la demande des deux Chambres du Parlement ; ils ont des appointements élevés et jouissent d'un grand respect dans la société. Quelques-uns d'entre eux siègent à la Chambre des lords, d'autres sont membres du Conseil privé. Lorsqu'ils

1. Voir ci-dessus, p. 30 et note.

« traversent une contrée, dans leurs grands circuits, ils sont
« reçus par le grand shériff de chaque comté... Les critiques
« d'une presse effrontée s'attaquent rarement à leur capacité,
« très peu même à leur loyauté. Le barreau lui-même qui
« les a chaque jour sous les yeux, qui connaît leurs dedans
« et leurs dehors (pour me servir d'une expression améri-
« caine), soit avant, soit après leur élévation, les traite avec
« un respect plus grand que celui que le clergé témoigne
« habituellement à ses évêques. Aussi les Anglais se repré-
« sentent-ils un juge comme un personnage nécessairement
« et naturellement digne et intègre, et *cette idée, une fois*
« *formée, ils l'emportent partout avec eux* ¹... »

Cette dernière observation expliquera que nous retrouvions le même esprit sur tous les points du globe colonisés par les Anglais ; ils l'ont emporté dans leurs nouveaux établissements, comme des Troyens, suivant l'antique légende, avaient emporté dans le Latium les dieux de la patrie qui, eux aussi, n'étaient que la personnification des vieilles mœurs et de la législation traditionnelle.

Cependant les Américains, malgré leur rébellion et leur guerre heureuse contre la mère-patrie, ne renoncent pas à cette tradition ; bien au contraire, c'est la violation par l'Angleterre de l'un de ses propres principes constitutionnels qui motivera leur révolte : « Nul citoyen, diront-ils, n'est tenu de se soumettre aux impôts non votés par ses représentants ». Et aussitôt, par la convention de Boston, quatre-vingt-seize villes s'engageront à n'acheter aucune marchandise anglaise, tant qu'il n'aura pas été fait droit à leurs plaintes.

Bien plus, la constitution de 1787, l'arche sainte, dit M. La-

1. Bryce, *op. cit.*, t. IV, ch. CII, p. 364.

boulaye, où le peuple a déposé ses libertés¹, nécessaire pour fixer les lois générales de la confédération, sera toute inspirée de l'ancien esprit de liberté et de *légalisme*². Elle le manifestera en donnant au pouvoir judiciaire une place prépondérante dans les institutions fondamentales de l'Union, et d'ailleurs elle ne fera en cela que se conformer au vieux droit colonial anglais³.

L'Union américaine n'aura qu'à se féliciter de cette heureuse organisation qui lui vaudra l'approbation des publicistes et des jurisconsultes les plus éminents des deux mondes :

« L'élévation du judiciaire en une branche du gouvernement, dit M. Willoughby, non seulement séparée des branches exécutive et législative, *mais dont le pouvoir est coordonné avec le leur*, a été sans doute un des grands succès de notre système politique. » « Ce rôle du pouvoir judiciaire, dit M. Duvergier de Hauranne, offre aux libertés individuelles des garanties si puissantes, qu'il n'en existe nulle part de semblables. » « Le problème par excellence de la politique contemporaine, écrit à son tour M. Caro (*Revue des Deux Mondes*, 1870), c'est la conciliation nécessaire du droit de l'individu avec la force des majorités ; les Américains ont cherché cette conciliation dans les limitations constitutionnelles et leurs sanctions juridiques⁴. »

Comme conséquence, et comme en Angleterre, la magistrature de la Cour suprême et celle des Cours fédérales jouis-

1. *Histoire des États-Unis*, tome III, page 479.

2. Dicey, *loc. cit.*, page 155.

3. Bryce, *op. cit.*, pages 248-249.

4. Voir ces citations et bien d'autres semblables dans l'ouvrage de M. Sapirolos. *La démocratie et l'élection proportionnelle*, à qui nous les empruntons, pages 340 à 345 et les notes (Paris, Rousseau, 1899).

sent aux États-Unis d'un grand prestige : « Les neuf juges fédéraux de la Cour suprême, poursuit M. Bryce, conservent beaucoup de la dignité qui entoure en Angleterre la Cour suprême de judicature. Ils sont à peu près les seuls fonctionnaires nommés à vie, et leurs fonctions sont de la plus grande importance pour le bon fonctionnement de la constitution. Aussi le choix d'un juge offre un grand intérêt public et le poste est un objet d'ambition. Quoique parfois un éminent légiste puisse le dédaigner, parce que sa position peut lui rapporter cinq fois plus que cette fonction ne rapporte, il n'a cependant pas été difficile de trouver des hommes de première valeur pour composer la Cour ¹. »

Ce n'est pas seulement chez les peuples anglo-saxons que nous rencontrons la coexistence nécessaire d'un pouvoir judiciaire fortement et logiquement organisé et des libres institutions : la Suisse nous en montre un nouvel exemple, sous des modalités différentes, il est vrai, mais non moins concluant, en ce qu'il marque, dans tous les cas, une tendance des plus accusées vers cette orientation.

Sans doute, « les Suisses, dit Tocqueville, ne montrent pas pour la justice ce goût qui caractérise si fort les Anglais... ils ne montrent pas, au fond de leur âme, ce respect si profond du *droit*, cet amour de légalité, cette répugnance à l'emploi de la force, sans lesquels il n'y a pas de nation libre et qui frappent tant l'étranger en Angleterre ². » Il est non moins vrai que le tribunal fédéral n'a pas en Suisse le rôle de la Cour suprême aux États-Unis, et que l'on ne peut dire de lui, comme de celle-ci, qu'il est *le gardien*

1. *La République américaine*, t. IV, chap. II — V. *infra*, ch. VI, l'organisation des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

2 *Œuvres complètes*, VIII, p. 455.

de la constitution ¹. Cependant leurs attributions ne sont pas sans analogies, et, dans tous les cas, sans poursuivre le même résultat.

Il est à remarquer tout d'abord que, dans tous les petits États destinés par leurs intérêts communs à former une confédération, le premier lien qui s'établit est le lien d'une justice plus ou moins rudimentaire. Il en fut ainsi pour les treize États qui, après la guerre de l'Indépendance, formèrent le noyau de l'Union américaine : par l'acte confédéral de 1781, le Congrès des États devait trancher les conflits d'intérêts qui pouvaient les diviser dans le présent et dans l'avenir. En ce qui concerne les cantons suisses, le rôle joué, à ce point de vue, depuis 1291, par les juridictions arbitrales en Suisse, fut des plus considérables, et il est des plus intéressants à étudier ².

Après cette première période, une fois le pacte fédéral conclu et la juridiction régulière organisée, la première mission des tribunaux est de remplacer les anciens arbitres, pour trancher, entre les États confédérés, les différends pouvant s'élever au sujet de l'autonomie qu'ils ont conservée.

Telle est aux États-Unis la mission de la Cour suprême, dont Tocqueville relève toute l'importance ; il ne s'agit pas ici en effet de simples particuliers, mais de « souverains que la Cour suprême fait comparaître à sa barre ³ ».

Telle est encore et telle fut dès l'origine la mission du tribunal fédéral suisse, appelé également à trancher des conflits

1. Bryce, *op. cit.*, t. I, page 252. « The guardian of the constitution ».

2. Cette étude a été faite, d'une façon lumineuse et complète, dans une remarquable thèse de doctorat sur « l'évolution de la juridiction fédérale en Suisse », présentée en 1909, à la Faculté de droit de Toulouse, par M. Alexandre Souriac.

3. *De la Démocratie en Amérique*, t. I, p. 243 (Édition, Paris, 1848).

de droit public, soit entre les divers cantons, soit entre les cantons et le pouvoir fédéral, soit entre les cantons et les particuliers. Ce sont là les premières attributions qui lui sont conférées par les divers actes qui, antérieurement même à la Constitution de 1848, ont concouru à fixer le statut constitutionnel helvétique ¹.

Notons que ces conflits peuvent être relatifs à la violation, par les cantons, des constitutions, soit fédérale, soit cantonale, ou à la méconnaissance des droits individuels que la constitution a eu surtout en vue de sauvegarder, ou à la violation des traités internationaux. Ainsi le judiciaire fédéral joue déjà en Suisse, vis-à-vis des pouvoirs cantonaux, le rôle que l'on voudrait lui voir jouer vis-à-vis des pouvoirs fédéraux ².

La conclusion à tirer immédiatement de cette constatation, c'est que, dans les deux pays, le pouvoir judiciaire a été considéré comme l'arbitre naturel entre de hautes personnalités politiques, ayant tout au moins dans l'État l'importance qu'ont ailleurs les pouvoirs constitutionnels : « Lorsque, dit encore Tocqueville, l'huissier s'avancant sur les degrés du tribunal, vient à prononcer ce peu de mots : « L'État de New-York contre celui de l'Ohio », on sent qu'on n'est point là dans l'enceinte d'une cour de justice ordinaire. » N'en est-il pas de même si le procès met en cause, devant le tribunal fédéral, Bâle contre Zurich, ou Berne contre Genève ³ ?

Il est vrai que le tribunal fédéral n'a à connaître ni de la

1. V. M. Souriac, *op. cit.*, p. 243. Toutefois, comme l'auteur l'a fait remarquer, ce n'est qu'à partir de 1874 que le tribunal fédéral tranche les conflits de droit public, pages 311-312 et s., 327, 394, 402, etc., et même la Constitution de 1848 les excluait formellement de sa compétence.

2. V. M. Souriac, *op. cit.*, p. 439.

3. *Op. cit.*, p. 432.

constitutionnalité des lois fédérales, ni des actes du pouvoir exécutif représenté par le Conseil fédéral¹. C'est celui-ci qui est juge administratif avec possibilité de recours à l'Assemblée fédérale. Il y a évidemment, dans une telle organisation, une lacune, et une regrettable confusion de pouvoirs qui a pour conséquence de constituer les autorités politiques juges en leur propre cause. « Il faut, dit M. Souriac, les mœurs politiques du peuple suisse, et l'apaisement considérable qui s'est produit en lui depuis un certain nombre d'années pour que le système actuel ne donne pas les pires résultats. »

A diverses reprises, on a cherché à faire disparaître ce double contre-sens constitutionnel. Un projet de loi préparé en 1899, par le Conseil fédéral lui-même, proposa de déférer au tribunal fédéral la connaissance des contestations administratives. Ce projet n'échoua que parce que l'on ne crut pas pouvoir modifier par simple voie législative l'article 113 de la Constitution de 1874, sur lequel était fondé l'état de choses existant.

L'anomalie, qui laissait sans sanction la violation possible de la constitution par les autorités fédérales, était déjà signalée lors du mouvement nettement fédéraliste qui se produisit en 1832. Le projet de constitution, élaboré par M. Rossi, créait de toutes pièces une Cour fédérale, avec des pouvoirs analogues à ceux de la Cour suprême des États-Unis. Elle le fut encore lors de la discussion de la Constitution de 1874. « Tout le monde reconnaît, fit observer M. Philippin, qu'il est nécessaire d'avoir quelque chose de supérieur à la simple volonté de la majorité, et qu'on a par conséquent besoin

1. L'article 175 de la Constitution de 1874 le lui interdit même formellement.

d'un juge, comme solide contrepoids à l'arbitraire. » On crut, alors, établir à cet égard une garantie suffisante, en faisant rentrer les questions de droit public dans la compétence du tribunal fédéral.

Depuis lors, dans nombre de bons esprits, s'est imposée l'idée de donner à une juridiction le droit d'interpréter la loi, suivant le système américain, c'est-à-dire au point de vue de la constitutionnalité. Les raisons qu'en donne le jurisconsulte Dubs, dont l'action fut prépondérante au cours de la discussion et du vote de la Constitution de 1874, sont les mêmes que nous trouverons sous la plume du *chief justice Marshal*, déduites avec une grande puissance¹, et que M. Dubs exprime avec non moins d'originalité et de force : « Le juge, dit-il, ne doit pas agir contrairement à la constitution, alors même que le législateur peut avoir trouvé bon de se mettre au-dessus d'elle. » « Le pouvoir absolu des assemblées politiques, disait-il encore, qui a su se développer dans les États modernes, sera tout aussi bien condamné par l'avenir, que l'a été de notre temps le pouvoir absolu des gouvernements d'autrefois. »

Bien plus, par une singularité remarquable, l'on rencontre, dans la législation du canton d'Uri, ces principes mis en pratique : le citoyen qui se trouverait lésé par une décision de la *Landsgemeinde*, c'est-à-dire de l'assemblée des citoyens qui fait la loi, dans sa propriété particulière ou dans ses droits individuels, ne sera pas sans recours, car « la règle de la *Landsgemeinde* ne doit pas être le caprice sans condition ni limite, ni le pouvoir du plus fort ». Il se présentera d'abord devant cette autorité pour protester et faire valoir

1. V. *infra*, ch. VI.

ses griefs, et si finalement il n'est pas écouté, « le juge décidera alors d'après sa conscience et son serment, la question de droit, entre le peuple et celui qui proteste¹ ».

On ne saurait trop admirer la grandeur et la simplicité d'un pareil langage, qui fait, avec tant de mesure et de tact, la part de la loi, c'est-à-dire du droit collectif, et celle du droit individuel que la majorité elle-même ne saurait méconnaître ; l'on y perçoit le sentiment de la conscience universelle, conservé intact dans sa pureté primitive, et l'accent même de la vérité.

Les tendances ainsi accusées ne sont point restées à l'état de simples aspirations platoniques, et depuis 1874 diverses lois sont venues étendre la compétence et augmenter l'autorité du tribunal fédéral.

Et d'abord son indépendance absolue, reconnue par la Constitution de 1874, est consacrée de plus fort par la loi du 22 mars 1893, tant vis-à-vis du Conseil fédéral que de l'assemblée fédérale elle-même.

Ses pouvoirs sont, en outre, considérablement augmentés par la même loi qui, notamment, le rend juge des conflits de compétence entre les autorités fédérales d'une part, et les autorités cantonales d'autre part, et entre les autorités cantonales elles-mêmes (art. 175) ; juge également des différends, en matière fiscale, entre la Confédération et les cantons (art. 179).

Bien d'autres attributions, en matière de faillite, de tutelle, de personnes morales, de liberté religieuse qui ressortissaient autrefois au Conseil fédéral, lui sont attribuées. Bref, tout le monde reconnaît, dans ces extensions successives de compétence, et mieux encore dans la grande autorité que le

1. Souriac, *op. cit.*, pages 312, 428, 433, 434.

tribunal fédéral acquiert de jour en jour, la tendance de plus en plus acceptée, dont l'aboutissement sera de lui attribuer le grand rôle de la Cour suprême des États-Unis¹.

L'exemple de la république américaine et, dans une large mesure, tout au moins comme tendance, l'exemple de la république helvétique, semblent donc bien établir qu'un pouvoir judiciaire, fortement constitué, est nécessairement inhérent à toute constitution libre, et la condition même de la liberté.

On a cependant contesté cette conséquence. M. Dicey² a vu, dans cette prédominance du pouvoir judiciaire, plutôt une particularité du gouvernement fédéral, qu'une condition de tout gouvernement libre. Mais les raisons mêmes données par le savant auteur anglais sont, de tout point, applicables à toutes les libertés publiques ou privées, basées sur un principe contractuel implicite ou formel. C'est la conséquence même de sa doctrine dont voici l'exposé sommaire :

Lorsque de petits États se constituent en fédération, ils renoncent à une part de leur autonomie au profit de pouvoirs généraux qu'ils établissent et dont, par suite, ils ont grand soin de délimiter rigoureusement les attributions et le domaine. Ces pouvoirs seront le gouvernement fédéral, et l'acte qui les détermine sera la Constitution elle-même.

La Constitution ainsi fondée, si, dans la suite, les pouvoirs fédéraux attentaient à la constitution particulière des États, ou si ces derniers s'insurgeaient contre le pouvoir fédéral, le pacte serait violé et, dans le premier cas, le gouvernement tendrait à devenir unitaire, dans le second, on reviendrait au particularisme.

1. Dicey. *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 151.

2. *Ibid.*, p. 125 et suiv., et appendice, p. 441, 848; M. Duguit. *Droit constitutionnel*, 1^{re} partie, ch. IV. p. 659.

Il faut donc qu'un pouvoir serve d'arbitre entre ces puissances différentes, et maintienne ainsi l'intégrité tant du lien fédéral que de l'indépendance des États. Voilà pourquoi le pouvoir judiciaire est nécessairement lié à la constitution fédérale, et ne l'est à aucune autre qui ne présenterait pas les mêmes particularités.

Mais, répondrons-nous, ne peut-on pas tenir exactement le même langage, à propos de toutes les libertés, alors surtout qu'un peuple, rompant, par des révolutions successives, avec son passé, a conquis lui-même son indépendance et en a, par ses représentants, rédigé la charte ? N'est-il pas vrai de dire que si le pouvoir central entreprend sur ces libertés, on revient vers le despotisme ; comme aussi, si le peuple méconnaît les lois de la constitution, on tombe dans la démagogie, c'est-à-dire dans l'anarchisme, et qu'il faut également, dans ces cas, un arbitre entre le pouvoir et le peuple ?

Allons plus loin et plus avant dans le système de M. Dicey, et nous constaterons qu'il n'y a pas seulement des fédérations de peuples, mais qu'il peut y avoir des fédérations d'intérêts, et cela devient de plus en plus vrai sous l'influence grandissante des idées d'association, de coopération, de mutualité. Il se forme ainsi des groupes puissants, auxquels on songe même à donner une représentation dans les assemblées publiques, et qu'on a pu qualifier, dans certaines de leurs manifestations, d'États dans l'État. Et à mesure que tous ces intérêts moraux, régionaux, agricoles, industriels, professionnels se constatent, se groupent, se fédèrent, il devient nécessaire et urgent, qu'un pouvoir judiciaire, fortement autorisé, leur serve d'arbitre et les maintienne dans leur sphère légitime.

A un point de vue différent, les grands pouvoirs de l'État

eux-mêmes ne sont autre chose que des personnalités puissantes, qui pouvant, comme toute individualité juge en sa propre cause, se faire illusion sur l'étendue de son autorité et de sa compétence, ont besoin entre elles d'un arbitre qui les départage et leur rappelle leurs limites fixées par la constitution.

Sans doute, le pouvoir judiciaire trouvera une raison d'être de plus dans cette autre condition d'un régime démocratique, la décentralisation, mais on n'en saurait conclure, qu'en l'état actuel des choses, il n'a point déjà, dans la constitution, sa place et sa fonction.

Ce qui précède répond implicitement à une dernière objection qui emprunte surtout sa valeur à la grande autorité de M. le professeur Esmein, qui l'a mise en lumière et la formule ainsi : « Bien que le système américain se défende rationnellement sur le seul terrain juridique, il n'est pas contestable qu'il fait jouer un rôle politique au pouvoir judiciaire. Sans doute, celui-ci n'a pas là une action discrétionnaire ; il ne peut intervenir que provoqué par les particuliers et la constitution en main. Mais lorsqu'il invoque celle-ci contre la loi votée, il fait échec indirectement, mais efficacement, au pouvoir législatif, et, en réalité, sur le terrain législatif. »

Ne peut-on pas répondre à l'honorable auteur que la loi constitutionnelle aussi est « une loi votée », et que le juge, en lui préférant la loi ordinaire, fait échec directement et efficacement au pouvoir constituant qu'il méconnaît ? Quelques pages plus haut, d'ailleurs, il cite, dans une note, une « observation remarquable », dit-il, et à l'importance de laquelle il ajoute ainsi la valeur de sa propre autorité, qui contient une réponse encore plus complète à l'objection : « Il

n'est d'aucun poids de dire, écrit le *Fédéralist*, que les cours, sous prétexte d'inconstitutionnalité, peuvent substituer leur bon plaisir aux intentions constitutionnelles du législateur. Car cela peut tout aussi bien arriver dans l'application d'une loi isolée ; les cours doivent déclarer quel est le sens de la loi, et si elles étaient disposées à exercer leur *volonté* au lieu de leur *jugement*, la conséquence serait également la substitution de leur bon plaisir à celui du Corps législatif. L'observation, si elle prouve quelque chose, prouverait qu'il ne doit point y avoir de juges distincts de ce corps ¹. »

« Mais, continue M. Esmein, pour attribuer aux tribunaux un rôle si délicat et si important, il faut avant tout que la magistrature possède une bien haute autorité ; il faut que le peuple ait une confiance profonde dans sa valeur scientifique. »

Sans doute ; mais nous nous plaçons, dans tout cet ouvrage, sur le terrain législatif, et il n'y est fait mention de ce qui existe, que pour faire ressortir ce qui devait être. C'est cette haute autorité et cette indiscutable compétence qu'il s'agit de fonder, aussi bien que l'état d'esprit du pays qui doit l'accepter. Ce que nous demandons, avec des hommes d'État, des parlementaires éminents², c'est que l'on comble la lacune laissant notre constitution inachevée, et toutes les libertés démunies des garanties qu'il appartient au pouvoir judiciaire d'assurer. Ce n'est plus de tradition que nous vivons depuis 1789, mais nous nous évertuons à établir notre édifice constitutionnel suivant les maximes de la science, en modifiant au besoin nos idées préconçues. Or, l'un des axiomes de cette

1. Esmein. *Éléments de droit constitutionnel*, pages 430 et 433.

2. Voir le projet de résolution déposé à la Chambre des députés le 28 janvier 1903 par MM. Ch. Benoist, Jules Roche et plusieurs de leurs collègues.

science, qui est bien antérieur aux constitutions américaines, est que « le chef-d'œuvre de la législation est de *savoir bien placer la puissance de juger* ; mais qu'elle ne pouvait être plus mal que dans les mains de celui qui avait déjà la puissance exécutive ¹ ».

La puissance de juger... tel est l'élément essentiel et vital de tout gouvernement libre, et qu'il convient par conséquent de « bien placer » dans la constitution, si l'on veut d'une démocratie véritablement organique et viable, ou même, si l'on veut simplement la liberté qui consiste, dit Jules Simon, en ceci : « Ne dépendre que de la loi, et de la loi appliquée par un tribunal, avec défense libre, publicité et recours ². »

1. Montesquieu. *Esprit des lois*. L. XI, ch. XI.

2. *De la liberté*, t. II, p. 56.

CHAPITRE IV

Aperçu général sur la législation et la juridiction administratives

Coup d'œil d'ensemble sur la législation et la juridiction administratives. —

Origine impériale du droit administratif.

I. — Doctrine de la prérogative et du privilège. — Prérogatives nécessaires et légitimes et privilèges injustifiés. — Privilèges divers : Exécution préalable ; spécialité de juridiction ; actes de gouvernement ; théorie de l'acte seul en cause.

II. — La juridiction administrative ; ses origines ; justice retenue et justice déléguée. Droit prétorien.

III. — L'existence de la juridiction administrative peut-elle se justifier ?

IV. — Examen de la question au point de vue des résultats connus et des principes. — Contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir. — Envahissement successif des autres domaines : litiges basés sur des contrats de droit commun ; sur les délits ou quasi-délits : arrêt Blanco ; envahissement des litiges relatifs aux droits individuels ; liberté des personnes, propriété, domicile : affaires des décrets du 29 mars 1880 ; invasion dans le domaine interdit du droit criminel ; invasion dans le domaine des litiges concernant les départements et les communes. — Véritable base de la théorie des progrès de la jurisprudence administrative : loi impériale du 11 juin 1806.

V. — Au point de vue de l'utilité pratique. — Le contentieux de l'annulation est-il une raison d'être suffisante ? — Point de vue du justiciable : difficultés pour trouver le tribunal compétent. — Arrêt Feutry (29 février 1908). — Lois spéciales. — Les garanties offertes au justiciable sont-elles plus grandes ? Organisation du contentieux administratif compliquée, irrationnelle. — Améliorations proposées : le référé administratif serait-il possible ?

VI. — Législation comparée.

VII. — Dernières objections : La juridiction ordinaire ne saurait connaître des actes de puissance publique. — Véritable sens de la règle de la séparation des pouvoirs.

VIII. — Pourquoi la juridiction administrative a survécu à toutes les opposi-

tions et à toutes les critiques. — Raisons de fait et de personnes. — Politique d'opposition et politique de Gouvernement.

Mais pourquoi, si les principes du pouvoir judiciaire impliquent pour lui, comme conséquence nécessaire, la mission de délimiter et de restreindre les autres pouvoirs, d'apprécier leurs actes et de n'en consentir l'application que s'ils lui paraissent légaux, pourquoi ces principes n'ont-ils pas prévalu et produit leurs effets naturels dans notre société contemporaine ?

C'est qu'ils se sont heurtés à tout l'édifice administratif issu des constitutions impériales, édifice renfermant d'importants éléments de vitalité sociale, mais construit dans le but de réaliser la centralisation puissante, nécessaire au pouvoir absolu. Or un tel objectif excluait précisément toute idée de contrainte et de délimitation de l'autorité exécutive. Il fallait que cette autorité ne rencontrât devant elle aucun obstacle, celui-là surtout qui protège le droit individuel, aux dépens duquel elle s'exerce ; il fallait qu'une administration forte et bien armée ne trouvât, en face d'elle, qu'un pouvoir judiciaire faible et subordonné. Cette conception fut réalisée non sans quelque complicité de notre esprit national, ami sans doute de la liberté et parfois frondeur, mais en même temps épris d'ordre et d'autorité.

Un tel état de choses n'est d'accord ni avec le droit public libéral fondé par l'Assemblée Constituante, ni avec notre forme de gouvernement, ni avec nos mœurs et notre civilisation actuelles. Cette vérité n'apparaît peut-être pas toujours avec l'évidence qu'elle comporte : c'est que dans l'application d'une législation surannée, le sens pratique des administrateurs a su apporter, le plus souvent, les tempéra-

ments nécessaires, et dissimuler ainsi les abus qu'elle pourrait permettre et a d'ailleurs souvent autorisés. Il suffira, pour nous en convaincre, de jeter un coup d'œil d'ensemble sur notre droit administratif et sur la juridiction qui est un de ses éléments fondamentaux.

I

Une école qui représente, en les approuvant, la tradition et l'esprit que nous venons de définir, nous montre le droit administratif comme fondé, non seulement sur la « prérogative », mais, bien mieux, sur le « privilège de l'administration ¹ ». L'administration, suivant cette école, n'est pas et ne doit pas être un modeste personnage ; par la grandeur de son rôle et le caractère général de sa fonction, c'est un seigneur de première importance, qu'on ne saurait comparer à un citoyen quelconque. Entre ce citoyen et l'administration il y a « inégalité fondamentale ² », celle-ci étant la puissance publique qui commande, celui-là un simple sujet qui obéit ³.

Pas plus que le prince, la puissance publique, ainsi personnifiée, ne se contentera d'appliquer la loi, elle la fera, car le droit administratif est un droit « jurisprudentiel prétorien ⁴ ». Elle a l'organe pour cela, c'est la juridiction administrative qui sera pour elle ce que les parlements étaient

1. Cette école a trouvé, dans le savant doyen de la Faculté de droit de Toulouse, M. Hauriou, un interprète éloquent et convaincu. Voir son *Précis de droit administratif*, 5^e édition. Paris, Larose.

2. M. Hauriou. *Précis de droit administratif*, introduction, X

3. *Ibid.*, introduction, XVII, et p. 202.

4. *Ibid.*, introduction, X et p. 222.

pour la royauté, un instrument à la fois de justice, de conquête et d'organisation. C'est grâce à cet auxiliaire que nous la verrons étendre son domaine, aux dépens du droit privé et de la juridiction ordinaire.

Ce n'est pas tout : Le souverain « n'a pas le devoir d'être juste, au sens étroit du mot ; il suffit qu'il soit équitable » ; de même l'Administration. Elle pourra donc accorder des faveurs particulières qui seront « souvent partialement distribuées », car dès lors que l'autorité a mis, à la disposition de tous, les services indispensables, « il n'y a aucune raison de se plaindre qu'elle accorde, par surcroît, des faveurs à quelques-uns »¹.

Cette théorie que ses partisans expriment avec une louable franchise, mais dont bien d'autres dissimulent les maximes sous des formes moins brutales, inspirera les administrateurs, et créera l'esprit directeur de leurs attitudes et de leur conduite².

Elle est conforme, d'ailleurs, à la pensée de la loi qui a réglé la prérogative administrative.

La prérogative est justifiée, empressons-nous de le dire, dans des cas nombreux et spéciaux ; alors elle n'est que

1. M. Hauriou. *Précis de droit administratif*, chap. III, p. 37.

2. Le sentiment d'un pouvoir aussi discrétionnaire est bien de nature à créer chez les administrateurs une mentalité peu libérale. Taine en fait un tableau saisissant dans une page bien connue : « Sur cette marge de la loi, un préfet écrit à sa volonté, tantôt des tolérances et des complaisances, exemptions, dispenses et congés, allègement ou décharge d'impôts, secours et subventions, préférences et gratifications, nominations et avancements, tantôt des disgrâces, rigueurs et poursuites, destitutions et passe-droits. En chaque cas pour guider sa main, c'est-à-dire pour faire tomber toutes les faveurs d'un côté et toutes les défaveurs de l'autre, il a des informateurs spéciaux, et des solliciteurs impérieux, etc. » (*Origines de la France contemporaine : Régime moderne*, t. I, p. 41 : Hachette, 1831.)

l'exercice même de la fonction gouvernementale. Personne n'a jamais contesté à l'autorité exécutive, le pouvoir réglementaire, le droit de police générale, celui de lever l'impôt, d'assurer la conscription militaire. On doit lui reconnaître également le privilège de rendre ses décisions immédiatement exécutoires, nonobstant toute opposition, et d'échapper aux contraintes et voies d'exécution de la procédure ordinaire.

Mais à côté de ces prérogatives naturelles, il en est d'autres plus difficiles à justifier et qui constituent de véritables privilèges, ce sont celles qui régissent les rapports de l'État, et généralement des personnes administratives, avec les administrés eux-mêmes.

En Angleterre et dans les autres pays anglo-saxons, ces rapports sont simples, et réglés par le droit commun (*common law*) ; les difficultés qu'ils peuvent faire naître, ressortissent aux tribunaux ordinaires. Pourquoi en est-il autrement en France, où à la forme du gouvernement devrait correspondre plus de réalité dans l'indépendance individuelle ?

C'est en raison de la conception administrative que nous connaissons : il en découle naturellement la préoccupation constante, obsédante, faudrait-il dire, d'éviter autant que possible tout contact entre l'autorité administrative et les administrés.

On multipliera donc les difficultés pour permettre l'accès de ceux-ci auprès de celle-là, placée ainsi, comme une idole de l'ancienne Égypte, au centre d'un sanctuaire presque impénétrable.

Et d'abord, le « sujet » voulant réclamer son droit, rencontrera en première ligne, la distinction entre les divers

modes de l'activité administrative : est-ce d'un acte d'autorité que vous avez à vous plaindre, lui objectera-t-on, ou d'un acte de gestion publique, ou d'un acte de gestion privée ? question aussi importante que délicate, car suivant le cas, la solution sera différente ? J'ai à me plaindre, dirait-il, de tel administrateur qui a violé le contrat conclu avec moi, ou qui m'a causé tel préjudice. — Permettez, lui répondra-t-on, les administrateurs en France sont en général irresponsables et échappent à votre action. — Alors, c'est à l'administration elle-même que je désire avoir affaire. — Impossible encore, l'administration n'a pas à être interpellée par ses sujets. — A qui donc m'en prendrai-je pour revendiquer mon droit ? — A l'acte lui-même, à l'acte administratif dont vous devez faire constater la nullité ou le caractère illégal et dommageable. C'est l'acte qui est votre adversaire, c'est à lui seul que vous devez faire le procès, « comme au moyen âge l'on faisait le procès au cadavre ¹ ». Voilà une première et grave complication.

L'administré, dans ses rapports avec l'administration, se heurte ensuite aux privilèges essentiels de celle-ci ; il y en a trois principaux : 1° l'exécution préalable ; 2° la création du contentieux ; 3° la spécialité de juridiction.

I. — Le privilège d'exécution préalable permet à l'administration de donner la force exécutoire à ses décisions, sans l'intervention d'aucune autorité étrangère, et d'en poursuivre elle-même l'exécution jusqu'au parachèvement de l'opération entreprise, sans pouvoir être arrêtée par un obstacle quelconque.

Nous avons reconnu que, dans une juste mesure, cela était

¹ Hauriou, *op. cit.*, XI.

légitime ; on conçoit que les actes se rattachant à la vie nationale ne puissent être entravés par l'initiative privée, fût-elle bien fondée. Vainement donc un contribuable se refuserait à payer l'impôt qu'il ne croit pas devoir ; il doit payer d'abord, il réclamera ensuite ; vainement un citoyen se refuserait à circuler dans la rue, à supprimer des emblèmes sur les ordres de la police, il doit obéir immédiatement ; vainement un entrepreneur de travaux se plaindra de la rupture injustifiée du contrat passé avec l'administration, il doit subir les conséquences de cette rupture, et plaidera plus tard, etc.

Tout cela sera bien, si l'administration s'est tenue dans les limites d'une exacte légalité, ou si, tout au moins, il ne résulte pas de son action un dommage irréparable ou une atteinte aux droits intangibles de la personnalité humaine. Mais supposons qu'il en soit autrement : on se trouvera, par exemple, en présence d'actes de dépossession par la force d'un domicile ; de l'expulsion des anciens occupants des locaux qu'ils habitaient, et dont l'administration s'est emparée pour les occuper à son tour. Ces actes sont-ils légaux, sont-ils légitimes ? on peut, certes, le discuter, et, s'ils ne le sont pas, quels recours immédiats auront les victimes de ces actes ? Car, enfin, il est dans l'esprit du droit que la restitution dans le droit s'opère sans retard. Il y a scandale à ce qu'une atteinte aux prérogatives de l'individu se perpétue, et ce scandale se renouvelle tous les jours, tant qu'il n'est pas réprimé.

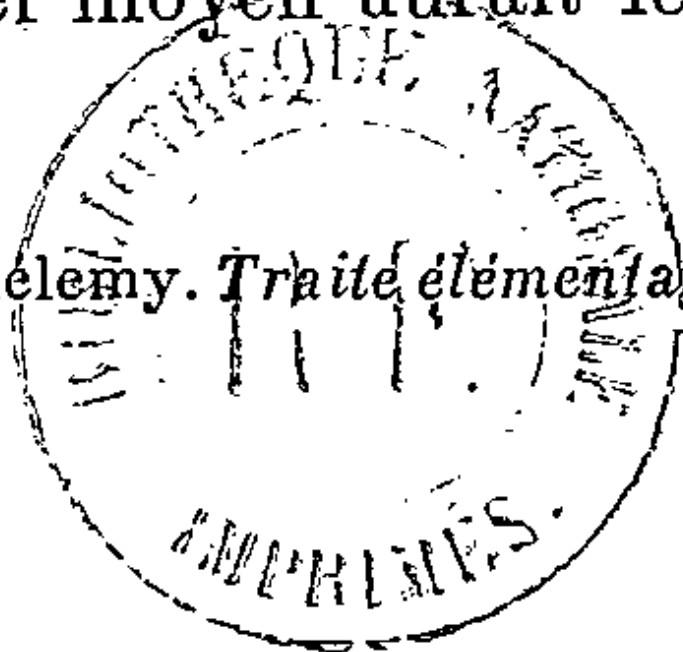
Ce n'est pas tout, quel sera le juge qui connaîtra de la légalité de pareils actes ? Celui de droit commun, dira-t-on ; n'est-ce pas lui qui est le défenseur né des droits individuels ? n'est-ce pas sous sa garde qu'ont toujours été placées ces

choses réputées sacrées, la liberté individuelle d'abord, le domicile et la propriété ensuite qui ne sont que les corollaires de la liberté ; voyez plutôt : la loi a considéré ces prérogatives comme tellement essentielles que, devant elles, en ce qui touche la propriété tout au moins, elle fait fléchir le privilège administratif d'exécution préalable. L'administration ne peut s'emparer de la propriété immobilière d'autrui qu'après avoir rempli les formalités de l'expropriation pour cause d'utilité publique, et avoir payé l'indemnité qui est due au propriétaire dépossédé. La liberté proprement dite et le domicile pourraient-ils être moins efficacement protégés ?

Sans doute ! mais c'est compter sans les *progrès*, sans les *développements* du droit administratif, sans cette lutte inégale, dans laquelle celui-ci gagne tous les jours du terrain, aux dépens du droit commun. Jusqu'ici, la juridiction ordinaire n'avait pas été contestée pour la protection de ces libertés essentielles ; elle l'est aujourd'hui par d'éminents jurisconsultes¹, car c'est la doctrine qui a fait le premier pas dans cette voie, comme elle l'avait fait en matière de contrats, de préjudices divers, qui sont aujourd'hui des conquêtes définitives.

Les interprètes n'ont pas méconnu les abus auxquels peut donner lieu le privilège d'exécution préalable ; ils ont même cherché le remède possible. Les uns l'ont vu dans des exceptions plus nombreuses à la règle générale, d'autres dans la réorganisation de la juridiction et la création d'un *référé* administratif. Le premier moyen aurait le vice de toutes les

1. Voir notamment M. Berthélemy. *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 110, 470 et suiv.



énumérations ; il serait d'abord arbitraire, comme ne se rattachant à aucun principe ; il serait ensuite inefficace, par l'insuffisance certaine des prévisions. Quant au second, nous dirons plus loin ce qu'il faut en penser. En fait, l'administré n'a actuellement d'autre ressource qu'un recours tardif, et la possibilité d'une satisfaction ou d'une réparation *ex post facto*.

Cette ressource même, il ne l'aura pas toujours : il est une nature d'actes préalablement exécutoires qui ne l'admettent point, ce sont les actes de gouvernement.

L'acte de gouvernement porte plus que tout autre la marque originale et, en quelque sorte, le sceau impérial du droit administratif. Véritable *fait du prince*, c'est un ordre dont l'exécution ne souffre ni discussion, ni délai. Il est tellement discrétionnaire qu'il ne comporte aucune limite ; c'est en toute matière, ce que le gouvernement aura décidé, voulu, exécuté ; c'est le bon plaisir administratif s'exerçant sur les droits, sur la propriété individuelle, sur les libertés.

Ici, toutes tentatives d'explications ou de justifications ont échoué. Quant à définir l'acte de gouvernement, certains auteurs, disposés à en reconnaître la nécessité, ont dû se réfugier dans des énumérations arbitraires ; les autres ont dit simplement : « L'acte de gouvernement est un acte arbitraire du gouvernement. » Ainsi donc, le pouvoir central aurait le droit de donner des ordres en dehors de la légalité, sous le prétexte vague qu'au seul pouvoir exécutif il appartient d'assurer « le salut de l'unité politique ».

En réalité, l'acte de gouvernement, conservé par la tradition administrative, n'est autre chose que l'ancienne raison d'État, éternel prétexte de tous les dénis de justice ¹.

1. Voir dans le *Traité de la juridiction administrative*, de Laferrière, l'his-

A côté de l'acte de gouvernement qu'aucun texte précis de loi n'autorise, il faut placer le privilège, non moins exorbitant, que consacre l'article 10 du Code d'instruction criminelle. On sait que cet article autorise les préfets à procéder à tous les actes rentrant dans les pouvoirs d'un juge d'instruction : arrestations préventives, perquisitions, saisies, en tout lieu, de papiers et correspondances, même appartenant à des tiers.

Ainsi complétée par l'article 10 du Code d'instruction criminelle, la théorie de l'acte de gouvernement peut légitimer tous les abus de pouvoir, toutes les usurpations, toutes les entreprises contre les libertés publiques et privées.

II. — Après avoir ainsi subi « préalablement » la violation de son droit, « le sujet » va-t-il enfin pouvoir le revendiquer ? Est-il, en un mot, parvenu à la période judiciaire de son action ? Peut-être..., à la condition toutefois que la violation dont il se plaint, résultera d'un *acte administratif formel* ou d'un fait positif de gestion.

Que si ces conditions ne se rencontrent pas, si l'on se trouve en présence d'un grief, ou d'un abus en quelque sorte négatifs, un nouvel obstacle se dresse, sous la forme d'un privilège, « le privilège de création de contentieux ». Nous savons déjà que l'administré ne saurait que difficilement entrer en conversation directe avec l'administration, et que c'est « contre l'acte » qu'il doit élever sa réclamation. Donc si « l'acte » existe préalablement, tout ira bien, il n'aura qu'à le déférer à la juridiction compétente. Mais si l'acte n'existe pas, il faudra le faire naître, il faudra mettre l'administration en

demeure de le créer et, ainsi, de « créer le contentieux » ; nouvelle difficulté.

Un dommage illicite, involontaire, si l'on veut, a été causé à ma personne ou à mes biens ; me voilà devenu créancier de l'État qui en est l'auteur, par un fait quasi délictuel, ce qui exclut, non seulement tout contrat, mais tout *acte* antérieur. Cependant, cet acte étant indispensable pour que je trouve en face de moi, sinon quelqu'un, tout au moins quelque chose, je devrai, pour l'obtenir, m'adresser aux représentants de l'État lui-même, dont les agents sont la cause du préjudice que j'ai souffert, et leur demander de vouloir bien consentir à une réparation gracieuse. Alors, de deux choses l'une : ou l'on me donnera satisfaction, ou l'on me la refusera : dans les deux cas, concession ou refus, j'aurai l'acte dont j'ai besoin et je pourrai réclamer judiciairement soit contre une concession que j'estimerai insuffisante, soit contre un refus que je croirai injuste ; ainsi « le contentieux sera créé ».

Mais une troisième éventualité peut se produire : l'administration, saisie de ma plainte, n'en tient aucun compte et s'abstient de toute réponse, procédé commode pour méconnaître le principe de réparation d'un préjudice, provenant le plus souvent d'une faute. Que doit faire alors la victime ? Ne semble-t-il pas qu'en présence d'un tel déni de justice, les moyens de contrainte et les sanctions devraient être multipliés contre l'administrateur qui s'en rend coupable et ajoute ainsi, à la précédente, une faute nouvelle et plus grave ? Avant 1900 il n'en était rien cependant, et « le sujet » était dans l'impossibilité d'agir ; son droit était purement et simplement sacrifié, surtout s'il avait le malheur de n'être pas, auprès de l'administration dirigeante, *persona*

grata. La loi du 17 juillet 1900, dans son article 3, vint apporter, à cette situation, qui avait provoqué de vives critiques, un palliatif, mais combien timide et insuffisant ! Même dans un cas pareil l'administrateur, qui aura ainsi méconnu le droit et dédaigné une juste plainte, ne pourra être personnellement mis en cause ; aucun recours n'est ouvert contre lui au plaignant qui doit s'incliner devant cette puissance supérieure à la souveraineté nationale elle-même, et attendre quatre mois, non point en raison d'une nécessité quelconque, mais parce qu'il plaira à l'administration de laisser pendant tout ce temps le droit méconnu.

Ainsi, en apportant quelque tempérament aux conséquences inacceptables et par trop choquantes du privilège qui place l'administration en dehors du droit commun, la loi de 1900 en a maintenu le principe, en ne permettant pas d'atteindre directement l'administrateur, à l'heure même où il manque au premier de ses devoirs, qui est d'examiner, avec bienveillance, de ne pas les laisser sans réponses les réclamations des citoyens.

III. — Voilà enfin l'administré en mesure — supposons-le du moins — de soutenir sa prétention et d'aborder les tribunaux. Ici encore, il va trouver de nouveaux obstacles et non moindres que les précédents, dans un troisième privilège administratif, celui de la spécialité de juridiction, et ceci nous conduit à consacrer un examen spécial au grand problème de la juridiction administrative.

II

Ce privilège fait d'ailleurs naturellement partie du système : Tout seigneur doit avoir sa justice haute, moyenne

et basse ; l'administration aura donc la sienné, le Conseil d'Etat, les conseils des diverses administrations, les conseils de préfecture, sans parler du ministre juge que la jurisprudence n'admet plus, tradition, on le voit, monarchique et même féodale, qu'on a voulu rajeunir, il est vrai ; nous verrons si l'on y a réussi.

Le Conseil d'État était, en effet, le Conseil du roi, divisé, comme aujourd'hui, en un certain nombre de sections, dont l'une d'elles, le conseil privé ou conseil des parties, devint la Cour de cassation. Il constituait l'instrument au moyen duquel le monarque exerçait les pouvoirs réunis en sa personne, et entre autres le pouvoir judiciaire. En un mot, le Conseil d'État était l'organe de la *justice retenue*, c'est-à-dire de celle que le prince se réservait d'exercer comme il le jugeait convenable, suivant que le comportaient les circonstances, les nécessités du gouvernement et la logique du principe qui n'admet pas de limites à l'autorité royale.

Mais la royauté absolue disparaissant, le régime parlementaire et le principe de la séparation des pouvoirs prenant place dans la constitution du pays, non moins logiquement, le Conseil d'État devait disparaître, et l'Assemblée Constituante le supprima ¹.

La Constitution de l'an VIII le rétablit. C'était encore dans l'ordre, puisqu'elle rétablissait, en même temps, le pouvoir personnel, au profit du Premier Consul. Celui-ci réorganisa le Conseil d'État, aussi puissamment qu'il le fût jamais. Il

1. Le Conseil du roi fut supprimé, dans la plupart de ses sections, par la loi du 27 avril 1791. Cependant, un Conseil d'État était maintenu par cette loi. Aux termes de l'article 15, il serait composé du roi et de ses ministres, et délibérerait sur les divers objets rentrant dans la prérogative royale. « Mais ce conseil s'est dissous de lui-même en 1792, avec la royauté dont il était destiné à éclairer et assurer la marche. » (Merlin, *vo Conseil du roi.*)

faut reconnaître toutefois que, s'il en fit un instrument de son pouvoir personnel par la reconstitution de la « justice retenue », il s'en fit aussi un auxiliaire puissant dans l'œuvre si considérable de codification de nos lois civiles et pénales. Enfin, comme mesure d'ordre et de bonne administration, il spécialisa une partie du conseil, dont il fit la section du contentieux (11 juin 1806).

Les gouvernements qui suivirent, jusques, et y compris, le second Empire, conservèrent l'institution, sinon avec son ancienne forme, tout au moins avec son ancien esprit. Le gouvernement de Juillet pensa inaugurer un progrès considérable, en organisant la section du contentieux comme une véritable juridiction, avec publicité des débats, intervention contradictoire des parties et de leurs avocats, ministère public ; mais le principe restait le même, et, jusqu'en 1872, c'était toujours le roi, ou le chef de l'État, qui statuait *en son conseil*, dont il était libre de suivre ou de repousser les avis.

La loi du 24 mai 1872 a donné au Conseil d'État sa forme actuelle, et la plupart des commentaires voient, dans les dispositions nouvelles, la défaite définitive de la justice retenue et le triomphe du principe moderne de la justice déléguée. Est-ce bien exact et l'innovation n'est-elle pas plus de forme que de fond ? N'est-ce point encore la vieille arme rouillée et hors d'usage qui a été refourbie et rajeunie, et peut-être rendue ainsi plus dangereuse pour nos libertés ? C'est ce que nous allons examiner :

Peut-on vraiment dire que la justice retenue est abolie, alors que l'État, en qui réside la souveraineté, bénéficie d'une juridiction spéciale pour faire juger les différends dans lesquels il sera personnellement intéressé ? alors que,

par la faculté d'élever le conflit devant la juridiction ordinaire, il s'est réservé le droit et le moyen de dessaisir celle-ci de certaines causes, pour en saisir les juges spéciaux¹; alors que la publicité des débats n'existe pas pour toutes les affaires; et que la procédure est dirigée, non par les parties, maîtresses de leurs droits, mais par le juge lui-même; alors, enfin, qu'aucune voie d'exécution n'existant contre l'État, il aura, tout comme les anciens rois, le pouvoir de laisser lettre morte les arrêts des tribunaux administratifs.

Que chaque affaire concernant l'État soit l'objet d'évocation spéciale comme jadis, ou qu'il soit établi, en principe, que toutes les affaires de cette nature seront soustraites aux tribunaux de droit commun, où est en réalité la différence? ne peut-on même pas dire que l'ancien système, qui permettait en définitive de s'abstenir de retenir la connaissance du litige, était plus libéral que celui qui la retient en vertu d'une règle invariable et absolue?

Assurément, l'ancienne conception du Conseil d'État était logique, celle de 1872 ne l'est plus, et à une époque où l'on fait si volontiers table rase du passé et de ses institutions les plus utiles, on a voulu cependant maintenir, par nous ne savons quel sentiment de traditionalisme injustifié, un organe dont notre société moderne n'avait que faire.

Les conséquences l'ont bien prouvé : quand il a fallu chercher à la nouvelle création une base scientifique, mar-

1. On objectera peut-être que depuis 1872 le Conseil d'État n'a plus un pareil pouvoir puisque le tribunal des conflits est juge de la compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux ordinaires. Mais l'organisation du tribunal des conflits avec la présidence possible du Garde des Sceaux et la facilité réservée au Gouvernement, non aux particuliers, d'élever le conflit est, nous le verrons plus loin, un tribunal plutôt administratif que judiciaire.

quer son caractère, indiquer la source du droit qu'elle aurait à appliquer, délimiter son domaine, organiser ses procédures et ses degrés de juridiction, les théoriciens les plus éminents, d'accord en cela avec le Conseil d'État lui-même, en ont été réduits à accommoder à l'État moderne les principes anciens dont l'institution conservait le germe, et dont par suite le développement devait nécessairement se produire. Écoutons l'un d'eux : « Il est nécessaire d'ajouter, enseigne M. Hauriou ¹, que le droit administratif français a su trouver la conception juridique et se procurer l'organe qui devait lui permettre de *se développer* vraiment comme un droit, dans la situation exceptionnelle et presque paradoxale que lui faisait la base de la « prérogative ». « *L'instrument ou l'organe de son développement a été la juridiction administrative, spécialement celle du Conseil d'État...* »

« ... Le droit administratif français est un droit *jurisprudentiel, prétorien, fait par le juge administratif...* un droit *d'équité*, fondé sur la prérogative de l'administration et organisé d'après la théorie de l'acte ! »

Droit prétorien, juridiction prétorienne, disent à l'envi les plus savants interprètes ², heureux de retrouver, dans la réalité objective et vivante, une source féconde de droit dont ils avaient montré la valeur et le rôle dans la société romaine, mais ont-ils bien songé à l'énormité de cette expression, quelque justifiée qu'elle soit d'ailleurs par l'exactitude du fait qu'elle traduit ?

Qu'un droit prétorien ait pu s'établir dans une société gouvernée par des magistrats qui réunissaient dans leurs

1. Hauriou, *op. cit.*, introduction, XI, et p. 222, note.

2. Berthélemy. *Traité de droit admin.* (1908), p. 85, 86, 891 ; Laferrière. Conclusions devant le tribunal des conflits, 5 mai 1877. D. 78.3 13.

maines les pouvoirs politiques administratifs et judiciaires, on le conçoit aisément. On le conçoit surtout, parce qu'il fallait bien, par un procédé quelconque, régler les rapports juridiques des peuples annexés à l'Empire, soit entre eux, soit avec les citoyens romains, seuls participants du droit de cité, et seuls admis par suite à bénéficier de l'antique législation. On conçoit enfin qu'il était nécessaire d'adapter cette dernière, rigide et centraliste, aux besoins nouveaux, aux intérêts plus compliqués d'une civilisation grandissante.

Mais si le procédé est le même, le but poursuivi par la juridiction administrative est bien différent : loin de tendre à l'établissement d'un droit plus humain, plus libéral, elle n'a d'autre but que d'armer plus puissamment l'État, de supprimer tout obstacle à son action directe sur les personnes et sur les choses, en éludant les règles protectrices du droit privé de la législation civile, enfin de rétablir une confusion de pouvoirs que la Révolution avait abolie.

On pourrait, à la rigueur, trouver une image plus exacte du droit prétorien dans notre régime colonial, régime de décrets, devant concilier les principes généraux de la législation métropolitaine avec les mœurs de nos sujets exotiques. Tel fut jadis le rôle du préteur pérégrin, créant un droit spécial pour les peuples conquis par Rome. Mais peut-on parler de droit prétorien dans un pays profondément unifié, ayant une constitution scientifiquement élaborée, des lois écrites, un organe législatif de qui seul doit émaner la loi, un pouvoir judiciaire seul chargé d'en sanctionner l'application ? La possibilité seule qu'une telle expression ait pu être employée avec exactitude, condamne l'ordre des choses qu'elle caractérise, ordre de choses qui, dans notre milieu social, ne peut être qu'anticonstitutionnel et antijuridique.

On ne saurait en effet rien concevoir de plus contraire à notre conception moderne, en matière de légalité : que le droit évolue, comme toute chose, nous le comprenons ; mais que cette évolution soit constatée par un pouvoir autre que le législatif, c'est ce que nous ne saurions admettre. A la rigueur encore, la jurisprudence pourra marquer des tendances, donner implicitement au pouvoir législatif des indications sur l'orientation de l'esprit public et la mentalité juridique du pays ; mais *créer* le droit, modifier l'ordre et la compétence des juridictions, vainement proclamés d'ordre public, jamais !

Rien de plus opposé aussi au principe de la séparation des pouvoirs : Les voilà bien, en effet, la véritable confusion, le véritable empiétement de l'exécutif, ou plutôt, de l'exécutif judiciaire, sur le législatif et le judiciaire proprement dit. Peut-on les concevoir plus manifestes que dans une juridiction à la fois juge et législateur, créant, « dans les interstices de la loi » ¹, un droit à son usage ; non seulement faisant la loi mais aussi la défaisant, car l'un implique l'autre, et poursuivant ces prétendues conquêtes au détriment des organismes les plus rationnels qu'elle désagrège, et des principes les plus essentiels qu'elle ruine, ainsi que nous allons le constater

Ainsi, et c'était fatal, de même que l'ancienne justice retenue pouvait s'étendre à tout, de même il était nécessaire que la nouvelle, sous peine de manquer à sa tradition et à sa raison d'être, eût la faculté de se *développer*, par *l'effort de sa jurisprudence*, et en arrivât à tout comprendre, à tout englober dans son envahissante activité. Nous allons voir qu'elle n'a pas failli à cette tâche, mais peut-on s'en féliciter et considérer un pareil résultat comme un progrès ? Comment le prétendre, s'il est vrai, comme nous l'avons soutenu, avec

1. Voir ci-dessus, p. 82 ; Hauriou, *op. cit.*, introduction.

les autorités les plus considérables, que le progrès véritable doit être marqué précisément par l'abstention toujours plus grande de l'ingérence administrative, dans les rapports des personnes publiques avec les individus ? Comment le soutenir, quand il est avéré que le développement du droit et de la compétence administratifs n'ont pu se produire qu'aux dépens du droit commun et de la juridiction ordinaire, protectrice des intérêts privés ?

Voyons donc les résultats de l'œuvre accomplie par la jurisprudence administrative ; nous examinerons ensuite si elle se justifie par quelque exigence de principe, ou tout au moins par quelque utilité de fait :

III

Si l'on admet, et rien n'est plus contesté ni plus contestable¹, que l'annulation des actes d'autorité pour excès de pouvoir doit faire l'objet d'un contentieux, il faut reconnaître que ce contentieux rentre naturellement dans les attributions du Conseil d'État. Que l'administration, exerçant la puissance publique et, comme telle, faisant des injonctions et des défenses, édictant des règlements qui auront force exécutoire par eux-mêmes, ait eu le légitime souci d'en vérifier scrupuleusement la légalité, on le conçoit ; qu'à cette fin, et comme mesure d'ordre intérieur, elle ait créé dans son sein même, des conseils, et, si l'on veut, une sorte de juridiction ayant en matière administrative des lumières et une compétence spéciale, on se l'explique encore. Mais que cette juridiction, une fois établie, sorte de ce rôle de *conscience administrative*, pour juger des

1. Voir *infra*.

différends où l'administration est intéressée avec des tiers, voilà ce qui ne se conçoit plus et qu'on ne saurait admettre.

Aussi un très grand nombre de commentateurs ont cru pouvoir donner l'acte d'autorité, comme *critérium* de la compétence administrative, laissant, au contraire, aux tribunaux de droit commun l'appréciation des actes de gestion publique ou privée ¹.

L'administration, en effet, n'agit pas toujours comme représentant de l'État, puissance publique ; elle le représente encore comme personnalité juridique. En cette qualité, elle fait des actes de gestion, soit publique, soit privée, qu'un simple particulier ferait dans les mêmes conditions. Ainsi l'État peut se trouver obligé envers des tiers, soit par des contrats ou des quasi-contrats, soit par des délits ou des quasi-délits.

Ce sont là des engagements essentiellement de droit civil ; un contrat, pour être passé avec l'administration, n'en est pas moins un contrat, un dommage injuste causé par elle ne perd point pour cela ce caractère, et, dès lors, de même qu'il n'y a point deux morales, il ne saurait y avoir deux justices. C'est donc sans aucune bonne raison que l'on exclurait ces diverses manifestations du droit, de la juridiction ordinaire. Les partisans eux-mêmes de la juridiction administrative ne peuvent s'empêcher de le reconnaître : « L'acte de juger des réclamations, dit M. Hauriou, étant le même dans tous les cas, devrait toujours, semble-t-il, être confié à un seul et même pouvoir ². »

Aussi n'est-ce point sans difficultés que la jurisprudence du Conseil d'Etat est arrivée à établir sa compétence dans les

1. Laferrière. *Juridiction administrative*, 2^e édition, t. I, p. 478 ; Berthélemy, p. 889 ; Mestre. *De l'autorité compétente pour déclarer l'État débiteur*, p. 46, etc.

2. *Op. cit.*, p. 793.

litiges relatifs aux actes de gestion publique. Les interprètes les plus autorisés se refusaient à l'admettre, et le Conseil d'État lui-même ne s'était pendant longtemps déclaré compétent que tout autant que les droits et obligations, soumis à sa décision, dérivait des *lois* et *règlements* qui ont organisé les services publics, et non de ceux dérivant d'un contrat passé avec ces services eux-mêmes.

Bien mieux, il renonça plus tard à cette distinction assez peu scientifique, et, sous l'influence de M. Laferrière, se déclara incompétent dans tous les litiges où les origines du droit invoqué par l'État étaient de droit commun.

Mais il faut bien reconnaître qu'aujourd'hui la jurisprudence de cette haute juridiction, suivie avec trop d'empressement peut-être par celle de la Cour de cassation et des autres cours et tribunaux, s'est orientée dans le sens opposé, au point qu'il est permis de se demander quelles limites la juridiction administrative posera à l'extension progressive de sa compétence.

D'abord, il semble que le législateur lui-même ait pris l'initiative et prêché d'exemple : les exceptions apportées par des lois positives à la règle d'après laquelle les attributions contentieuses du Conseil d'État seraient limitées aux seuls actes d'autorité, sont devenues si nombreuses et si compréhensives que loin de la confirmer, elles l'infirmement ; il est bien certain que si l'on exclut de la juridiction ordinaire les ventes domaniales, les marchés de fournitures, les créances contre l'État, les marchés de travaux publics et les dommages qu'entraîne leur exécution, etc., tous objets que des lois spéciales défèrent aux tribunaux administratifs, le champ d'application de la règle, posée comme générale, se trouvera bien restreint. Mais par surcroît encore, la jurisprudence

administrative est parvenue à faire entrer dans son domaine tous les actes de gestion publique, sous le prétexte que, dans leur exécution, « il entre de la puissance publique », et que l'administration ne saurait se dépouiller de cette puissance qui la pénètre, quelle que soit la qualité en laquelle elle agit. N'y a-t-il pas là, surtout dans le caractère de généralité du motif allégué et la possibilité de l'étendre à tous les sujets, une menace redoutable pour les libertés et les droits les plus précieux, placés jusqu'ici sous la sauvegarde et la garantie du pouvoir judiciaire ?

L'événement a démontré que cette crainte, loin d'être chimérique, est devenue une réalité. Nous allons essayer d'en faire la preuve :

S'il est une matière qui soit essentiellement de droit commun, c'est celle du préjudice causé aux personnes et aux propriétés. Le dommage injuste constitue une sorte d'agression contre la personne, une violation plus flagrante du droit individuel, que l'inobservation d'une convention, peut être discutable ; il y a en cela de la voie de fait, et *le fait* d'une personne dirigé contre le droit d'une autre, a quelque chose de si particulièrement blessant, qu'il a toujours donné ouverture à réparation, quelle qu'ait été son peu d'importance, pourvu, bien entendu, qu'un préjudice en soit résulté : *In lege aquilia et levissima culpa venit*, disait Ulpien (*L. 44 ff. ad legem aquilianam*). On conçoit donc que cette sorte d'affaires relève des tribunaux ordinaires, défenseurs naturels du droit individuel ¹.

1. Les plus imposantes autorités sont en ce sens et affirment, en matière de dommages, la compétence des tribunaux ordinaires : Ducrocq, 7^e éd., tome II, p. 13 ; Aucoc. *Conf. de droit admin.*, I, n° 289 ; Laferrière. *Traité de la juridiction admin.*, I, 478 et suiv., 529, 544 ; Berthélemy, p. 78, et la plupart des interprètes du Code civil : Demolombe, XXI, p. 553 ; Aubry et

Il n'en est plus ainsi cependant, et la date du 8 février 1873, ainsi que le nom de Blanco, évoquent la date et le nom d'une victoire de la jurisprudence administrative. Depuis l'arrêt du tribunal des conflits qui fut alors rendu¹ les tribunaux civils ne sont plus compétents pour connaître des actions en dommages-intérêts formées par des particuliers contre l'État, non seulement à raison de l'exécution ou de l'omission de mesures administratives, mais encore à raison des fautes ou négligences personnelles aux agents de l'État, dans l'emploi auquel ils sont préposés. Dans cette affaire, une enfant de cinq ans, Agnès Blanco, avait été renversée et grièvement blessée par un wagonnet chargé de tabacs que conduisaient quatre ouvriers de la manufacture de Bacalan, à Bordeaux, à travers la rue qui sépare le magasin du hangar de cet établissement. Par l'arrêt précité, il a été jugé que le père de la victime n'avait pu invoquer, devant les tribunaux civils, la responsabilité de l'État comme engagée par le fait de ses agents ou employés, et à cet effet à se réclamer des dispositions de l'article 1384 du Code civil.

Désormais les articles 1382 et suivants du Code civil, d'une application si nécessaire dans les rapports de la vie, si fréquente et si représentative de l'esprit de justice, ne pourront plus être invoqués vis-à-vis de l'État, et l'individu lésé par lui, devra attendre la réparation du préjudice, de l'équité et de la bonne volonté administratives, soumises à tant de contingences. C'est le complément du système qui exonère l'État et ses agents de toute responsabilité et cela, au moment même

Rau, 4^e édition, t. IV, p. 759 ; Sourdat. *Traité de la responsabilité* ; Marcadé, 5^e édition, t. V, p. 270 ; Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1384 ; Laurent, t. XX, n^o 593 ; Voir aussi Michoud. *De la responsabilité de l'État*, etc.

1. D. 1873.3.20.

où l'ingérence de l'Etat devient plus envahissante par la multiplication de ses monopoles¹.

Nous voilà déjà bien loin de la règle générale qui limite la compétence de la juridiction administrative, au contentieux de l'annulation, pour excès de pouvoir, des actes d'autorité.

Mais ce n'est encore là qu'une partie du chemin parcouru, et nous allons voir les prérogatives les plus essentielles du droit individuel, les libertés réputées les plus intangibles, telles que la propriété, le domicile, la liberté des personnes, dépouillées de leurs garanties traditionnelles. Nous ne parlerons pas des autres, car si celles-ci ont pu être atteintes, on en induira, sans témérité, que les autres n'ont pas été respectées davantage. Il ne sera pas inutile de rappeler ici quelques principes.

Certes ils ont été proclamés avec une précision et une fréquence qui ne laissent que l'embarras du choix. On a, en outre, justement remarqué que la triple inviolabilité de la propriété, du domicile et de la personne se donnent un mutuel appui, la propriété protégeant le domicile, celui-ci garantissant la personne, et celle-ci étendant sur les deux premiers, comme sur ses accessoires et ses dépendances, la protection à laquelle

1. Tous les économistes, ceux-là mêmes qui admettent dans une large mesure l'intervention de l'État, protestent contre un tel défi au bon sens et au droit. « Il convient, dit M. Ch. Gide (*Cours d'économie politique*, édition 1909, p. 219), de soumettre ces entreprises, qu'elles soient d'État ou municipales, à une responsabilité de droit commun, identique à celle des simples particuliers. C'est une condition *sine qua non* et sans laquelle l'extension des attributions économiques de l'État deviendrait la plus intolérable tyrannie. Il est monstrueux aujourd'hui que l'État puisse impunément faire perdre des centaines de mille francs par une transmission télégraphique inexacte d'un ordre de bourse, ou interrompre pendant des semaines le service du téléphone sans avoir même à rembourser le prix de location. » En ce sens arrêt du Conseil d'État, 1898.

elle a droit. Mais chacun de ces objets a ses immunités et ses défenses propres.

« La propriété est un droit inviolable et sacré », disent, on sent avec quelle énergie, non point seulement des déclarations sans sanction, mais les textes du droit positif, l'article 545 du Code civil et la loi du 3 mai 1841. « Nul ne peut en être privé, ajoutent ces textes, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

Ainsi, le législateur a voulu qu'il n'y ait aucune équivoque, et pour bien marquer le prix qu'il attache à ce principe, il a fait céder devant lui la prérogative de la puissance publique; par exception elle n'aura pas, devant la propriété, le privilège du préalable, qui appartiendra au contraire au propriétaire. Ajoutons que les tribunaux de droit commun pourront seuls prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique, et que la loi pénale les charge de punir, non seulement le vol, mais les déprédations et dégradations de toutes sortes.

Quant au domicile, il est défendu contre les représentants eux-mêmes des pouvoirs publics et les détenteurs de l'autorité qui ne peuvent y pénétrer contre le gré du citoyen qui l'occupe, « hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites » (Art. 184 C. p.)¹.

Enfin la liberté individuelle, la sûreté de la personne, raison d'être même de l'ordre social, sont l'objet de précautions, d'autant plus minutieuses qu'un pays est plus libre et plus civilisé. Le citoyen anglais a depuis longtemps *l'habeas corpus*, droit qui appartient à toute cour supérieure de de-

1. Voir aussi, Constitution du 5 fructidor an III, art. 359; Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 76.

mander compte d'un emprisonnement. En France, toutes les déclarations et toutes les constitutions antérieures à celles de 1875, garantissent la liberté individuelle ; elles proclament, comme un principe absolu, qu'un citoyen ne peut être contraint dans sa personne, sans un ordre légal du pouvoir judiciaire, ni privé de sa liberté sans que, conformément à des lois préexistantes, il n'ait été régulièrement jugé. Ces prescriptions sont sanctionnées, à leur tour, par les pénalités les plus précises et les plus sévères (Art. 114 et suivants du Code pénal et loi du 8 décembre 1897).

Eh bien ! nous le demandons, est-ce que toute cette législation n'est pas, non seulement exclusive de l'arbitraire administratif, mais dirigée contre cet arbitraire lui-même ? Est-ce que, de son esprit, ne se dégage pas nettement la conviction que le pouvoir judiciaire est, à ce point de vue tout au moins, la limite naturelle des autres pouvoirs et la sauvegarde des libertés ? Qu'est-il advenu cependant ? c'est que le pouvoir judiciaire, trop faible et trop mal armé pour remplir sa mission, s'est trouvé impuissant à défendre la propriété, le domicile et la personne contre un arbitraire se réclamant de prétendues prérogatives administratives, par l'organe d'une juridiction de même origine ¹.

1. Cependant la mission reconnue de tout temps, au pouvoir judiciaire d'être le gardien exclusif des droits individuels a été contestée par la doctrine, et notamment par M. le professeur Berthélemy. Le savant auteur s'élève énergiquement contre la qualification donnée au pouvoir judiciaire de gardien exclusif de la propriété privée et des droits individuels (*op. cit.*, p. 110, 470 et suiv.). La juridiction administrative a aussi, pense-t-il, cette mission, au même titre que la juridiction ordinaire, et la partage avec celle-ci ; cette proposition ne nous paraît point exacte :

Un premier argument contre cette thèse, d'ailleurs nouvelle, ressort de l'origine historique du Conseil d'État et de sa réorganisation par la législation impériale. Il est bien certain que cette institution n'avait pas d'autre

Ces abus d'ailleurs remontent loin et il faut bien reconnaître que tous les gouvernements qui, depuis un siècle, se

objet, à tort ou à raison, que de faire échec, dans un intérêt d'État, aux garanties données au droit individuel par la juridiction ordinaire ; il est non moins certain que c'est dans le même esprit qu'elle s'est perpétuée jusqu'à nos jours, sous des modifications progressives de formes, mais insignifiantes quant au fond. Or comment l'idée serait-elle venue de confier la garde de droits, à une organisation qui avait précisément pour but de ne pas les laisser s'exercer dans toute leur plénitude. Gardiens des droits, sans doute les tribunaux administratifs le sont aussi, puisqu'ils ont à les consacrer. Mais méfions-nous de la « piperie des mots », gardien qu'est-ce à dire ? Celui qui a sous sa protection..., mais aussi à sa discrétion, l'individu ou la chose gardée. Il y a les bons et les mauvais bergers, les bons sont ceux qui ne peuvent pas abuser du dépôt qui leur est confié, les mauvais sont ceux qui le pourraient. Or de quoi s'agit-il ? des libertés les plus essentielles et les plus précieuses. Par qui peuvent-elles être menacées ? par qui, dans bien des circonstances historiques, ont-elles été violées ? par le pouvoir qui, par définition, a l'activité et la force, le pouvoir exécutif. Et c'est entre ses mains, entre les mains d'un tribunal unique, nous voulons dire sans divers degrés de juridiction, imbu de son esprit, dépendant de lui et qu'il peut constituer à sa fantaisie, qu'on aurait placé ce dépôt ! Prêter une pensée pareille aux hommes qui, au commencement du siècle, ont élaboré notre droit public et privé, c'est méconnaître non seulement la logique de leur esprit, mais toutes leurs tendances. Ce qu'ils voulaient c'était la liberté, et toute leur préoccupation fut de la garantir contre le pouvoir exécutif. Ils s'en sont exprimés en termes explicites et formels : « L'ordre constitutionnel des juridictions, dit l'article 17 de la loi des 16-24 août 1790, ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi. » Telle est la règle fondamentale qui éclairera tout notre droit, toute notre législation moderne.

Les auteurs du Code civil s'en inspirèrent, et l'Empereur lui-même, qui prendra part à sa discussion, dans un esprit libéral plus tard oublié par lui.

C'est dans ce Code, en effet, que se trouve défini et consacré l'état des personnes, c'est-à-dire les limites de leur liberté, le domicile, la propriété.

Or le Code civil promulgué en 1804 n'a reçu, à ce point de vue, aucune modification ni du décret du 11 juin 1906 qui réorganisa la section du contentieux du Conseil d'État, ni d'aucun acte législatif postérieur. C'est donc ce Code, auquel se lie indissolublement les lois sur la procédure et l'organisation judiciaire, qui est le titre exclusif et la véritable charte des droits individuels.

Pouvait-il d'ailleurs en être autrement et l'importance même de l'objet

sont succédés en France, ont, sous diverses formes, et par divers moyens, attenté aux libertés. Les mesures prises, dans

ne l'exigeait-elle pas ainsi ? La loi a établi, devant les tribunaux ordinaires, des formes rigoureuses, minutieuses pour la protection du droit. A quelles causes s'appliqueront ces garanties ? Quand devront-elles être revendiquées avec plus de sollicitude, si ce n'est lorsqu'il s'agira des droits les plus précieux, les droits de l'individu ?

Et ce sont cependant ces mêmes droits dont on voudrait soustraire la sauvegarde aux tribunaux de droit commun, pour en confier le dépôt à la juridiction administrative, qui était autrefois celle du bon plaisir, à une justice qui est, encore aujourd'hui, sommaire dans ses procédures et dépourvue de voies de recours.

Jusqu'à ces derniers temps la thèse que nous soutenons, non seulement n'avait pas été contredite, mais était admise comme un axiome, par les plus imposantes autorités doctrinales et par la jurisprudence tant civile qu'administrative.

Or s'il en est ainsi, cette interprétation constante, indiscutée, n'est-elle pas plus qu'une présomption, mais la preuve qu'elle se fonde sur les principes généraux de notre législation constitutionnelle, civile et pénale, depuis 1789 ? M. Hauriou s'en exprime en ces termes : « ... L'autorité judiciaire a des attributions aussi fondamentales que celles du pouvoir exécutif ; elle est la *gardienne des droits individuels des citoyens, tout au moins des libertés essentielles, la liberté individuelle, l'état des personnes, la propriété ; ce sont des attributions qui sont consacrées, non par tel ou tel texte, mais par l'ensemble des lois.* » *Op. cit.*, p. 797, 798.

M. Dareste après avoir constaté que l'acte de gouvernement n'est en lui-même justiciable d'aucune juridiction, question que nous n'examinons pas ici, ajoute : « ... Sauf le droit, dont les tribunaux ne peuvent être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des simples citoyens, contre toutes les voies de fait qui ne rentrent pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels. » (*Traité de la justice administrative*, p. 221, 222.) M. Ducrocq, à propos du même sujet s'exprime dans des termes à peu près identiques (*Cours de droit administratif*, 5^e édition, t. 1, p. 181, n° 194). M. Aucoc, dans ses conférences administratives, après avoir cité avec approbation les auteurs qui précèdent, ajoute : « Nous avons soutenu cette doctrine devant le Conseil d'État, dans l'affaire Hamilton, jugée par décret du 11 août 1866. » (D. 69.3.2.) [Il la soutint également le 9 mai 1857 à propos de la réclamation relative aux manuscrits du duc d'Aumale. Le 5 juin 1874, M. David à l'audience du Conseil d'État concluait dans le même sens : « Les tribunaux, disait-il, demeurent compétents quand l'acte de gouvernement ne rentre pas dans les attributions du pouvoir exécutif... telle est en effet la véritable garantie, la véritable protection assurée aux

ces circonstances, furent tantôt des lois d'exception, tantôt

droits individuels, contre les actes excessifs dont ils pourraient être victimes de la part de l'autorité gouvernementale, agissant sous le couvert des pouvoirs politiques, mais en dehors de leurs limites légales. » M. Reverchon est du même avis dans son ouvrage sur les décrets de 1852 (p. 85). Adde : Dalloz, *v° Compétence administrative*, nos 42 et suiv., 69 et suiv., 101 et suiv. ; Chauveau, *Principes de la compétence administrative*, t. 2, n° 482. Le Conseil d'État avait lui-même sanctionné cette doctrine, dans son arrêt du 5 juin 1874, relatif à la saisie des manuscrits du duc d'Aumale. Plus tard, M. David, commissaire du Gouvernement devant cette juridiction caractérisait cet arrêt en faisant remarquer « que le Conseil d'État ne s'était pas borné à déclarer que la mesure dont il s'agissait n'était pas de nature à lui être déférée pour excès de pouvoir, mais qu'il ajoutait qu'il ne lui appartenait en aucun cas de connaître de la validité de la saisie d'un livre et de la restitution des exemplaires saisis, c'est-à-dire de la *revendication d'une propriété mobilière*, d'où la conséquence qui, pour n'avoir pas été exprimée dans l'arrêt comme elle l'avait été par le ministère public, n'en est pas moins certaine, que cette action ne pouvait être portée que devant l'autorité judiciaire, nonobstant le caractère de l'acte qui avait ordonné la saisie ».

De même en ce qui concerne la liberté individuelle, voir de nombreux arrêts de la Cour de cassation : Req., 3 juin 1872. D. 72.1.385. ; Civ. rej., 3 août 1874. D. 76.1.287, etc. Ces arrêts et nombre d'autres sont cités au Recueil périodique de Dalloz, 1880.3.58.

Enfin, dans les affaires que nous rappelons au texte, dites des décrets du 29 mars 1880, les tribunaux judiciaires affirmèrent unanimement leur compétence sur les revendications élevées devant eux, relatives à la liberté individuelle, au domicile, à la propriété. Ils ne cessent de déclarer « que la propriété et la liberté individuelle sont placées, par les principes fondamentaux de notre droit, sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire ; que si en principe les actes administratifs et gouvernementaux échappent à tout recours devant la juridiction ordinaire, c'est toujours, comme l'enseignent unanimement la doctrine et la jurisprudence, *sous la réserve des droits dont les tribunaux ne sauraient être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des citoyens contre les voies de fait* qui ne rentreraient pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ou légaux de l'administration ou du gouvernement... (Ordonnance de M. Le Roy, président du tribunal de Lille. D. 80.3.57.) Dans le même sens, Ordonnance de M. Aubépin, président du tribunal de la Seine, 9 juillet 1880. D. 80.3.61 ; Ordonnance du premier président de la Cour de Bordeaux, 11 août 1880. D. 81.1.20. (Roucanières). Cassation, 12 février 1901, (Martel) : « Attendu que toute violation du droit de propriété, rentre en *principe dans le domaine exclusif* de l'autorité judiciaire. »

Mais il n'y a pas que les principes généraux du droit, il y a encore les lois précises, qui sont en quelque sorte les points de repère de l'esprit de notre

des décrets, plus ou moins arbitraires, qu'ils aient ou non

législation. Ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique, acte cependant de puissance publique, ne peut être *prononcée* et l'indemnité ne peut être fixée que par les tribunaux judiciaires. Pourquoi cela? si ce n'est parce que notre droit n'admet pas de dépossession administrative. Bien plus les tribunaux ont le devoir de s'assurer que les actes administratifs, préalables à l'expropriation, ont été accomplis. M. Berthélemy lui-même nous en dit la raison : « Pour mieux garantir les droits des propriétaires à l'égard desquels cette mesure est prise. » (*Op. cit.*, p. 25.) N'est-ce point à dire, *a contrario*, que ces droits seraient moins bien garantis par la juridiction administrative, et que la loi cependant veut qu'ils soient garantis ainsi. Quel aveu de la part de l'un des plus éminents adversaires de notre thèse! Comment pourrait-il plus tard soutenir, contrairement d'ailleurs à la jurisprudence constante de la Cour de cassation et du Conseil d'État jusqu'en 1860, qu'en matière de délimitation des rivages de la mer, c'est-à-dire d'expropriation indirecte, « l'administration est seule compétente pour faire cette constatation (relative à la propriété des terrains) et que sous aucun prétexte, il n'appartient à l'autorité judiciaire d'en vérifier l'exactitude »?...

Cependant le parallélisme, l'identité absolue qui existe entre l'expropriation directe et l'expropriation indirecte est évident, et dans les deux cas, la raison de décider est la même. Est-ce que « le droit inviolable et sacré » qu'est la propriété, dans le premier cas, aurait cessé de l'être dans le second? Il faut aller plus loin et reconnaître que dans le second cas il y a un *a fortiori* pour admettre la compétence de l'autorité judiciaire, quant à la consistance de la propriété et à la dévolution à l'administration, puisque les formes préliminaires de cette expropriation sont plus simples, plus expéditives, entourées de moins de garanties. (Voir la réfutation de cette doctrine par M. Laferrière, fort bien analysée par M. Berthélemy lui-même, et qu'il ne nous paraît pas avoir ébranlée.)

Comment d'ailleurs la doctrine contraire pourrait-elle se concilier avec la loi du 20 août 1881, sur la voirie rurale dans laquelle le législateur consacre une fois de plus les vrais principes. Sans doute, dit l'article 4, l'arrêté de classement sera pris par la commission départementale; sans doute, dit l'article 5, ces arrêtés vaudront prise de possession, mais *sans préjudice des droits antérieurement acquis à la commune* conformément à l'article 23 du Code de procédure. Cela veut dire que les possessions de la commune, en tant que propriétaire de son domaine privé, et par conséquent les possessions des simples particuliers, restent dans le domaine du droit civil et de la juridiction ordinaire. Enfin comme si cela n'était pas suffisant l'article 7 ajoute : « Les contestations qui peuvent être élevées par toute partie intéressée, sur la propriété ou la possession totale ou partielle des chemins ruraux, sont jugées par les tribunaux ordinaires. »

La compétence des tribunaux ordinaires ne s'étend pas seulement sur le

reçu la qualification d'actes de gouvernement ¹. Nous ne saurions, sans sortir de notre sujet, en retracer l'histoire. Ce que nous tenons à mettre en lumière c'est le développement de la compétence administrative dans un domaine qui avait toujours été celui de l'autorité judiciaire.

C'est à propos des décrets du 29 mars 1880, ordonnant la dispersion des congrégations religieuses non autorisées, que ce développement se réalisa, au triple point de vue qui nous occupe. Dans ces circonstances, ce ne fut point la jurisprudence du Conseil d'État, mais celle du tribunal des con-

droit de propriété, mais encore sur les autres droits individuels, « attendu que si les tribunaux de première instance sont institués pour être la sauvegarde du droit de propriété, la liberté de la personne, et ses accessoires sont bien plus précieux encore ». (Tribunal de Marseille, 10 juillet 1874. D. 76.1. 292.) Ici encore toute la législation civile et pénale serait à citer. Pourquoi tout ce qui concerne la juridiction répressive (les amendes de grande voirie mises à part) est exclu de la juridiction administrative, si ce n'est parce que la liberté individuelle doit être plus rigoureusement protégée ? On en peut dire autant de tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes. L'autorité administrative n'a pas encore contesté cette règle que nombre de lois consacrent : Voir notamment loi du 31 juillet 1875 sur le contentieux des élections au Conseil général, article 16 ; loi du 5 avril 1834 sur les élections municipales, article 39 ; loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée active, article 28.

Il faut bien le constater cependant, et nous le démontrons au texte ci-dessus, la jurisprudence administrative, celle surtout du tribunal des conflits, entraînée par on ne sait quel souffle d'autoritarisme et de réaction contre les idées de la Révolution et les libertés qu'elle avait établies, sur la distinction si précise et si scientifique des domaines administratif et judiciaire, tend à tout confondre, ou plutôt, à tout remettre aux mains de l'autorité administrative. (Voir tribunal des conflits, 11 janvier 1873. D. 73.3.65, affaire Paris-Labrosse ; et 1^{er} mars 1873, affaire Guillié. D. 73.3.70, en matière de délimitation du domaine public)

1. Décrets du 17 sept. 1793 ; décrets du 3 mars 1810 ; loi du 2 juin 1848 ; Commissions mixtes de 1852 ; loi du 27 fév. 1858 (Citation de M. Hauriou, p. 55). Voir, dans Laferrière : l'Histoire des divers procès politiques relatifs à des actes de gouvernement, auxquels d'ailleurs le Conseil d'État a souvent refusé ce caractère. *Juridiction administrative*. 2^e Édition, t. II, p. 38 et suiv.

flits, qui fut l'instrument de l'extension de la puissance administrative. On s'explique cette anomalie apparente par ce fait que le tribunal des conflits, quoique composé en partie de Conseillers à la Cour de cassation, a un caractère plutôt administratif que judiciaire. D'une part, en effet, c'est à l'administration seule qu'appartient le droit d'élever le conflit positif, et, d'autre part, les membres du Conseil d'État, qui doivent en faire partie, sont désignés, depuis la loi constitutionnelle du 25 février 1875, non plus comme le prescrivait la loi de 1872, par le pouvoir législatif, mais par le chef de l'État, et, d'autre part, le président en est le ministre de la Justice, membre du pouvoir exécutif, qui, en cas de partage, a voix prépondérante. On sait qu'en diverses circonstances, il présida effectivement cette haute juridiction ¹.

Les décrets de 1880 soulevèrent les réclamations des intéressés, sous les trois formes que nous avons signalées : Atteinte à la liberté individuelle, prévue par les articles 114 et 184 du Code pénal ; violation de domicile, article 184 du même Code ; violation du droit de propriété, protégé par les articles 544, 545, 546 du Code civil.

Jamais, dans les litiges de cette nature, la compétence des tribunaux ordinaires n'avait été contestée. On avait toujours considéré que les prérogatives essentielles de la personne humaine étaient, non seulement de droit commun, mais, bien plus, de droit naturel, et qu'il convenait d'en confier la garde à la juridiction spécialement qualifiée pour les défendre, à la juridiction ordinaire.

Une tradition aussi ancienne que constante d'accord avec les principes généraux du droit, l'avait toujours admis sans

1. Affaires des décrets du 29 mars 1880 ; affaire Blanco. V. ci-dessous, affaire Feutry, 20 fév. 1908.

difficulté. Enfin ces prérogatives trouvaient leur garantie dans l'article 131 du Code pénal qui frappe de peines correctionnelles « les administrateurs qui entreprendront sur les fonctions judiciaires en s'ingérant de connaître *des droits et intérêts privés* du ressort des tribunaux... » Ce sont cependant ces principes qui ont subi, dans les circonstances dont nous évoquons le souvenir, les plus graves échecs, aussi bien sur le terrain du droit civil que sur celui du droit criminel ¹.

Rappelons sommairement les faits qui donnèrent lieu à la jurisprudence que nous allons apprécier :

Le 29 mars 1880, deux décrets étaient promulgués : Aux termes du premier, un délai de trois mois était accordé à la congrégation dite « Société de Jésus » pour se dissoudre et évacuer les établissements qu'elle occupait sur le territoire de la République. Aux termes du second un même délai de trois mois était accordé aux autres congrégations religieuses non autorisées, pour faire les diligences nécessaires, dont le décret indiquait la nature, à l'effet d'obtenir la reconnaissance légale et, par suite, l'autorisation d'exister.

Ces décrets, d'après leur teneur même, étaient rendus

1. Nous n'entendons pas ici examiner le fond des questions soulevées, pas plus que le côté politique qu'elles présentaient, mais seulement la procédure et la compétence. Toute autre en effet est la question de savoir si l'existence des congrégations religieuses ne doit pas être soumise à des conditions équitables d'autorisation et de contrôle, ainsi qu'on l'a pensé à toutes les époques de l'histoire, et celle de savoir si dans ces circonstances les règles protectrices des droits sacrés de l'individu n'ont pas été transgressées ! M. Dufaure estimait que la situation des congrégations ne pouvait être réglée que par une bonne loi des associations. Sans rechercher si celle du 1^{er} juillet 1901 satisfait à ce *desideratum*, nous remarquerons qu'en donnant au gouvernement les moyens d'exécution qu'il n'avait pas eu en 1880, on a implicitement reconnu l'insuffisance de la procédure suivie en 1880 et 1881.

pour assurer l'exécution des lois qui prohibaient l'existence en France des congrégations religieuses non autorisées et pour faire l'application de ces lois aux dites congrégations qui y avaient contrevenu, en se reformant sans autorisation.

A cette occasion, de vifs débats s'élevèrent au sein du Parlement, dans la presse, dans tous les milieux intéressés, sur l'existence des lois visées, et sur le procédé d'application adopté par le gouvernement. Après que les mesures décrétées furent entrées dans la période de la réalisation, s'ouvrit la phase judiciaire de cette affaire. Alors, devant les tribunaux, des discussions non moins vives, mais peut-être plus graves et plus sérieuses se produisirent, soit dans des consultations demeurées célèbres, soit dans des plaidoiries à la barre.

Conformément en effet à la voie qu'il s'était tracée, le gouvernement avait procédé, à l'aide de la force publique, à la dispersion des congrégations d'hommes refusant de se dissoudre spontanément; les couvents et monastères avaient été envahis, les religieux dispersés, les immeubles placés sous scellés.

Tels furent les faits qui provoquèrent les luttes de compétence, sur lesquels les juridictions civiles et criminelles et le tribunal des conflits furent appelés à se prononcer.

Au civil, c'est sous la forme du référé et de l'action en dommages-intérêts que le juge de droit commun fut saisi, et l'on comprend tout de suite pourquoi: des citoyens avaient été chassés de leur domicile et dépouillés des immeubles qu'ils possédaient, ils demandaient à être *immédiatement* réintégrés dans l'un, et remis en possession des autres, et, de plus, à être pécuniairement indemnisés du préjudice que leur avaient causé ces diverses voies de fait.

Au criminel, les administrateurs et agents qui avaient procédé à ces actes d'exécution, étaient cités sous les accusations de violation de domicile et de violences envers les personnes.

En droit les questions qui se posaient étaient les suivantes :

1° Les textes de loi dont les décrets prétendaient assurer l'exécution étaient-ils encore en vigueur et, dans tous les cas, applicables en l'espèce ¹ ?

2° En admettant que ces lois fussent encore en vigueur et applicables, appartenait-il à l'administration d'en assurer l'exécution, et, si oui, par quels moyens ?

En réalité ces deux questions se confondaient en une troisième, celle de savoir si l'administration, en procédant comme elle l'avait fait, vis-à-vis des congrégations, avait agi légalement ou illégalement. En effet, la légalité de l'action administrative était subordonnée, non seulement à l'existence des lois, mais encore à la qualité de l'autorité qui en faisait l'application. Aussi bien le défaut de base juridique que le défaut de qualité de l'agent, ou l'irrégularité de ses procédés, avait pour conséquence la nullité de l'exécution. Telle était la question, complexe il est vrai dans ses éléments, mais unique en réalité, qu'il s'agissait de trancher. Sa solution, favorable à l'administration, entraînait le démis des poursuites dirigées contre elle par les plaignants ; défavorable, justifiait toutes les sanctions sollicitées, en présence d'actes qui ne constituaient plus que de coupables voies de fait.

Mais une première et préjudicielle difficulté se posait au

1. C'étaient principalement la loi des 5-13 février 1790, la loi du 18 août 1892, la loi concordataire du 18 germinal an X, article 11, le décret impérial du 3 messidor an XII, les articles 291 et 292 du Code pénal et la loi du 10 avril 1834, pour lesquels se soulevait soit la question d'existence, soit celle d'applicabilité.

seuil du débat, celle qui précisément nous intéresse : à quel pouvoir appartenait-il de juger ce litige ? difficulté des plus graves, et la seule à examiner, puisqu'il s'agissait d'une véritable délimitation de territoire, entre les deux juridictions, et de savoir si, par cela seul que l'administration serait partie au litige, les tribunaux ordinaires cesseraient d'être compétents, en des matières qui, jusqu'alors, leur avaient appartenu exclusivement : la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, la propriété. Or c'était bien de cela qu'il s'agissait : on ne pouvait nier, en effet, que des domiciles eussent été envahis à l'aide de violence, puisqu'on s'y était introduit contre le gré des occupants, et que, d'ailleurs, on en avait forcé les portes. On ne pouvait nier qu'il n'y ait eu des atteintes portées à la liberté individuelle, puisque les occupants, se refusant à sortir volontairement, on avait dû user de contrainte sur leur personne ; on ne pouvait nier qu'il n'y ait atteinte au droit de propriété, puisque ceux qui possédaient les immeubles à un titre quelconque, s'en étaient vus déposés.

L'on comprend qu'en des circonstances où sa responsabilité était si sérieusement engagée, l'administration ait voulu soutenir la validité de ses actes et faire prévaloir, par tous les moyens à sa disposition, notamment, en proposant des déclinatoires de compétence et en élevant le conflit d'attributions ; c'est ce qu'elle fit. Dès lors, il appartenait au tribunal des conflits de trancher en dernier ressort le débat préjudiciel.

Il l'a tranché, en effet, et s'est prononcé aussi bien sur les questions de droit criminel que sur celles de droit civil. Examinons d'abord les solutions qui ont prévalu, devant cette haute juridiction, sur les secondes.

Ces solutions nous paraissent avoir méconnu les vrais

principes à deux points de vue : 1° en statuant sur le fond du débat ; 2° en dessaisissant les tribunaux ordinaires.

1° Qu'est en effet le tribunal des conflits ? un juge exclusivement chargé de décider de la compétence, entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs. En aucun cas il ne doit trancher le fond du débat dont la solution appartiendra à celle des deux juridictions qu'il aura choisie pour en connaître. Tel fut l'avis de MM. les commissaires du gouvernement Gomel et Ronjat, qui occupèrent le siège du ministère public dans ces circonstances. Le premier voyait, dans les décrets du 27 mars 1880, et dans leur application des actes purement administratifs dont il fallait renvoyer la connaissance au Conseil d'État. Le second estimait qu'en cette occasion, on se trouvait en présence d'actes de gouvernement et de haute police, qui, suivant l'ancienne théorie, fort discréditée aujourd'hui, échappaient à tout contrôle et à toute intervention juridictionnelle.

Le débat ainsi posé, le tribunal des conflits avait le choix entre trois solutions : ou déférer les litiges au Conseil d'État en raison de leur caractère administratif, ainsi que l'y invitait M. Gomel, ou les déférer au juge de droit commun, pour les raisons que nous avons exposées, ou enfin déclarer, suivant la thèse de M. Ronjat, qu'on se trouvait en présence d'actes de souveraineté ne relevant d'aucune juridiction.

Le tribunal des conflits n'adopta aucune de ces propositions. Il ne se contenta point de confirmer les arrêtés de conflit pris par les préfets, mais après avoir examiné le fond des questions litigieuses, il les trancha, en proclamant régulières et inattaquables toutes les mesures prises par le gouvernement pour dissoudre toutes les congrégations.

Nous estimons, comme MM. les commissaires du gouver-

nement Ronjat et Gomel, que cette haute juridiction a méconnu son rôle de simple juge de la compétence, et encouru le reproche qu'elle faisait aux tribunaux civils, d'avoir outrepassé les limites de leurs attributions.

2° Mais des trois solutions qui s'offraient au tribunal des conflits, c'est, à notre avis, la solution judiciaire qui devait prévaloir, entraînant comme conséquence l'annulation pure et simple des arrêtés de conflit.

En effet, aux déclinatoires qui leur avaient été proposés, les tribunaux civils avaient fait deux réponses décisives; la première était générale et commune à toutes les natures des litiges, la deuxième spéciale à ceux portés devant le juge des référés.

Les tribunaux ordinaires disaient, en thèse générale : la loi nous a constitués les gardiens naturels de la liberté individuelle, de la propriété, du domicile, et aucun acte administratif ne saurait autoriser le pouvoir exécutif à porter atteinte à ces droits, pas plus qu'à nous dessaisir des litiges qui les concernent. Ces droits n'étant pas à la disposition de l'administration, ne sauraient être matière à décrets. D'ailleurs ce qui nous est déféré, ce ne sont point les décrets, mais bien les actes qui en ont été la suite, et qui en sont parfaitement indépendants ; l'ordre et l'exécution matérielle de cet ordre sont deux choses distinctes, et si cette exécution porte atteinte à la propriété, à la liberté, au domicile, elle constitue, par elle-même, une *voie de fait détachable de l'acte administratif* et justiciable des tribunaux ordinaires. Les fonctionnaires ou agents de l'administration, poursuivis devant les tribunaux ordinaires, pour de tels actes délictueux ou quasi-délictueux, ne sauraient donc se couvrir en mettant en avant un acte administratif impuissant à autoriser les

procédés mis en œuvre ¹. Sans doute ils pourraient se justifier en invoquant, s'il en existe, une loi précise, formelle et prescrivant leur action, mais, même dans ce cas, c'est aux tribunaux ordinaires qu'appartiendrait la connaissance du litige, car, juges de l'action, ils le sont aussi de l'exception; ils auraient donc à dire si la loi invoquée existe et si elle est applicable. D'ailleurs, et quant aux décrets, leur présence entre les lois et l'action gouvernementale est inopérante, car, de deux choses l'une : ou les mesures administratives étaient autorisées par les lois, et alors les décrets étaient inutiles, ou aucune loi ne les autorisait, et alors les décrets, manquant totalement de base juridique, ne pouvaient les autoriser, davantage.

Devant les juges des référés, à ces raisons s'en joignait une autre, c'est que les plaignants, fondant leurs prétentions sur les principes généraux, avaient droit à une justice immédiate. Les décrets et même les lois exceptionnelles, dont la survivance même était contestée, invoqués par les défendeurs, ne pouvaient à aucun point de vue être examinés, car c'eût été apprécier le fond du litige, ce qui est interdit au juge des référés ; dépossédés par violence, ils devaient, avant tout jugement au fond, être rétablis dans leur droit, en conformité de la maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus*.

Telles sont les règles du droit civil que le tribunal des

¹ Voir dans ce sens Cass., 8 février 1876, Laladié c. veuve Gaillardon. D. 76.1.289, et 3 août 1874, Valentin Ch. Haas. D. 76 1.297. — Il avait toujours été reconnu que le juge des référés pouvait réintégrer une congrégation dans des locaux dont elle avait été expulsée en vertu d'un acte administratif, si elle occupait ces locaux en vertu de droit commun. A plus forte raison si elle les occupa à titre de propriétaire. Dalloz, supp. au Rép, v^o Référé, n^o 76.

conflits nous paraît avoir méconnues ¹. Dans les affaires qui nous occupent, les règles de la compétence en matière criminelle n'ont pas été mieux respectées.

Après avoir défini, dans le Code civil, la condition des personnes, établi leurs droits, soit à l'égard les unes des autres, soit sur les choses, le législateur, d'accord avec lui-même, édicté, dans le Code pénal, les sanctions nécessaires à la protection de ces droits divers. S'il était nécessaire de démontrer une fois de plus que les droits individuels sont placés sous l'égide du pouvoir judiciaire, si cette vérité ne résultait pas suffisamment des monuments législatifs du droit civil qui les contiennent et les consacrent, aussi bien que de la plus ancienne tradition, la simple lecture des textes des lois pénales, et notamment des articles 184 et 194 du Code pénal, ne laisserait place à aucun doute. Remarquons, d'ailleurs, que leurs dispositions ont acquis une force et une autorité nouvelles depuis que, par l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, leur applicabilité n'est plus, ou ne devrait plus être subordonnée à l'autorisation administrative. Transcrivons ces textes éloquents et démonstratifs par eux-mêmes² : Article 114 : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement, aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte (à la constitution) il sera condamné à la peine de la dégradation civique. »

« Si néanmoins il justifie qu'il a agi par l'ordre de ses

1. Affaire Marquigny et autres. D. 1880.3.57 et 63 ; Guillermy, *id.*, p. 61 Bouffier et autres, p. 68, etc.

2. Ils sont les sanctions des principes posés en termes précis et impératifs dans l'article 76 de la Constitution de l'an VIII.

supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »

Art. 184. — « *Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique, qui agissant en sa dite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, HORS LES CAS PRÉVUS PAR LA LOI, et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de six jours à un an et d'une amende de 16 à 500 francs, sans préjudice de l'application du second paragraphe de l'article 114. »*

C'est en se fondant sur ces textes que les personnes qui avaient été l'objet des mesures prescrites par les décrets du 29 mars, venaient demander justice devant les juridictions de répression. Ici la compétence ne semblait pas pouvoir être contestée. De quoi s'agit-il, en effet, dans ces textes ? Quelle est la situation qu'ils prévoient et sanctionnent ? Mais précisément celle qui était soumise à la justice répressive. Comment donc concevoir qu'il ait été possible de soustraire à la connaissance de cette justice les faits mêmes que la loi lui défère ?

Cependant, comme si cela ne suffisait pas, l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 a cru devoir insister davantage, et interdire, par des injonctions plus formelles, d'élever le conflit soit devant la justice criminelle, soit devant la justice correctionnelle. Ici encore il suffit de transcrire les textes :

Article 1^{er}. — « A l'avenir, le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative *ne sera jamais élevé en matière criminelle. »*

Article 2. — « Il ne pourra être élevé de conflit en matière correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative ; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur une question préjudicielle. »

Et, circonstance à noter, cette ordonnance a eu précisément pour but de prohiber, *à l'avenir*, les épouvantables abus d'autorité de la puissance exécutive qui s'étaient produits sous la Convention et sous le Directoire et même sous le premier Empire. A ces diverses époques, on avait vu l'administration, dit M. de Cormenin, rapporteur de l'ordonnance, user de l'arme du conflit, d'une part pour arracher à la justice ordinaire ceux qu'elle voulait livrer sans jugement à la merci du gouvernement, et, d'autre part, pour soustraire des coupables à la répression de la justice ¹.

Tout semblait donc s'opposer à ce que le conflit pût être élevé. Comment l'a-t-il été cependant ? par une subtilité de procédure. Sans doute, a répondu le tribunal des conflits, l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 a eu pour but d'assurer le libre exercice de l'action publique devant la juridiction criminelle, mais non point de soustraire au principe de la séparation des pouvoirs l'action civile formée par la partie se prétendant lésée, quelle que soit la juridiction devant laquelle cette action est portée ².

Ce motif est basé sur une distinction que rien dans la

1. V. D. 1881.3.18. Note, 1^{re} colonne.

2. V. D. 1881.3, page 23, 1^{re} colonne. Roucanière.

loi n'autorise, car les juridictions criminelles, qu'aux termes de l'ordonnance, le conflit administratif ne peut dessaisir, sont également saisies et par la poursuite du ministère public et par celle de la partie civile. Cette distinction est encore interdite par les textes : ce sont d'abord les articles 2, 3, 4, 63, 64, 182, du Code d'instruction criminelle, qui placent sur le même pied l'action publique et l'action civile, tant pour leur durée que pour le pouvoir qu'elles ont également de « saisir » le juge d'instruction et le tribunal correctionnel ; c'est ensuite l'article 637, qui soumet l'une et l'autre aux mêmes délais de prescription, que chacune d'elles peut interrompre ; l'article 135 qui attribue aux deux actions les mêmes facultés d'opposition aux ordonnances de non-lieu, et même le pouvoir pour chacune d'elles de relever l'autre des déchéances encourues. Cette dernière raison a paru si décisive aux adversaires eux-mêmes de la doctrine que nous soutenons, qu'ils sont obligés de voir dans l'article 135, une anomalie, une exception au principe de l'indépendance de l'action publique et de l'action civile, tenant à l'incertitude qui existait encore pour les rédacteurs du Code, sur les limites des deux actions. Pour que cette explication fût valable, il faudrait que ce texte parût en effet exceptionnel, et ne fût point en harmonie et cohérence parfaite avec ceux que nous avons cités. En réalité, si le législateur a voulu concéder à la partie civile le droit d'exercer (quoi qu'on en ait dit) l'action publique, c'est afin de garantir plus efficacement la répression des délits. Comment s'expliquer sans cela qu'il eût permis à la partie civile d'agir par voie de citation directe devant les tribunaux de simple police et de police correctionnelle, alors qu'elle pouvait aussi bien revendiquer ses intérêts devant le tribunal civil ? Comment

l'eût-il autorisée à saisir, par sa plainte et sa constitution, le juge d'instruction, devant lequel cependant il ne saurait être question de réparations civiles ?

Il faut donc voir, avec M. Faustin Hélie, dans ce pouvoir donné à la partie civile de mettre l'action publique en mouvement, « un dernier vestige de l'ancien droit d'accusation que les citoyens exerçaient en France au ^{xvii}^e siècle ¹. »

S'il en est ainsi, la conclusion s'impose : le juge saisi de l'action civile par la plainte et la citation de la partie civile est, par là même, saisi de l'action publique. Dès lors un arrêté de conflit ne saurait tenter de l'en dessaisir, sans contrevenir aux textes mêmes des Codes pénal et d'instruction criminelle, et sans violer l'interdiction des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Toute la poursuite étant dévolue à la juridiction correctionnelle, y compris la plainte et la citation qui l'ont mise en mouvement, on ne saurait, dans aucune mesure, déférer à cette raison que l'arrêté de conflit dessaisissant le juge de la plainte de la partie civile, l'annulation de cette plainte rend par voie de conséquence nul et non avenue le reste de la procédure dont elle était la base. Cette thèse en effet conduirait à ce résultat monstrueux qu'un délit certain, relevant incontestablement de la juridiction correctionnelle, serait soustrait à cette dernière et demeurerait impuni par la volonté de l'autorité administrative, favorisée par l'inaction du ministère public. Or c'est précisément contre une éventualité pareille, contre un tel abus de pouvoir qu'a été édictée l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. L'on peut même dire qu'en pareil cas, l'intervention admi-

1. Faustin Hélie. *Inst. crim.*, t. I, p. 267. Dans ce sens, Berthélemy, *op. cit.*, p. 882, note 3.

nistrative est non seulement inexplicable, mais inavouable, car, de deux choses l'une : ou le délit existe, et alors pourquoi soustraire le délinquant à la peine, ou il n'existe pas, et alors c'est faire à la justice ordinaire une injure gratuite que de se défier d'elle, et de penser qu'elle prononcerait quand même une condamnation¹.

Toutefois il faut reconnaître que la juridiction administrative a aujourd'hui la préoccupation de justifier par des théories juridiques les conquêtes de sa jurisprudence. Il n'en fut pas toujours ainsi, et, dans d'autres circonstances, ses décisions ne s'étaient appuyées que sur les raisons les plus sommaires. Il en fut ainsi dans des litiges antérieurs (1877) auxquels la politique fut également mêlée, connues sous le nom d'affaires du *Bulletin des communes*.

Les administrateurs du *Journal officiel* étaient traduits par des particuliers devant les tribunaux correctionnels pour avoir, dans le *Bulletin des communes*, qu'ils étaient chargés d'imprimer et d'éditer, publié un article contenant des imputations injurieuses et diffamatoires vis-à-vis des requérants. Le ministre de l'Intérieur qui avait ordonné cette

1. On peut se demander quelle doit être l'attitude des tribunaux ordinaires, en présence du conflit élevé devant eux, soit au civil alors qu'il s'agit de matière exclusivement de leur compétence, soit devant les juridictions de répression. Un grand nombre d'autorités estiment que dans ces circonstances les tribunaux judiciaires devraient passer outre à l'arrêté de conflit et le tenir pour non avenu. Cette solution nous paraît difficile à admettre au civil, en présence de l'organisation actuelle et de l'institution même d'un tribunal des conflits qui a pour mission de décider souverainement sur la compétence. Mais devant les juridictions répressives il en est tout autrement; les termes clairs et précis de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, disant qu'il ne sera jamais élevé de conflit en matière criminelle, et ne laissant place à aucune interprétation contraire, l'exception tirée de l'existence d'un arrêté de conflit nous paraît irrecevable.

publication, était poursuivi également, non pas, il est vrai, comme complice, mais comme civilement responsable.

Les juridictions correctionnelles saisies s'étaient déclarées incompétentes en ce qui concernait le ministre, mais avaient retenu la poursuite contre les administrateurs du journal.

Les préfets prirent des arrêtés de conflit, qui furent confirmés par le tribunal des conflits, par les simples motifs suivants : « Considérant que la publication du *Bulletin des communes*, prescrite par les décrets ci-dessus rappelés, constitue dans ses parties officielles un acte d'administration. » Les tribunaux correctionnels étaient en conséquence dessaisis, sans que les questions examinées ci-dessus aient été soulevées et discutées ¹.

L'extension que la juridiction administrative a donnée à sa

1. Nous trouvons le même souci de légalité dans un arrêt du tribunal des conflits du 26 mars 1898 (D. 99.3.52) « décidant que le juge des référés n'a pas qualité pour ordonner l'expulsion d'une institutrice d'un immeuble appartenant incontestablement à un tiers, si cet immeuble revendiqué par le propriétaire était d'ailleurs affecté antérieurement à l'école communale. Le tribunal des conflits reconnaît que l'immeuble pourrait être revendiqué au principal devant la juridiction ordinaire, mais n'admet pas l'intervention du juge des référés parce que l'expulsion demandée aurait pour conséquence d'entraver un service public et d'empêcher l'exécution d'un arrêté pris par le préfet en vertu de la loi du 30 octobre 1886. Autant dire qu'il suffira à l'administration d'alléguer un pareil motif pour violer impunément le droit de propriété. D'autre part on ne voit pas sur quel texte le tribunal des conflits s'appuie, pour exclure le référé des mesures de protection dont la loi a voulu entourer les droits individuels; c'est le contraire qui est la vérité juridique, l'article 806 C. pr. est sans exception, et c'est une vérité courante au Palais que là où le juge est compétent au fond, *ratione materiæ*, le juge des référés est également compétent au provisoire, en cas d'urgence et de difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire. » Il est intéressant de rapprocher de cette espèce un arrêté d'expulsion pris par l'Empereur en 1810 contre les Sulpiciens. La procédure était plus brutale et moins savante qu'aujourd'hui, mais le résultat n'a pas changé : « On doit s'emparer, dit l'arrêté, immédiatement de la maison qui pourrait être une propriété du domaine et que, du moins, dans ce cas, on pourrait considérer comme une

compétence ne s'est pas manifestée seulement à raison de la matière, *ratione materiæ* ; ses progrès dans la compétence *ratione personæ* n'ont pas été moindres :

Nous savons déjà que le Conseil d'État a attiré à lui les questions de responsabilité de l'État en matière de quasi-délits (affaire Blanco ci-dessus) ; mais il était encore une catégorie de personnes administratives qui demeurerait justiciable des tribunaux ordinaires, c'étaient les départements, les communes et les établissements publics (on verra ci-après la raison d'être de cette apparente anomalie). Tous les litiges les concernant, à l'exception de ceux relatifs aux travaux publics que la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 4, n^{os} 2 et 3) défère expressément aux conseils de préfecture, ressortissaient à la compétence de droit commun. Le tribunal des conflits a, en 1908, transformé cet état de choses, et a déferé aux tribunaux administratifs cette nature de litiges (voir ci-après, page 150, affaire Feutry). On peut donc dire désormais qu'il n'est plus d'objets de droit, de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires, et qu'il suffit que l'administration, à un degré quelconque de la hiérarchie, soit intéressée dans une instance, pour que celle-ci puisse être évoquée ou retenue par la justice administrative. Ainsi sa compétence, n'étant bornée ni par des lois, ni par des principes certains, est un océan sans limites, dont les marées peuvent chaque jour tenter de nouvelles incursions.

propriété publique puisqu'elle appartient à une congrégation. S'il est reconnu qu'elle est la propriété particulière de M. Emery, ou de tout autre, on pourra d'abord en payer les loyers et la requérir ensuite, sauf indemnité, comme utile à un service public. » M. Taine, à qui nous empruntons cette citation, ajoute : « Ceci montre en plein l'esprit administratif et fiscal de l'État français, sa haute main toujours prête à s'abattre impérieusement sur chaque particulier, sur toute propriété particulière. » (*Le régime moderne*, t. 2, p. 36.)

IV

Après avoir constaté, par l'analyse des faits, que le principe de la séparation des pouvoirs n'autorise pas de pareils empiétements, il convient d'examiner si les textes eux-mêmes s'y prêtent davantage ; ces textes sont les suivants : Loi des 16-24 août 1790, article 13 : « Les fonctions judiciaires sont
« distinctes et demeurent séparées des fonctions administra-
« tives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, *troubler*
« de quelque manière que ce soit les fonctions des adminis-
« trateurs, ni citer devant eux les administrateurs pour rai-
« sons de leurs fonctions. »

Constitution de 1791, titre III, chapitre V et article 3 : « Les
« tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir
« législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ou citer devant
« eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Décret du 16 fructidor, an III : « Défenses itératives sont
« faites aux tribunaux, de connaître des actes administratifs,
« de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »

Pour être complet il faut rappeler les termes des articles 130 et 131 du Code pénal, que nous avons déjà cités, et qui interdisent l'ingérence administrative dans le domaine de l'autorité judiciaire.

Voilà, on en conviendra, des dispositions bien vagues pour qu'on ait pu en tirer les graves et nombreuses conséquences que nous venons d'exposer. Elles s'y prêtent d'autant moins qu'elles ont eu certainement et visiblement un objet tout différent. Il s'agissait de mettre obstacle à un abus de la pratique parlementaire, qui n'a plus aujourd'hui que la valeur d'un souvenir historique. On sait que les Parlements émettaient

la prétention de s'ingérer directement dans les actes de l'administration active, de troubler les administrateurs, de citer les intendants et gouverneurs royaux à leur barre, d'édicter des règlements généraux, etc. Voilà ce que ces lois, auxquelles il faut ajouter l'article 4 du Code civil, ont voulu prohiber à l'avenir.

Mais est-ce à dire que lorsque l'État, agissant en qualité de personne morale, passera des actes, ou contractera des obligations d'une nature quelconque, qui l'engageront comme un simple particulier pourrait l'être, il ne sera pas soumis de même à la juridiction de droit commun ? il faut vraiment faire violence au sens de ces textes pour leur donner une signification pareille. Pendant longtemps, d'ailleurs, personne ne s'en était avisé, et nous savons qu'aujourd'hui encore nombre d'auteurs prennent pour base de la distinction des compétences la qualité en laquelle l'État et les autres personnes administratives ont agi, opposant les actes d'autorité aux actes de gestion ¹.

D'où serait donc venue, après plus d'un demi-siècle, la lumière qui aurait permis de trouver, recelé en germe dans le principe de la séparation des pouvoirs, tout ce que, jusqu'alors, on n'y avait pas découvert ? Comment ces mêmes principes, qui, jusqu'en février 1908, n'avaient point permis d'appliquer le droit commun à la responsabilité des départements et des communes, le permettront-ils à l'avenir ² ?

Enfin où s'arrêteront les découvertes que l'on fera dans cette mine inépuisable du principe de la séparation des pouvoirs, et qui permettront au pouvoir central, comme il ad-

1. Voir *supra*, p. 109 et suiv,

2. Voir *infra*, arrêt Feutry.

vint sous le Directoire ¹, de tout englober et d'absorber le pouvoir judiciaire lui-même.

Il faudrait tout au moins qu'une discrimination définitive fût faite entre ce qui doit appartenir de la juridiction administrative et ce qui doit ressortir aux tribunaux ordinaires ; qui donc en décidera ? Le tribunal des conflits ? Mais ne dépasserait-il pas visiblement sa mission ? Ici la matière est trop grave pour être du ressort d'un tribunal, quelque élevé soit-il ; il ne saurait par voie jurisprudentielle régler, d'une façon souveraine et définitive, l'ordre des juridictions. C'est cependant, il faut bien le dire, l'aboutissement de sa jurisprudence, par le caractère qu'elle revêt, en fait, auprès de toutes les autres juridictions. Elle a ainsi, tout en ne décidant que sur des espèces particulières, une sorte de caractère général et réglementaire. Nous avons montré les conséquences de cet état de choses, d'une exceptionnelle gravité, au point de vue de l'ordre des juridictions, des principes essentiels du droit individuel ou constitutionnel. Nous croyons qu'il y a là plus qu'une œuvre judiciaire, et les partisans de l'extension de la compétence administrative le reconnaissent, en disant que cette jurisprudence crée un droit nouveau, un droit prétorien.

Il faut aller plus loin : Non seulement le principe de la séparation des pouvoirs n'autorise pas de tels empiétements, mais il les condamne, puisque, d'une part, l'existence d'une juridiction administrative, pénétrée de l'esprit de l'administration et en dépendant, est, en effet, l'ingérence la plus manifeste du pouvoir exécutif dans les attributions judiciaires ; puisque, d'autre part, ces empiétements ont pour con-

1. Dall., Rép., v° *Conflit*, n° 51, et v° *Conseil d'État*, n° 5.

séquences de distraire de leurs juges naturels les particuliers qui ont traité avec l'État, ce qui est interdit par l'article 17 de cette même loi de 1790, au nom du même principe de la séparation des pouvoirs. Ce texte défend « que l'ordre constitutionnel des juridictions soit troublé, et que les justiciables soient détournés de leurs juges naturels. » La même conclusion découle des termes des articles 6 et 9 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits : ils prescrivent au préfet de reproduire, soit dans son déclinatorioire, soit dans son arrêté de conflit, les *textes de la loi*, sur lesquels il s'appuie pour soutenir l'incompétence des juges ordinaires, ce qui implique bien qu'il ne suffit pas que l'administration soit intéressée au litige pour donner compétence à ces tribunaux spéciaux. Et pour satisfaire à l'esprit de ces dispositions, il ne suffira pas davantage au préfet de citer, d'une manière vague et générale, les lois ci-dessus transcrites sur la séparation des pouvoirs ; l'ordonnance a voulu dire, en effet, que les juges ordinaires ne pourraient être dessaisis que si une loi précise investissait expressément la juridiction exceptionnelle que sont les tribunaux administratifs. C'est donc une telle loi, justifiant l'arrêté de conflit, qui devra figurer dans son texte.

Enfin le législateur a si peu prévu la juridiction administrative, pour les litiges dont nous nous occupons, qu'elle ne l'a pas organisée. Quel sera en effet le juge administratif de droit commun ? Le Conseil d'État. Sa jurisprudence en a, en effet, décidé ainsi. Mais alors quel échec, et, on ne saurait trop le répéter, *sans autorisation légale*, aux principes élémentaires de la procédure et aux garanties des justiciables ! Une seule juridiction, devant laquelle ils seront cités, quelle que soit l'affaire, quel que soit le domicile ; sans appel possible ; sans pourvoi en cassation ! Et pourtant il s'agit là d'un

débat ordinaire, pour un dommage, pour l'exécution d'un contrat, ou autre litige de droit commun.

Ce n'est pas tout encore : si les textes sur la séparation des pouvoirs suffisent à nantir la juridiction administrative lorsque l'administration est intéressée dans une affaire, il en sera ainsi dans tous les cas. Le principe étant intangible, d'ordre public, le législateur aura été le premier à le respecter ! Or il n'en est rien, et l'on sait que, dans un très grand nombre de cas, des lois spéciales attribuent compétence aux tribunaux judiciaires, pour connaître d'affaires dans lesquelles l'État est intéressé au premier chef, comme en matières de douanes, de contributions indirectes, d'enregistrement, d'élections consulaires, etc.¹.

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est donc pas la raison d'être de la juridiction administrative, il ne l'explique, ni ne la justifie. Aussi bien est-ce ailleurs qu'il faut en chercher l'origine et l'esprit. Nous les trouvons dans cet ensemble de mesures par lesquelles Napoléon I^{er} voulut écarter tout obstacle à son pouvoir suprême, même celui des lois et de la justice.

A cette inspiration se rattache l'article 10 du Code d'instruction criminelle dont il exigea l'insertion dans nos lois pénales, pour en disposer à son gré, comme de toutes choses.

De même la loi du 11 juin 1806, qui est précisément celle

1. Voir loi du 1^{er} germinal an XIII, art. 29, rendant l'État responsable en cas de saisies illégales ; loi du 22 août 1791 en matières de douanes, titre 2, art. 1^{er} et 13, et titre 13, art. 19, et 14 fructidor an III, art. 10 ; loi sur les postes et télégraphes du 1^{er} juin 1859, art. 3, et celle du 26 janvier 1873, art. 10, déclarant l'État responsable en cas de pertes de valeurs déclarées ; loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ; loi du 15 juillet 1845, art. 22, sur les chemins de fer de l'État ; lois du 3 juillet 1877 et du 25 mars 1870 sur les réquisitions militaires.

qui réorganise le Conseil d'État : les articles 13 et 14 font voir nettement la raison d'être de la création nouvelle, et point n'est besoin d'en chercher ailleurs les origines ; voici les textes eux-mêmes :

Art. 13. — « Notre Conseil d'État continuera d'exercer les fonctions qui lui sont attribuées par les constitutions de l'Empire et par nos décrets. »

Art. 14. — « 1° Il connaît en outre des affaires de haute police administrative, lorsqu'elles lui auront été renvoyées par nos ordres ; 2° *de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs, pour notre service personnel ou celui de nos maisons ; 3° des décisions de comptabilité nationale et du conseil des prises.* »

Ainsi la justice ordinaire suivra normalement son cours ; mais il ne faut pas cependant qu'elle constitue un obstacle à la volonté du souverain et à ses desseins. Quoique dévouée, elle pourrait être hésitante, son action dans tous les cas trop lente, pas assez dans la main. En pareil cas, on lui substituera, pour les mesures de police et de répression, l'action directe des préfets, qui auront pour cela tous les pouvoirs du ministère public, et du juge d'instruction. Quant aux affaires civiles, les juges sont liés par des règles étroites ; ils ont des lois écrites qu'ils ne peuvent violer dans leurs jugements ; ce sont de véritables obstacles dont ils pourraient arguer, et l'Empereur l'entend bien ainsi, lorsqu'il n'est pas en cause, mais non, pour les affaires qui l'intéressent ; dans celles-ci il ne saurait admettre d'autre solution que celle qu'il désire et qu'il exige. Sans doute, les conseils administratifs prépareront par ordre la décision, mais cette garan-

tie même ne serait pas suffisante ; aussi elle ne sera de leur part qu'un « avis » et, c'est le gouvernement lui-même qui statuera. Qu'un conseil de préfecture mal dressé ne s'avise pas d'avoir des scrupules ou de mal interpréter la volonté souveraine ; s'il le fait, il sera mandé tout entier, par décret, devant le ministre, et sévèrement réprimandé ¹.

Tel est l'esprit de l'institution, et les textes qui la fondent ; textes compromettants, il faut le reconnaître, lorsqu'on prétend maintenir, sous un régime de liberté, les principes qu'ils inaugurent. L'on comprend alors que l'on préfère s'en tenir à une vague invocation des lois sur la séparation des pouvoirs. C'est ce que l'on a fait jusqu'ici ; car les partisans de la juridiction administrative n'ont guère rappelé les textes, que nous venons de citer soit dans le passé, soit dans le présent. Et, cependant, il faut bien reconnaître que c'est d'eux seuls que s'inspirent et peuvent s'inspirer l'administration et la juridiction administrative, pour établir leur droit à côté du droit, et cette jurisprudence qui, peu à peu, par étape, « *quasi per incrementum latens* » ², se substitue aux principes libéraux de la véritable législation et du droit public moderne.

V

Demandons-nous maintenant si tout au moins la juridic-

1. Achille Morin. *Discipline judiciaire*, t. I, page 24.

2. Rapport Batbie, sur la loi du 24 mai 1872. D. 72.4.88. On peut même dire que l'objectif et le programme impérial ont été dépassés de nos jours. Le décret-loi de 1806 maintenait la compétence des tribunaux ordinaires dans les litiges concernant les départements, les communes, les établissements publics, ce qui prouve, entre parenthèses, que l'Empereur ne réservait au Conseil d'État que les litiges qui avaient un intérêt directement gouvernemental. On a vu que la jurisprudence tend à modifier de plus en plus cette règle.

tion administrative s'impose par quelque évidente nécessité pratique.

A cet égard deux points de vue sont à considérer :

1° Celui de l'administration ; 2° celui du justiciable.

1° Au point de vue administratif, il est bon, dit-on, il est moral qu'une autorité se rencontre ayant sur les actes de l'administration une mission de contrôle, et de censure avec, pour sanction, le pouvoir de les annuler s'il y a lieu. Et comme ce pouvoir implique la suprématie de celui qui censure sur celui qui est censuré, l'administration qui ne saurait accepter, vis-à-vis d'une autorité étrangère, une attitude de subordination, peut, au contraire, consentir à se soumettre à son contrôle intérieur. On conçoit donc, — et c'est là une idée ingénieuse et féconde, — qu'une sorte de tribunal issu de son propre milieu, représentant la conscience administrative, lui permette de réaliser cette œuvre de haute probité, de haute moralité personnelle.

Tel est assurément le point de vue sous lequel se justifie le mieux la juridiction administrative. Cependant deux objections se présentent immédiatement. Cette défense valable pour les actes d'autorité, attaqués en annulation pour excès de pouvoir, n'a aucune valeur pour le contentieux de la pleine juridiction, c'est-à-dire pour les litiges soulevés entre l'administration et toute autre personnalité morale ou individuelle, à l'occasion d'actes de gestion ; il ne saurait, en effet, s'agir, dans ce dernier cas, pour l'administration, de juger ses propres actes à un point de vue en quelque sorte abstrait, mais de rendre justice à autrui, dans un litige qui ne diffère en rien des procès de droit commun, et dans lequel elle est partie en cause. Confondre ces deux contentieux, conclure de la compétence pour l'un à la compétence pour l'au-

tre, c'est confondre le droit public et le droit privé, erreur inexplicable, surtout de la part de la doctrine qui s'est toujours attachée à distinguer soigneusement les deux domaines. Et c'est pourquoi, ainsi que nous l'avons déjà observé, l'absorption du contentieux de gestion, qui n'a aucun rapport avec le précédent, par la jurisprudence du Conseil d'État, a soulevé les vives résistances que Merlin inaugurerait en ces termes : « Ce sont là des idées nouvelles, parlons plus juste, des idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues et révoltent le bon sens ¹. »

En second lieu cette théorie devrait exclure, au moins dans la mise en mouvement de l'organe judiciaire administratif, toute ingérence étrangère. Il semble que l'administration ne puisse agir ici, pour l'appréciation de ses actes, que *motu proprio*, ou tout au plus sur la *sollicitation* des intéressés. Tel était en effet le mode de procéder de l'ancien Conseil d'État, conseil du prince, statuant sous son autorité, véritablement supérieur aux personnes ou agents administratifs, quels qu'ils fussent ; il contrôlait leurs actes et les signalait, lorsqu'ils étaient excessifs, au roi ou à l'empereur qui en prononçait l'annulation. C'était un « moyen de gouvernement, dit M. Jacquelin ², une sorte de droit de pétition, soupape de sûreté toujours ouverte », permettant au chef de l'État d'avoir conscience de ses responsabilités.

1. Merlin, v^o. *Pouvoir judiciaire*, 103.

2. Jacquelin. *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 257-258. De nos jours auprès de chaque ministère il existe des conseils ou commissions spéciales dont les ministres peuvent ou doivent prendre les avis on pourrait concevoir l'intervention au même titre consultatif, auprès du pouvoir exécutif, des hauts fonctionnaires qui constituent aujourd'hui la partie du Conseil d'État dite en service extraordinaire.

On pourrait encore concevoir ainsi aujourd'hui le rôle du Conseil d'État, pense le même auteur, comme corps délibérant et donnant son avis sur le recours hiérarchique présenté au chef de l'État ¹.

Mais la loi du 24 mai 1872 ne l'a pas ainsi entendu ; elle a fait du recours pour excès de pouvoir une véritable voie contentieuse (article 9) et a, par suite, créé cette triple anomalie : une *juridiction* annulant des actes de l'autorité publique, contrairement au principe de la séparation des pouvoirs ; les annulant à la requête d'un simple particulier ; et rendant cependant, sur le litige institué, une décision dont la portée ne sera point limitée à ce litige, mais sera générale, *erga omnes*, puisque l'acte administratif, ainsi définitivement annulé, est destitué de toute espèce d'effet.

On fait valoir encore en faveur du contentieux administratif, l'importance qu'il y a à réserver à une juridiction, à la fois équitable et bienveillante, le jugement des erreurs administratives et la responsabilité des fonctionnaires, tout au moins dans la mesure où leur faute ne revêt point ce caractère inexcusable qui la rend étrangère à l'acte de la fonction ; l'administration serait-elle possible, si on la laissait, elle et ses agents, exposés à toutes les tracasseries de la malveillance, à tous les procès qu'un intérêt privé aveugle ou de mauvaise foi, pourrait lui susciter ? C'est dans cet esprit qu'avait été édicté l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, organisant la garantie des fonctionnaires, garantie que la jurisprudence du tribunal des conflits a su maintenir ou plutôt rétablir ² nonobstant le décret du 19 septembre 1870, qui l'avait formellement abolie.

1. Jacquelin, *op. cit.*

2. Conflits, 26 juillet 1873 (Pelletier).

Remarquons d'abord, qu'en fait, ces appréhensions n'ont guère été justifiées. Jusqu'à ces derniers temps, et jusqu'à l'arrêt du tribunal des conflits du 29 février 1908, les responsabilités encourues par les départements, les communes et par leurs préposés ont relevé de la juridiction des tribunaux ordinaires. Il en est de même des grands services publics remis en monopoles à des entreprises privées, qui en relèvent encore ; jamais cet état de choses n'a donné lieu aux abus redoutés. Ce n'est pas, en effet, de gaieté de cœur que l'on entreprend un procès quelconque, surtout si l'on doit avoir pour adversaire de hautes et puissantes personnalités. Mais l'objection, en elle-même, ne résiste pas davantage à l'examen : Ce qu'on dénie, en effet, à l'individu lésé, ce n'est point le droit de s'adresser à la justice, pour obtenir la réparation du dommage, mais bien le droit de s'adresser à la justice de droit commun. Il n'y a donc pas, en réalité, obstacle aux poursuites qui pourraient être inspirées par le caprice et l'esprit de chicane. Serait-ce donc que l'on considère que l'abord de la justice administrative sera plus difficile au plaideur mal intentionné ? Mais alors, que l'on y prenne garde ! car la même difficulté s'opposera aux réclamations les plus légitimes et les plus dignes d'intérêt. Or, qui hésiterait entre ces deux alternatives : exposer l'administration et ses préposés aux inconvénients de très rares poursuites téméraires, ou contraindre de nombreux justiciables à sacrifier leur droit, en raison des difficultés qui s'interposeraient entre eux et la juridiction qu'ils devraient saisir. Suspecterait-on les tribunaux ordinaires de partialité contre l'administration ? Où sont les motifs de cette suspicion, et a-t-on pu constater cette partialité dans les causes où le domaine de l'État et ses régies diverses sont intéressés, ou encore dans les causes des

départements, des communes, des établissements publics? Personne ne l'a jamais soutenu. Ces objections écartées, il faut bien reconnaître qu'il n'y a peut-être d'autre raison pour expliquer, en ces matières, l'intervention de la juridiction administrative, que celle donnée par un auteur que nous avons déjà cité : « la préoccupation de soustraire à la justice ordinaire toute une masse de litiges fâcheux pour l'administration ¹ ».

2° Après le point de vue de l'autorité publique, voyons celui du justiciable. Nous avons à nous demander tout à l'heure si le but poursuivi ne serait pas de rendre difficiles les procès contre l'administration : voulues ou non, les difficultés ne sont que trop réelles ; il est temps, pour les constater, de rendre la parole au justiciable que nous avons, au début de ce chapitre, laissé sur le point d'aborder la juridiction administrative.

« Il faut être mêlé aux choses de la justice, écrit un économiste², ou avoir eu soi-même besoin de faire un procès à l'État (ou à une ville), c'est, au fond, la même chose, pour savoir combien est désastreuse et combien inférieure la situation du particulier obligé de faire un tel procès. Et d'abord il ne sait à quels juges s'adresser. Il peut sembler étrange qu'en France, plus de cent ans après la Révolution de 1789, un citoyen ne sache comment obtenir justice. Quoi donc ! n'avons-nous pas des juges, des tribunaux ? Oui, certes, nous

1. Jacquelin, *op. cit.*, 256. On peut citer comme exemples de procès de cette nature les actions dirigées, après 1830, contre l'État qui, par une loi du 8 avril 1834, s'était chargé des dettes de l'ancienne liste civile de Charles X. (V. Mestre. *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, p. 65.)

2. Article de M. Hubert Valleroux dans *l'Économiste français*, 4 février 1905.

en avons un grand nombre, le malheur est que nous en avons de plusieurs espèces. Pour un procès contre un particulier, pas d'hésitation, mais si on a affaire à l'État, à une municipalité, on se trouve en présence de deux juridictions, la civile et l'administrative. Laquelle est compétente ? Il est, en bien des cas, si difficile de le dire que même les gens compétents hésitent et se divisent... »

La chose n'est pas simple en effet : il faut, pour s'y reconnaître et s'y retrouver, de véritables techniciens, et ceux-ci en font l'aveu. L'ensemble du droit administratif, disent-ils, constitue une construction technique très intéressante pour le spécialiste, ayant le temps et la patience de l'étudier, mais qui est ignoré du public. La grande majorité des avocats eux-mêmes déclarent qu'ils n'y comprennent rien... « *il serait nécessaire de le débroussailler* ».

Supposons, cependant, que notre justiciable rencontre le technicien, l'avocat capable de l'éclairer, celui-ci pourra-t-il lui donner un conseil bien ferme, en présence de cette jurisprudence flottante, toujours en évolution, toujours en progrès ? Naguère, par exemple, se fût-il agi d'intenter un procès à l'État, pour dommages causés, par la faute de ses préposés ou employés, à un particulier, les tribunaux ordinaires eussent été compétents. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui depuis l'arrêt Blanco².

Hier encore, si le litige eût eu pour cause, un acte de gestion publique ou un dommage, le conseil eût posé les distinctions suivantes : si vous plaidez contre l'État, c'est la juridiction administrative qu'il faut saisir ; si vous plaidez contre

1. M. Hauriou, *op. cit.*, p. 21.

2. V. ci-dessus, p. 112.

un département, une commune, un établissement public, pas de doute non plus, ce sont les tribunaux ordinaires. Aujourd'hui, depuis l'arrêt du 29 février 1908¹, si vous plaidez contre un département vous ferez *probablement* bien de vous adresser aux tribunaux administratifs ; je dis *probablement*,

1. Affaire Feutry, D. 1908. 3. 49. — Dans la nuit du 2 au 3 septembre 1906, un sieur Baudry, aliéné dangereux, interné à l'asile de Clermont (Oise), ayant réussi, à l'aide de moyens rudimentaires, à s'évader, mit le feu à des meules de paille appartenant au sieur Feutry. Celui-ci intenta une action en réparation du préjudice à lui causé au département de l'Oise. Sur cette action, le tribunal civil de Clermont fit droit à la demande, par application de l'article 1383 du Code pénal. Le département porta l'affaire devant la Cour d'Amiens qui, sur le déclinatoire proposé par le préfet, se déclara compétente. Le préfet ayant alors élevé le conflit, le tribunal des conflits, après un premier arrêt de partage, trancha, sous la présidence de M. le Garde des Sceaux, le débat en faveur de la juridiction administrative, contrairement aux précédents antérieurs.

M. l'avocat général Tissier fit remarquer qu'il était peu logique d'appliquer des règles de compétence différentes à des personnalités juridiques en définitive de même ordre, l'État d'une part, le département ou la commune de l'autre. Ce défaut apparent de logique s'explique historiquement par l'esprit qui présida à la réorganisation du Conseil d'État et à la rédaction des articles 13 et 14, transcrits ci-dessus, de la loi du 11 juin 1806. Ce que l'Empereur voulait, c'est que les grands intérêts politiques administratifs et financiers de l'État ne fussent soumis qu'aux tribunaux de son choix. Ce résultat obtenu, il lui importait peu que les intérêts départementaux et communaux demeurassent soumis à la justice ordinaire. — La compétence administrative arrêtera-t-elle là ses progrès ? N'est-il pas vraisemblable, au contraire, qu'en vertu du même principe de logique, elle s'étendra aux litiges concernant les communes ? Il est vrai qu'elle rencontrera ici un obstacle matériel, dans l'insuffisance des seules sections du contentieux du Conseil d'État, pour trancher les innombrables procès de cette espèce qui concernent les communes. Signalons toutefois un pas fait dans ce sens, non par le tribunal des conflits, mais par un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, qui se faisant initiatrice, a décliné sa compétence dans une affaire identique à l'affaire Feutry, mais mettant en jeu la responsabilité de la commune de Toulouse. Cet arrêt est du 21 juillet 1909. La Cour de Toulouse n'a d'ailleurs pas encore été suivie par les autres Cours. Celle de Paris a, sans difficulté, condamné la commune à réparer les dommages causés à des particuliers par des faits de grève.

car la règle n'est pas encore bien sûre, la Cour de cassation n'ayant pas eu l'occasion de changer toute sa jurisprudence antérieure, et on ne saurait dire si elle ne la maintiendra pas ? Que si vous êtes en différend avec une commune ou un établissement public, et que vous préféreriez porter le débat devant les tribunaux judiciaires, hâtez-vous ; vous le pouvez aujourd'hui encore ; mais demain, il sera peut-être trop tard ; qui sait même si la règle de compétence ne changera pas à propos de l'action que vous allez intenter¹ ?

Enfin, comme si ces complications n'étaient point suffisantes, le législateur lui-même a pris soin de les augmenter, en édictant des lois spéciales, très nombreuses, qui dérogent à la compétence normale de l'une et de l'autre juridiction².

Ce n'est pas tout : la compétence des tribunaux administratifs reconnue, quel sera entre ces tribunaux celui que le justiciable devra saisir ? Quel est le juge de droit commun ? Ah ! ici, il faut le reconnaître, les progrès de la jurisprudence prétorienne ont supprimé la difficulté. Elle a écarté le ministre comme juge de droit commun, et a conféré ce titre au Conseil d'État. Singulière anomalie, dira-t-on, et que nous avons déjà relevée, d'une juridiction à la fois juge du premier degré, d'appel et de cassation ; anomalie d'autant plus grande que le Conseil d'État, non seulement détermine l'objet de sa compétence, mais qu'il a créé cette compétence

1. Voir la fin de la note à la page précédente.

2. Ainsi les ventes du domaine privé de l'État sont réservées à l'autorité administrative et tout le contentieux des biens nationaux est réservé aux conseils de préfecture depuis l'an VIII. Aussi la loi du 28 pluviôse an VIII attribue aux conseils de préfecture tous les litiges relatifs aux travaux publics, même des départements et des communes. L'article 621 du Code de commerce attribue aux cours d'appel le contentieux des élections des tribunaux de commerce.

elle-même. Il paraît bien certain en effet que le législateur de 1872 n'avait songé à faire du Conseil d'État qu'une juridiction d'appel ou de cassation. En plusieurs endroits de son rapport sur cette loi, le rapporteur, M. Batbie, s'en exprime sans soulever de contradiction. S'il parle des conseils de préfecture il les appelle juridiction de premier degré, et se demande à quels juges leurs décisions seront déférées, il écarte les cours d'appel par une raison d'harmonie, et, constatant que le Conseil d'État « n'est qu'une juridiction d'appel », il estime qu'il faut lui soumettre l'appréciation des décisions de première instance ¹.

Il semble donc bien que, dans cette circonstance, le Conseil d'État ait interprété la loi de 1872, dans le sens extensif de sa compétence.

Tout au moins le justiciable va-t-il rencontrer, devant la juridiction administrative, les garanties d'une justice meilleure, des juges plus éclairés et plus indépendants, des solutions plus promptes? examinons ces diverses questions :

La première qualité du juge est de n'être inspiré, pour ou contre les parties litigantes, par aucune prévention, même involontaire. Il faut que sa liberté d'esprit soit complète et non influencée, même à son insu, ni par son milieu, ni par

1. Rapport sur l'article 9 du projet. On sait que le conseil de préfecture n'est qu'une juridiction d'attribution, c'est-à-dire que les objets de sa compétence sont déterminés limitativement, soit par la loi organique du 28 pluviôse an VIII, soit par un très grand nombre de lois postérieures, et qu'en dehors d'un texte formel, il est incompétent. Si donc le Conseil d'État était resté seulement juridiction d'appel ou de cassation, comme semblait l'entendre le législateur de 1872, il est clair qu'il n'aurait pu étendre sa compétence au delà des limites tracées à la juridiction du premier degré. Il y a lieu de croire que ce législateur, en donnant à l'institution une forme précise et un objet déterminé, avait voulu lui enlever l'élasticité qui permet à la justice retenue, qu'avait été en définitive le Conseil d'État jusqu'alors, d'avoir devant elle un champ d'action par trop illimité.

des habitudes professionnelles, ni par un lien quelconque qui le rattacherait à l'une d'elles.

Or les origines historiques du Conseil d'État, son recrutement et le mode de constitution des sections du contentieux viennent contredire cette notion. Les origines historiques... il suffit de rappeler le décret de 1806, qui eut manifestement en vue de subordonner les intérêts particuliers aux intérêts généraux du gouvernement, en qui seul se personnifiait l'État ; ses membres sont d'anciens fonctionnaires sortis de l'administration active, et appelés à y rentrer, anciens préfets, anciens chefs de service des ministères. Les maîtres des requêtes sont pris souvent parmi les secrétaires généraux des préfectures. Tous les trois ans, les sections du contentieux renouvellent leur personnel, par voie de roulement, avec les sections délibérantes, par conséquent mêlées à l'administration active. L'assemblée publique, statuant au contentieux, elle-même se compose normalement, outre de la section permanente du contentieux, de huit conseillers en service ordinaire, choisis à raison de deux dans chacune des autres sections administratives.

Sans doute la loi de 1872, a évité un écueil qui aurait pu se présenter ; il eût été possible que certains conseillers fussent appelés à statuer comme juges, dans des affaires dont ils auraient connu comme membres des sections délibérantes. Pour obvier à cet inconvénient l'article 20 décide que les membres du Conseil ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération. Mais l'inconvénient n'est pas évité lorsque la décision attaquée a été préparée par l'assemblée générale, composée *de tous les membres* du Conseil. Ce

qui peut l'être moins encore, c'est que les juges ne soient pénétrés de l'esprit de l'administration active dont ils ont fait partie, et dont ils ne sont que plus ou moins temporairement séparés.

Enfin la justice administrative, si elle évite les difficultés d'un Code de procédure un peu compliqué, elle n'en évite pas les lenteurs, sans présenter pour les justiciables les garanties qui sont la rançon de ces difficultés. Elle n'offre pas surtout la garantie, reconnue indispensable pour la justice ordinaire, et qui le serait d'autant plus ici que la juridiction est étroitement liée à l'une des parties, nous voulons dire l'immovibilité des juges. Non seulement le juge administratif dépend du pouvoir par la nomination, l'avancement et la possibilité d'une révocation, mais par l'arbitraire des nominations qui ne sont soumises à aucune condition d'aptitude ; bien plus, il appartient tout entier à l'administration dont il fait partie intégrante.

On ne saurait davantage proposer, en faveur de la juridiction administrative, cette raison spécieuse invoquée quelquefois, que cette magistrature a une préparation technique et, par suite, une compétence spéciale pour la nature de litiges qu'elle a à juger. Une telle observation peut avoir sa portée pour les tribunaux de commerce ; il existe en réalité des usages commerciaux dont juges et plaideurs sont pénétrés, et dont la justice consulaire peut faire une exacte et judicieuse application. On sait, d'ailleurs, que leurs décisions peuvent être déférées aux cours d'appel, c'est-à-dire à la juridiction de droit commun. Mais alléguer des usages administratifs, n'est-ce point payer de mots, et produire une affirmation vague et dépourvue de toute réalité objective ? Le particulier qui a procès avec une branche quelconque de

l'administration, ne connaît, lui, que la loi qu'il invoque et de laquelle seule il peut se réclamer. On n'a pas à lui opposer de prétendus usages administratifs, qui ne sauraient lui être communs avec son adversaire; la loi seule est, pour eux, la mesure commune, dont le juge lui-même ne saurait s'écarter. Ce juge n'a donc, à cet égard, aucune supériorité sur celui de droit commun qui, lui aussi, a, tous les jours, à appliquer des lois spéciales, en dehors des codes qui constituent le fond de notre législation. Celui-ci même les appliquera, assurément, avec plus de rigueur et d'exactitude par l'habitude qu'il en a, que l'administrateur qui, peu de temps auparavant, se préoccupait, avant tout, d'un but administratif ou politique proposé à son zèle et à sa diligence.

Que dirons-nous au surplus des conseils de préfecture. Les critiques contre les vices de leur organisation et de leur recrutement, l'insuffisance du personnel sont trop connus pour que nous ayons à les rééditer¹. Ce n'est donc point ni de leur institution, ni de leur œuvre que pourrait apparaître la nécessité d'une juridiction administrative.

Il semble bien que l'on soit à peu près d'accord sur ces divers points; mais, dit-on, une réforme est possible qui, supprimant les défauts, laisserait les avantages d'un organisme indispensable. Indispensable..., nous avons essayé de démontrer que la nécessité ne s'en imposait, ni pour l'État, ni pour le justiciable; nous examinerons ci-après, par l'étude de la législation comparée, si elle a paru s'imposer davantage chez les autres peuples. Mais voyons d'abord quelles

1. V. M. Berthélemy, *op. cit.*, p. 906. Un projet de réorganisation des conseils de préfecture a été déposé à la Chambre des députés le 27 octobre 1896 par M. Barthou. Ce projet exclut le préfet de la présidence du Conseil statuant au contentieux. Voir aussi Batbie; rapport sur la loi du 31 mai 1872. D. 72.4.99, 2^e colonne, § 4.

pourraient être ces réformes, et quelles en seraient les conséquences.

Ces réformes n'iraient à rien moins qu'à créer toute une organisation judiciaire nouvelle, à côté de l'ancienne. D'abord les conseils de préfecture seraient érigés en tribunaux de première instance, ce qui impliquerait l'établissement des juridictions d'appel et d'une cour de cassation. La procédure du référé serait instituée, procédure délicate, dangereuse entre toutes, exigeant la pratique journalière et sagace, l'indépendance du magistrat et sa présence à portée, sous la main du justiciable ; car le pouvoir du juge des référés est à bien des égards discrétionnaire ; c'est à peine si quelques règles très générales lui sont tracées par le Code de procédure (art. 836 et suivants)¹. Vraisemblablement aussi, car ce serait une suite nécessaire, on organiserait la postulation et la plaidoirie, en un mot, tout un Code de procédure adapté à la juridiction administrative².

Enfin, du haut en bas de l'échelle, les juges devraient être inamovibles. C'est, en effet, l'un des privilèges que l'on réclame, avec le plus de raison, pour la nouvelle juridiction

1. M. Garsonnet (*Traité de la procédure civile*, t. VIII, n° 2985), apprécie ainsi la question : Les six articles que le Code de procédure consacre aux ordonnances de référé, ne donnent aucune idée de l'intérêt théorique et pratique de cette matière. On ne croirait pas, à les lire, être en présence d'une juridiction considérable... et d'une des principales attributions des présidents.

2. La Commission d'administration générale de la Chambre est saisie d'un rapport en ce sens. A la fin du mois de janvier 1909, elle a adopté les quinze premiers articles d'un projet enlevant au conseil de préfecture le pouvoir juridictionnel, et créant des tribunaux administratifs. Chacun d'eux n'aurait qu'un juge ; ce serait donc l'institution du juge unique dans le contentieux administratif. M. Bonnevey, président de la commission, a soulevé la question de l'inamovibilité, et finalement proposé un amendement auquel la commission s'est ralliée : la révocation, la rétrogradation et la mise en disponibilité des membres de la magistrature nouvelle ne pourraient être prononcées que sur avis conforme du conseil supérieur de la magistrature administrative.

administrative. Cependant, tout le monde n'est pas d'accord là-dessus, et d'éminents jurisconsultes font une observation qui, à un certain point de vue, peut paraître judicieuse. A quoi servirait, disent-ils, de soustraire l'administration au contrôle des corps judiciaires, si on les soumettait à celui de corps administratifs inamovibles, et, par conséquent, indépendants¹? Ces auteurs ont-ils bien réfléchi que les tribunaux ne peuvent remplir que deux rôles, ou celui de juges du pouvoir dans ses litiges, ou celui de serviteurs et d'instruments. Or, il ne saurait entrer dans la pensée de personne d'admettre cette seconde hypothèse.

Hâtons-nous de dire que cette considération n'a prévalu ni dans la doctrine, ni dans les projets de loi.

Ainsi, un rouage nouveau, une complication nouvelle seraient établis dans notre organisation administrative, déjà si compliquée! La juridiction n'y figurerait plus à titre exceptionnel, accessoire; elle y serait fortement, puissamment constituée. Ce ne serait plus un échec inavoué au principe de la séparation des pouvoirs, c'en serait la suppression pure et simple.

Mais tout au moins cet organisme ainsi créé, cette confusion des pouvoirs acceptée, les nouveaux tribunaux administratifs vont-ils justifier leur raison d'être à quelque autre point de vue? Les affaires qui leur seront soumises présenteront sans doute un caractère spécial tel, qu'elles exigeront l'intervention d'autres magistrats que les magistrats ordinaires? Pas le moins du monde.

Et d'abord, devenus en quelque sorte juridiction ordinaire, indépendants du pouvoir, le contentieux de l'annulation ne saurait plus leur être attribué; et voulût-on le leur attribuer,

1. M. Ducrocq, 7^e éd., art. 2, p. 74, n^o 454.

il faut bien convenir qu'il n'y aurait là qu'un élément d'activité très insuffisant, et disproportionné avec l'importance de l'organe. Cette nature de contestations écartée, on n'en peut entrevoir d'autres que des litiges de droit commun : questions de responsabilité, comme dans les affaires Blanco et Feutry ; questions de liberté individuelle, de domicile, de propriété, comme à l'occasion des décrets du 29 mars 1880 ; enfin procès à propos d'obligations nées de contrats, ou de quasi-contrats, ceux-là mêmes que pendant longtemps le Conseil d'Etat laissait à la décision des tribunaux ordinaires. Et tous ces litiges, ils les jugeront dans les conditions et suivant les principes appliqués par les juges de droit commun, il n'y aura que cette différence, si c'en est une, que l'un des plaideurs sera l'État ou une autre personne administrative.

Pardon, nous dira-t-on : que les tribunaux administratifs réformés aient à trancher ces litiges dans les mêmes conditions, c'est possible ; mais par les mêmes principes, nous ne saurions l'admettre. Vous oubliez que le Conseil d'Etat est moins juge de droit que juge d'équité ; que s'il condamne l'État à réparer des dommages, à respecter des contrats, c'est moins pour consacrer les règles du droit écrit, qui ne sauraient lier la puissance publique, que parce que cela est juste et qu'elle *veut* être équitable.

Ainsi à côté de tribunaux jugeant suivant la loi, il y en aurait d'autres jugeant arbitrairement, sans aucune règle préexistante, et sans autre guide que la conscience individuelle ; les précautions, les limites légales, jugées nécessaires pour les uns, ne le seraient pas pour les autres ! Une telle proposition, établissant l'arbitraire et l'inégalité devant la loi, même en matière de préjudice causé, est-elle discutable ?

Ne faut-il pas dire, au contraire, que ce qui est de justice s'impose à tous, et qu'il ne messied à aucune personnalité, si haute soit-elle, de s'y soumettre ?

Mais quoi ! suivra-t-on la même théorie pour les autres sources d'obligations, et si l'État ou toute autre personne administrative ne tient pas les engagements contractés, les nouveaux tribunaux administratifs refuseront-ils d'appliquer les textes du Code civil, et entre autres, les articles 1134 et 1184. Faudra-t-il encore ici que le justiciable n'attende satisfaction que de la simple équité administrative ? Une telle pratique ne serait autorisée par rien. Elle serait la négation même du droit, non seulement du droit écrit, *scripta lex*, mais encore du droit naturel, *non scripta sed innata*. Aucune législation européenne n'accepterait aujourd'hui de pareilles maximes, dont le seul énoncé arrachait à Merlin l'exclamation ci-dessus reproduite : « De telles idées révoltent le bon sens ! »

Ainsi donc il faut bien reconnaître qu'en devenant indépendante et rationnellement organisée, la juridiction administrative perdrait, ainsi que l'affirme une doctrine que nous avons rappelée, toute espèce de raisons d'être. Elle ne répondrait, pas plus à sa conception ancienne, qu'à une conception plus moderne. Suspecte à son tour à l'autorité à laquelle elle échapperait, elle ne s'expliquerait à aucun point de vue, et la réforme proposée, loin de lui donner une vie nouvelle, n'en ferait qu'une inutile et dangereuse superfétation ¹.

1. Toute une école moderne réagit contre la théorie féodale d'une administration souveraine et au-dessus des lois. Cette école va même jusqu'à revendiquer « la responsabilité pénale des personnes morales ». Voir l'ouvrage de M. Mestre, professeur à la Faculté de Toulouse : *Les personnes morales*

VI

Tout au moins les partisans de la juridiction administrative, soit dans sa forme actuelle, soit dans celle que l'on prétend lui donner, peuvent-ils se prévaloir de l'expérience d'autrui et des institutions des nations voisines ? Un rapide coup d'œil sur les principales législations étrangères, nous édifiera à cet égard :

Une division, pour ainsi dire devenue classique, partage les divers États de l'Europe et de l'Amérique, au point de vue de la juridiction administrative, en trois groupes différents¹ : 1° Ceux dans lesquels les pouvoirs judiciaires et administratifs sont confondus ; 2° ceux dans lesquels ils sont

et leur responsabilité pénale. Ailleurs le même auteur proclame que les tribunaux civils ou administratifs ne sauraient s'inspirer que de la loi et de la justice. (*De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, 1892, p. 89 et 98.) La doctrine moderne s'est pratiquement affirmée, dans un projet de loi présenté en juin 1905, par le sénateur M. Gourju à la Haute assemblée, projet tendant à déclarer l'État (et non plus seulement les communes) responsable civilement « des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte et par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées ». Consultées sur l'opportunité de ce projet, toutes les chambres de commerce y ont adhéré ; mais celle de Lille a motivé son avis par les très intéressantes considérations théoriques suivantes : « ... Les particuliers, victimes de dommages causés par des désordres collectifs, doivent toujours se trouver en présence d'un responsable et en obtenir réparation du préjudice qu'ils ont éprouvé. Or, qui peut être toujours responsable, si ce n'est l'État, c'est-à-dire la société constituée entre citoyens d'une même patrie, unissant leurs ressources pour se donner entre eux aide et protection, abandonnant leurs moyens de défense personnels, pour la confier au pouvoir central qu'ils ont constitué pour prendre leurs lieu et place ? »

1. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., t. I, p. 26 ; Dall., supp. au Répertoire, v^o *Compétence administrative*, n^o 5 ; Jacquelin, *op. cit.*, p. 38.

séparés, mais dans lesquels il n'existe pas de juridiction administrative; 3° ceux enfin dont l'organisation se rapproche plus ou moins de celle de la France.

Le premier groupe comprend l'Angleterre et les États-Unis. Dans ces deux pays, tout citoyen lésé par un acte du gouvernement, l'atteignant dans sa personne ou dans ses biens, peut en demander la réparation devant l'autorité judiciaire. Et comme la justice est la fin de toute société, un auteur a pu dire que l'autorité judiciaire y est « la fin de tous les pouvoirs ¹ ». La prépondérance du pouvoir judiciaire sur les autres y est la conséquence d'une telle conception de son rôle; non seulement les tribunaux peuvent méconnaître, refuser de sanctionner un acte administratif irrégulier, mais parfois même procéder vis-à-vis de l'administration par voie d'ordres, d'injonctions, de défenses. Dans les pays où la tradition historique n'a point établi, de toutes pièces, un tel ordre de choses, l'on considérerait avec raison que l'autorité judiciaire excéderait ses attributions en exerçant ainsi, comme le dit M. Laferrière, « des pouvoirs analogues à ceux d'un supérieur hiérarchique ».

La Belgique est le type des États de la deuxième catégorie; pas de juridiction administrative, et cependant, séparation rigoureuse et complète des pouvoirs exécutif et judiciaire, maintenue par la loi. Cela n'empêche pas les tribunaux de connaître de tous les litiges, quelle que soit leur nature et la qualité des personnes qu'ils intéressent. Même les décisions des conseils administratifs, tels que les conseils de révision, sont déférées aux cours d'appel et enfin à la Cour de cassation. Celle-ci est également juge des conflits qui peu-

1. M. Gustave de Beaumont. *L'Irlande*, t. I, p. 305.

vent s'élever entre les deux pouvoirs. Le principe de leur séparation y est, en effet, toujours respecté, en ce sens que les tribunaux n'ont pas le droit d'annuler les actes administratifs, mais ils les interprètent et peuvent se refuser d'en faire l'application, s'ils leur paraissent illégaux. L'article 107 de la constitution belge de 1831 leur donne expressément ce droit.

Au même type d'organisation, consacrant les mêmes principes, se rattachent les Pays-Bas, le Danemark, la Suède, la Norvège, la Grèce.

En Italie, la loi du 20 mars 1865 avait complètement supprimé la juridiction administrative, sans supprimer également certaines institutions qui en supposaient l'existence, tels que les conflits d'attribution, la garantie des fonctionnaires, etc. Aussi la juridiction administrative fut-elle rétablie en 1889-1890. Mais la nouvelle législation a laissé subsister, de celle de 1865, une importante disposition, celle de l'article 4 qui confère aux tribunaux judiciaires le droit de connaître de l'acte administratif, non pas pour l'annuler, mais pour en refuser l'application dans chaque espèce, s'il leur paraît illégal. Cet acte ne peut d'ailleurs être modifié en lui-même que par le recours à l'autorité hiérarchique dont il émane.

C'est dans des conditions analogues que la juridiction administrative, abolie en Espagne en 1868, y a été rétablie par un décret loi du 27 janvier 1875.

L'Allemagne, en publiant son code d'organisation judiciaire en 1877, a judicieusement maintenu la distinction entre l'État puissance publique, et l'État considéré comme fisc, c'est-à-dire simple particulier. Ainsi toutes les fois qu'il conclut des contrats, même administratifs, qu'il fait des actes juridiques nécessaires à l'administration, tels que marchés

de travaux publics, traités relatifs à ces dommages, marchés de fournitures ou qu'il s'agit de demandes de traitements et de pensions formés par les fonctionnaires fédéraux, le code d'organisation judiciaire allemand et la loi du 31 mars 1873 attribuent compétence aux tribunaux judiciaires.

Dans certains autres États, ainsi en Hongrie, la juridiction administrative n'est que partiellement organisée, pour les litiges basés sur des questions financières et de contributions publiques. Dans d'autres, cette organisation n'est également que limitée ou tout à fait spéciale. Nous ne saurions donc utilement pousser plus loin cet examen.

D'ailleurs l'exposé que nous venons de faire, nous paraît constituer une réponse suffisante à l'objection qu'une juridiction administrative est indispensable pour trancher tous les différends pouvant s'élever entre l'État ou les autres personnes administratives et les particuliers. Il en ressort en outre cette constatation, bien digne de remarque, que, dans les États fortement centralisés et à puissante organisation administrative, on a su, mieux qu'en France, respecter le droit individuel, et incliner, devant le même droit et la même justice, toutes les prétentions, quelles qu'en soient l'origine et la nature.

VII

Mais, dira-t-on enfin, et comme dernière objection, prétendez-vous soumettre à la juridiction ordinaire les actes d'autorité proprement dits, ces actes par lesquels les personnes administratives prévoient, décident, ordonnent en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi? Et si un simple particulier soutient que l'administration, dans cet exercice

de la souveraineté qui lui est partiellement dévolue, a excédé ses droits, prétendrez-vous faire les tribunaux de droit commun juges de cette question ? N'est-il pas évident que ce serait leur reconnaître le droit de contrôler les actes de l'administration, de les modifier, de les annuler, et ainsi de se mêler à l'administration active ? Ne faut-il pas reconnaître qu'ici, tout au moins, le principe de la séparation des pouvoirs serait gravement compromis, si même il n'était pas ouvertement violé.

Ainsi posée, l'objection peut paraître spécieuse ; cependant, il est facile de la résoudre :

Et d'abord est-il admissible qu'une *juridiction* quelconque puisse connaître des actes de la puissance publique, surtout si, comme tout le monde le déclare désirable, cette juridiction est organisée d'une façon indépendante. Il est évident que, devant une telle juridiction, la qualifiât-on d'administrative, l'objection se représenterait avec toute sa force.

La vérité est, ainsi que nous l'avons dit, avec M. Jacquelin, que si l'on conçoit un conseil administratif donnant son avis au chef suprême du pouvoir exécutif, Roi ou Empereur, pour lui permettre d'annuler en connaissance de cause, sur la supplication d'un particulier, un acte de l'autorité publique, l'on ne conçoit pas que ce même particulier obtienne cela d'un acte de juridiction. Aussi, fait observer le même auteur, le recours pour excès de pouvoir a suivi les destinées du Conseil d'État : largement ouvert et pleinement autorisé avec la Royauté et l'Empire, son domaine se restreint, ses conditions d'application deviennent plus difficiles dès que le Conseil d'État devient plus indépendant du gouvernement. C'est ainsi qu'il est incompétent aujourd'hui pour

connaître des actes de gouvernement, tandis qu'autrefois sa compétence n'eût fait aucune difficulté ¹.

Que devra donc faire le simple particulier, en présence d'un acte d'autorité illégal? Rien, évidemment, tant que cet acte ne sera pas entré dans la voie de la réalisation et n'aura, par conséquent, lésé aucun de ses intérêts. Mais une fois que cet acte aura reçu, dans la pratique, ses conséquences naturelles, qu'il se sera, en un mot, traduit par des faits de gestion attentatoires aux droits privés, ce sont ces faits eux-mêmes et leurs auteurs que le simple particulier pourra et devra déférer aux tribunaux ordinaires. Alors, de deux choses l'une : ou l'acte administratif sera reconnu légal et régulier, et les tribunaux auront à en faire l'application à la cause ; ou bien il sera entaché d'excès de pouvoir, et les tribunaux, tout en se gardant de l'annuler et de le critiquer, se contenteront de le méconnaître, et de s'abstenir d'en faire état dans le litige. Les tribunaux ordinaires ont-ils ce droit? Jusqu'ici il n'avait pas été contesté.

Sans doute, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent s'abstenir de prescrire, dans leurs jugements et arrêts, aucune mesure du ressort de l'administration active ou délibérante, car alors ils ne jugeraient pas, ils administreraient ; ils ne doivent pas davantage apprécier isolément du fond, une action qui contesterait la légalité d'un acte administratif ; « mais, continue M. l'avocat général Reverchon, à qui nous empruntons cette doctrine, il appartient, par là même, à l'autorité judiciaire de vérifier la légalité des actes administratifs invoqués dans les litiges dont le jugement lui est attribué : *Elle ne la vérifiera pas pour prononcer l'annulation*

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 257, 258,

de ces actes ¹. » « Elle n'annule pas l'acte réglementaire émané du gouvernement ou de l'administration, dit, à son tour, M. le professeur Ducrocq, qui cite divers cas dans lesquels l'autorité judiciaire a eu à apprécier des actes administratifs, elle se borne à ne pas en faire l'application et à lui refuser son concours, laissant à l'autorité dont il émane le soin de pourvoir par elle-même, si elle le peut légalement et si bon lui semble, à l'exécution de son acte ; de sorte que le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire est respecté ². »

Ce n'est, du reste, que l'application du principe de droit posé dans l'article 471, § 15, du Code pénal, qui prescrit au juge de simple police de vérifier la légalité du règlement administratif dont on lui demande de punir la violation. Il n'est point contesté que ce même principe ne s'applique en matière civile, et que les tribunaux ordinaires n'aient le même droit ³. La législation elle-même a appliqué le principe, sans difficulté, notamment en matière de contributions indirectes, c'est-à-dire pour les impôts dont le contentieux appartient aux tribunaux ; les parties peuvent discuter devant l'autorité judiciaire la légalité de l'acte, en vertu duquel les impôts ont été établis ⁴.

1. Dalloz. R. P. 77.1.9.

2. Ducrocq. *Cours de droit adm.*, t. 1, p. 611.

3. Voir arrêt de la Cour de Nancy du 26 juillet 1827, et jurisprudence nombreuse citée au Répertoire de Dalloz, v° *Compétence administrative*, nos 193 et suiv., et supplément au Répertoire, nos 116 et 283.

4. Conseil d'État, 28 fév. 1866, aff. Lavenant. Dall., suppl. au Rép., v° *Compétence administrative*, n° 284 ; C. d'État, 28 fév. 1898, *Tuze*, 3 fév. 1899, *Botella* ; V. Hauriou, *op. cit.*, 288. La cour d'appel de Toulouse a décidé également qu'étant juge de la validité des élections consulaires, elle l'était également de la légalité de l'arrêté préfectoral qui s'y réfère. C. de Toulouse, 6 fév. 1905.

Nous comprendrions du reste, comme nous l'avons déjà dit, une plus forte organisation du recours hiérarchique qui permettrait au chef de l'État d'annuler l'acte d'un administrateur, par décret pris en forme de règlement d'administration publique, c'est-à-dire après avis du Conseil d'État. L'utilité d'un pareil procédé se concevrait notamment dans les litiges entre personnes administratives, ou entre celles-ci et un administrateur ; par exemple, en cas de refus illégal d'un préfet de sanctionner une décision légale de conseil municipal, ou bien encore s'il s'agissait de juger les décisions des administrateurs, relatives à l'organisation des services intérieurs et aux intérêts des administrateurs subordonnés ¹.

Signalons enfin comme dernière imperfection de la justice, ou plutôt des principes administratifs, que les décisions judiciaires, quelle que soit l'autorité dont elles émanent, ne sont munies d'aucune voie d'exécution tout au moins contre l'État. Ainsi le malheureux plaideur, dont M. Hubert Valle-roux se faisait l'interprète², un malheureux ouvrier, peut-être, après avoir attendu bien des années pour obtenir une décision de justice, en attendra combien d'autres, pour la faire exécuter. « Il aura tout le temps de mourir en attendant ³. »

1. C'est ainsi qu'en décembre 1908, le Conseil d'État annula un arrêté du ministre des Colonies, pris le 20 octobre 1906, notamment contre le sieur D..., rédacteur de 3^e classe à l'administration centrale. Cette décision fut prise sur la requête de l'Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des Colonies.

2. Voir ci-dessus, page 118.

3. En effet, une fois la dette reconnue il faut qu'elle soit liquidée et ordonnée par le ministre compétent ou son subordonné.

VIII

Cependant, quoi qu'on en puisse dire, la juridiction administrative a une existence déjà plus que séculaire. Il semble qu'elle ait, dans nos mœurs et nos institutions, de puissantes racines, puisque loin de décliner comme cela eût semblé logique d'une institution essentiellement monarchique, sous une constitution démocratique, elle s'établit de plus en plus fortement, envahissant même des domaines que la loi lui interdit. Enfin elle a pour elle l'approbation d'un très grand nombre d'esprits d'une haute valeur scientifique. Quelle est la cause de ce phénomène ?

La réponse à cette question n'est pas moins complexe que la question elle-même ; elle relève de la solution d'un problème de psychologie humaine, dans lequel se mêlent, se combinent des éléments de mœurs, de tempérament national d'une part, d'intérêts politiques, économiques ou privés de l'autre.

Le Conseil d'État, rétabli en 1806, avec sa juridiction, nous savons sous quelle forme et dans quel but spécial, le fut avec toute la force et la précision qui caractérisèrent les institutions de cette époque : sa situation grandit en prestige et se consolida encore par l'importance du rôle qu'il joua, et par les hautes personnalités qui l'illustrèrent. Après avoir contribué à mettre un terme à l'anarchie directoriale et à rétablir l'ordre, il rendit d'inoubliables services au pays dans la confection des lois et leur codification. Enfin, tandis que tout tremblait, au dehors, des guerres de l'Empire, l'ensemble de l'organisme administratif, dont le Conseil d'État était la clef de voûte, maintenait à l'intérieur la paix publique, et faisait

surgir du pays les immenses ressources en hommes et en argent que nécessitaient les entreprises extérieures.

Le Conseil d'Etat et sa juridiction devait donc durer par la solidité de son établissement ; il le devait aussi parce qu'il trouva, dans les monarchies qui suivirent l'Empire, un terrain propice et, pour tout dire, traditionnel. Et, dans ce long intervalle de temps, qu'interrompit à peine l'éphémère révolution de 1848, l'édifice grandit, devint imposant, et inspira encore le respect par le prestige et la valeur des hommes qui, presque sans interruption, s'y succédèrent. Ces hommes, éloignés, par la hauteur même de leurs vues et de leur savoir, de toute espèce de sectarisme, firent preuve en maintes circonstances, d'une indépendance, d'un libéralisme, d'une probité professionnelle qu'on ne saurait trop louer. La jurisprudence du Conseil d'Etat, maintenue par eux dans une voie modérée et prudente — autant du moins que les circonstances l'ont permis — a dissimulé les vices de l'institution, et ses dangers certains dans un gouvernement démocratique, pour ne laisser apparaître que des décisions marquées au coin de la justice et de l'indépendance. On peut même dire que, soit avant la loi de 1872 qui organisa la juridiction administrative dans les conditions peu logiques que nous avons exposées, soit après, cette jurisprudence n'était entrée que timidement dans la voie des « conquêtes » qui devait étendre sans limite sa compétence juridictionnelle, dont il est désormais impossible d'assigner le terme. C'est même, parfois, nous l'avons vu, contrairement à sa jurisprudence antérieure, que le Conseil d'Etat a vu ses attributions élargies par le tribunal des conflits.

Il n'est donc pas étonnant que tant de bons esprits se soient faits les champions convaincus d'une institution issue

de notre sol et de notre histoire, qui, en définitive, avait duré — la durée, l'habitude prise n'est-elle pas la seule raison d'être de bien des survivances ? — et produit parfois d'heureux résultats. Ajoutons que les législateurs de 1872 n'eurent garde de toucher aux bases de cet édifice puissant, non seulement dans la crainte d'ébranler l'ensemble des institutions auxquelles il était relié, mais encore parce qu'il constituait pour eux une des pierres d'attente de leurs espérances.

De nos jours, enfin, la juridiction administrative trouve des défenseurs parmi les partisans plus ou moins accentués des doctrines étatistes. Ils pensent — et l'expérience est loin de leur donner tort — que c'est là l'instrument nécessaire à la réalisation de leurs conceptions. De son côté le socialisme collectiviste, qui voit dans l'étatisme, comme dans tous les systèmes de concentration économique et politique, un acheminement vers le triomphe de ses théories, lui est favorable également.

Les libéraux, au contraire, qui avaient vu dans l'avènement de la République le triomphe même de leurs idées, pensent tout autrement. Ils ne sauraient concevoir que l'organe approprié à la centralisation impériale, puisse convenir à un régime de liberté et, par conséquent, de décentralisation. Aux rêves de nivellement, d'uniformité dans l'existence, à la conception d'un État dans lequel la législation ordonne tout, prévoit tout, règle tout, ils opposent la variété nécessaire à la vie, l'indépendance, l'initiative individuelle, ce *self government* de l'homme qui fait sa dignité, aussi bien que la force et la grandeur de la nation ¹. Aussi voient-ils

1. Telle paraît bien être l'opinion de M. le professeur Hauriou lui-même, qui, dans ses belles études sur le monument social, émet les idées suivantes :

un danger imminent dans ce rôle nouveau que l'on prétend faire jouer à la juridiction administrative. Sans doute, le Conseil d'Etat s'est honoré, en bien des circonstances, par l'indépendance de ses décisions ; il a opposé une barrière à l'arbitraire, brisé bien des actes du gouvernement entachés d'excès de pouvoir, mais la valeur d'une institution ne doit jamais reposer sur les hommes, elle doit tenir à de sérieuses dispositions organiques. Les hommes passent et les facilités qu'une constitution défectueuse peut offrir à l'abus, restent. Si certains n'ont pas voulu en profiter, d'autres n'auront point les mêmes scrupules ; ils seront injustes et oppresseurs avec légalité, ce qui est la pire manière de l'être.

D'ailleurs, de l'aveu même de ses meilleurs partisans, la juridiction administrative est devenue l'instrument d'un formidable accaparement de puissance, au profit de l'autorité centrale, et ainsi, par ce travail d'approche que nous avons constaté, lent, successif, inappréciable aux yeux des gens non avertis, il est à craindre que toutes nos libertés ne tombent, une à une, pour faire place à un pouvoir absolu, à un despotisme d'autant plus redoutable qu'il sera impersonnel et qu'il se proclame déjà irresponsable¹.

Ce n'est point, d'ailleurs, une théorie nouvelle, que celle de la suppression de la juridiction administrative. Des hommes d'État, de grands écrivains politiques l'ont deman-

« Une société très gouvernée et très conduite, finit par être *emmaillotée* dans une telle réglementation qu'elle n'a plus de latitude, de mouvement ; en même temps, les citoyens perdent l'esprit d'initiative. Elle s'immobilise dans une sorte de torpeur, à moins que le vent subit d'une révolution, ou l'apport d'une invasion, ne balayent toute cette réglementation et, en détruisant les « représentations anciennes », ne réveillent les énergies de mouvement. »

(6^e leçon, p. 114.)

1. Voir ci-dessus, page 113, note 1.

dée à toutes les époques¹. Elle a fait partie de programmes politiques et de promesses nombreuses faites au pays, et l'on ne saurait prétendre que ce soit l'obscurité, l'incertitude du problème qui en ait ajourné la solution. Ici nous craignons bien qu'il ne faille admettre une explication de cette survivance, moins honorable que celles que nous avons déjà appréciées, et la rechercher dans les mobiles inférieurs des directions humaines. Les partis politiques, dans l'opposition, voient les abus avec des yeux différents que lorsqu'ils sont au pouvoir; ils les dénoncent alors avec autant de véhémence que d'indignation, et en promettent le redressement pour le jour de leur triomphe. Mais, ce jour arrivé, bénéficiaires à leur tour des moyens d'action et de puissance qu'ils désapprouvaient en autrui, ils n'hésitent pas à les conserver et à les utiliser à leur profit; ils n'ont garde de modifier ou de détruire des institutions qui ne nuisent plus qu'à l'adversaire. C'est l'éternel *væ victis*.

Mais au-dessus de toutes les discussions, au-dessus de toutes les considérations que l'on peut invoquer en faveur

1. Citons, parmi les premiers, M. le duc de Broglie qui, en 1828, combattit la juridiction administrative dans un article demeuré célèbre de la *Revue française*; son fils, qui s'en montra l'adversaire dans la discussion de la loi de 1872. Parmi les seconds, M. de Tocqueville (*Démocratie en Amérique*, t. I. Parmi les contemporains voir dans le même sens le savant ouvrage auquel nous nous sommes déjà référé de M. Jacquelin : *Les principes dominants du contentieux administratif*. Un éminent publiciste, M. Henri Maret, écrivait récemment : « Nous avons passé notre vie à combattre les juridictions administratives et spécialement le Conseil d'État... Nous trouvons tous que la séparation des pouvoirs était un vain mot, si le gouvernement, représenté par son conseil, se chargeait lui-même de rendre la justice. Nul ne me démentira si je constate l'unanimité des républicains sur ce point. Alors c'était la droite qui soutenait les juridictions administratives, et c'était la gauche qui les flétrissait. La piteuse comédie politique a changé les positions... » (A propos de la discussion de l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1905).

de la juridiction administrative, plane cette vérité historique confirmée, du reste, par les faits, que cette juridiction n'a et ne saurait avoir d'autre raison d'être que celle qu'elle eut à son origine : donner au pouvoir central un instrument de puissance et de règne. Les justices royales et, au-dessus d'elles, le Grand Conseil, furent l'arme à l'aide de laquelle le pouvoir royal détruisit non seulement la puissance féodale, mais encore les franchises et les libertés très considérables qui existaient au sein même de la décentralisation féodale¹. La juridiction administrative tend, par les mêmes procédés, à détruire toute distinction, toute autonomie entre les divers éléments de l'État. C'est le rétablissement de la tyrannie judiciaire tant reprochée aux parlements, qui, comme la leur, envahit tous les domaines : l'administration, puisque la section du contentieux dépend d'un conseil administratif ; la justice, on l'a surabondamment prouvé ; les finances, l'armée, les colonies, l'université, etc., la section du contentieux étant juge de cassation des décisions des conseils de ces diverses fonctions de l'État.

La Révolution avait réduit la justice ordinaire à son rôle naturel ; la justice administrative et des conflits, sous prétexte de l'y maintenir, a recréé le gouvernement des cours souveraines, et l'ingérence d'un pouvoir judiciaire spécial dans toute vie publique et privée. Et cette ingérence est d'autant plus dangereuse qu'elle n'a pas au-dessus d'elle un pouvoir permanent pour la contenir et la restreindre au besoin, mais des pouvoirs éphémères, et d'autant plus disposés à tendre tous les ressorts de l'autorité qu'ils ne détienne-
nent que pour un moment.

1. Voir l'ouvrage de M. Imbart de la Tour. *Origines de la réforme*, t. I, p. 82, 85, 86, 87.

CHAPITRE V

Principes et évolutions du droit social et du droit individuel.

Le droit collectif et le droit individuel.

- I. — Antériorité du droit social. — Absorption de l'individu dans la société élémentaire. — Progrès de la personnalité avec la notion d'État et de citoyen ; sociétés antiques, sociétés féodales.
- II. — Sociétés modernes. La Révolution dégage matériellement la personnalité que le Christianisme avait déjà dégagée intellectuellement. — Comparaison des révolutions du 1^{er} et du XVIII^e siècle.
- III. — Société contemporaine. L'individu et l'étatisme contemporain.
- IV. — La société contemporaine et l'individualisme. — Individualisme outrancier ou anarchique.
- V. — Part légitime du droit collectif. — Fondements sociaux de ce droit.
- VI. — Part légitime du droit individuel. — Fondements métaphysiques de ce droit. — Supériorité du droit individuel sur le droit collectif. — Celui-ci n'a de raison d'être que dans le premier. — Le droit individuel est élargi par le progrès de l'esprit humain ; le droit constitutionnel le constate. — Obligation de respecter dans l'individu les droits acquis par le progrès humain et par le progrès politique.
- VII. — Les droits étant constatés, un pouvoir doit exister qui les maintienne et les départage.

Nous allons maintenant voir en présence le droit individuel et le droit collectif, dans les êtres concrets qui les personnifient : l'individu d'un côté, les pouvoirs législatif et exécutif de l'autre. Ainsi nous pourrions examiner si le pouvoir judiciaire, chargé de trancher les conflits qui naîtront de leurs rapports réciproques, a les prérogatives nécessaires pour s'acquitter utilement de cette tâche.

Mais avant de se préoccuper de savoir comment des droits seront garantis et sanctionnés, et par conséquent quelle doit être la puissance d'action du pouvoir sanctionnateur, il importe d'être fixé sur la nature de ces droits eux-mêmes, de rechercher leurs titres, leurs origines, leurs fortunes diverses dans le passé et chez les différents peuples, pour apprécier ainsi la mesure de la protection qui leur est due, et dans quelles limites ils sont, suivant une formule célèbre, « inviolables et sacrés ». Si en effet le droit n'est qu'un vain mot, la justice, sa base essentielle, disparaît, aussi bien que toute raison d'être pour l'organisme qu'elle suppose, et tout ce que nous avons essayé d'édifier jusqu'ici s'écroule, ou reste sans portée.

I

Si l'individu peut être considéré comme antérieur à la société au point de vue de l'existence, il lui est nécessairement postérieur comme sujet de droit. La notion de droit, étant relative, suppose nécessairement un créancier et un débiteur, c'est-à-dire un minimum de société.

Ce premier pas franchi, nous constatons encore historiquement la prévalence sans réserve, dans l'humanité primitive, du droit social sur le droit individuel : la famille, première cellule sociale, s'incarne dans son chef. Celui-ci a la puissance absolue sur la liberté et la vie de ses membres, et, par famille, il faut entendre la tribu tout entière. Cette puissance sans bornes exclut, non seulement toute notion de droit individuel, mais même celle de *persona*, c'est-à-dire de l'être humain, en tant qu'il occupe une place spéciale, qu'il joue un rôle à lui propre, dans la société primitive.

D'ailleurs, la société originaire, ainsi despotiquement constituée, revêt, presque aussitôt, une forme plus compliquée, en devenant théocratique ; mais le régime n'en change guère pour cela : si l'absolutisme se déplace et modifie sa forme, il n'en devient que plus rigoureux, exercé qu'il est au nom des puissances supérieures, placées hors de toute atteinte et de toute discussion ¹.

Bientôt cependant, avec le progrès, qui est la loi de toute agglomération humaine, les premiers linéaments d'une organisation politique et civile commencent à se dessiner : à côté du *fas*, que proclament les religions, s'établira le *jus* qui aura le magistrat pour interprète ². Sans doute, cette première forme de législation demeurera longtemps rigide et formaliste, plus préoccupée du droit public que du droit privé, mais celui-ci commencera à apparaître, au moins dans la mesure où il règle les rapports des hommes entre eux, et c'est de cette époque, que nous pourrions dater son acte de naissance.

Dès lors toute une législation, de jour en jour plus humaine, prenant son origine dans le droit des gens, si elle ne proclame pas encore la suprématie de l'individu, reconnaît tout au moins sa personnalité distincte et, à certains points de vue, autonome. L'homme devient citoyen et, par là, se différencie non seulement de ses semblables qui ne possèdent pas ce titre, mais de l'État lui-même, sur lequel il exerce son influence. Dès lors, aussi, la nécessité de réglementer les rapports des citoyens avec l'État se fera sentir, d'une manière plus ou moins impérieuse, suivant les climats, les latitudes, les milieux.

1. Cpr. Fustel de Coulanges. *La cité antique*, livre 3, ch. XVII.

2. Gaston May. *Éléments de droit romain*, introduction.

Les races occidentales, et surtout latines, se signaleront, entre toutes, par leur tendance précoce, à admettre l'intervention du simple citoyen dans le gouvernement. Dès les débuts de l'histoire romaine, le peuple légifère dans les comices par tribus, et ensuite par centuries, en sorte que le roi apparaît déjà comme un monarque constitutionnel ¹. Sous la République, l'importance du suffrage populaire va s'accroissant de plus en plus dans le gouvernement. Cependant, remarquons-le, quelle que soit la forme, monarchie ou république, il ne sera jamais question de ce que nous nommons *l'individualisme*, c'est-à-dire de la valeur propre de l'homme, considéré en lui-même, et en dehors de la place qu'il occupe, ou du rôle qu'il joue dans la cité. Il n'a de valeur que comme citoyen, et s'il tire de cette qualité un prestige hautement apprécié, en revanche il appartient, il se doit tout entier à l'Etat.

Cela est vrai non seulement à Rome, mais partout où sont parvenues la conquête et l'administration romaines, notamment dans les provinces, où nous trouvons la forme et la source du gouvernement représentatif, dans le régime municipal.

Il en est de même en Grèce, où la liberté individuelle, au sens moderne de cette expression, n'existe pas ; « nous la trouvons absente aussi bien des théories de Platon et d'Aristote, que de la pratique des démocraties grecques. Les Grecs, suivant la juste observation de M. Paulsen, demandaient beaucoup plus la liberté politique que la liberté civile ².

1. V. Duruy. *Hist. rom.*, t. I, p. 69.

2. Saripolos. *La démocratie et l'élection proportionnelle*, p. 232. « Dans l'analyse de l'homme moral, dit M. Beudant, Aristote oublie le libre arbitre ; dans l'organisation de la cité, il oublie la liberté ; dans la vie privée,

La cause du phénomène que nous venons de constater est dans ce fait que les sociétés anciennes n'ont pas eu de développement pacifique. Toujours en guerre pour attaquer ou se défendre, la notion de patrie, c'est-à-dire de société collective, devait, chez elles, prévaloir sur toutes autres. D'autre part, la forte organisation politique et juridique primitive, à Rome surtout, ne permettant que de lentes et progressives modifications sociales, fut, pendant longtemps, un obstacle à ces graves et profondes commotions intérieures qui ébranlent les sociétés et font que, dans le chaos des révolutions, l'individu, obligé de pourvoir à lui-même, se cherche, s'analyse, se compare au milieu ambiant et acquiert la claire notion de sa valeur propre. Chez les Orientaux, au contraire, la notion de la valeur individuelle n'apparaîtra que très tard. Maintenus, par le despotisme, dans une intellectualité rudimentaire, pénétrés à grand'peine par les civilisations extérieures, ils ne peuvent avoir sur ce point que des idées confuses.

Quant aux peuples d'origine germanique et notamment aux anglo-saxons, le développement d'une personnalité très caractérisée et très forte s'allie avec le sentiment très profond de la race et de la patrie, que n'affaiblissent ni les habitudes cosmopolites, ni la transplantation dans d'autres contrées; il y a entre l'instinct individuel et l'instinct social une croissance parallèle. C'est que parmi ces peuples, les institutions ont lentement et progressivement évolué; les éléments constitutifs du faisceau se sont modifiés, sans que rien

« il ne connaît pas le droit individuel. Les trois notions se tiennent indissolublement. » (Beudant, *Le droit individuel et l'État*, p. 44-46-48. Paris, A. Rousseau, 1891.)

soit venu en rompre l'équilibre et déterminer la prépondérance de l'un aux dépens de l'autre.

Tout différent fut, en France, le *processus* historique. Pendant le moyen âge, la noblesse se trouvait dispersée sur tout le territoire, et les seigneurs, jouissant dans leurs domaines d'une indépendance presque absolue, ne constituèrent jamais une aristocratie d'État¹. C'est la royauté seule qui, de plus en plus, constitua le lien central, et, finalement, devint la forme et l'emblème de la patrie. Dans de telles conditions, la personnalité de l'individu ne pouvait guère se manifester ; la hiérarchie féodale, dans laquelle le vassal se doit tout entier à son suzerain, en excluait la possibilité. Il en était de même de toutes les autres institutions fortement hiérarchisées, telles que les corps de métiers, qui accompagnaient le régime féodal.

Sous la royauté absolue, l'absorption de l'individu par l'État fut et devait être complète : la royauté n'avait pas détruit la décentralisation et brisé les collectivités féodales, pour reconnaître aux individus des droits quelconques contre son principe même, qui était l'unité. Il n'y avait pas de droits contre l'État, et le seul juge entre le souverain et les sujets ne pouvait être que Dieu.

II

Avec la Révolution française les choses changent subitement de face : sans doute, elle avait été préparée par le mouvement intellectuel et philosophique du XVIII^e siècle, mais la transition ainsi ménagée dans les idées, ne le fut

1. Guizot. *Essais sur l'histoire de France*.

pas dans les faits. La souffrance populaire, singulièrement mise en évidence par les malheurs des temps, surexcita vivement le profond sentiment de pitié humaine qui se manifestait sous toutes les formes, et ne permit aucun atermoiement. Il fallut immédiatement passer de la théorie à la pratique, et, du sentiment toujours un peu lent à se traduire en actes, en arriver aux réalisations immédiates. Les événements se précipitèrent, comme une série de commotions brusques et profondes, qui rompirent la tradition, et renouvelèrent, presque du tout au tout, l'ordre social. Dirigée, dans la pensée et la volonté de ses auteurs, contre l'absolutisme et l'arbitraire royal, contre la compression séculaire de toutes les énergies et de toutes les initiatives personnelles, elle eut cette conséquence de révéler l'homme à lui-même, et de lui donner le sentiment de ses droits et de sa dignité. Les vices intimes de l'ancienne organisation qui accaparaient l'individu, qui l'enserraient dans un réseau étroit de liens, de contraintes, de barrières, de limites, apparurent avec intensité. La devise même de la révolution s'en dégagea comme une énergique revendication des droits de l'individu, comme le cri de la conscience personnelle qui s'affirmait et voulait enfin exister pour elle-même, et non plus seulement comme partie intégrante, infime, négligeable de multiples collectivités. Liberté ; égalité ; fraternité, ce n'est certes point là une devise d'État. D'ailleurs, la Déclaration des droits de l'homme en est le commentaire, et son caractère individualiste, qui est précisément sa raison d'être, ne saurait être méconnu ; elle est la charte des constitutions nouvelles, le véritable contrat social dans lequel l'homme pose ses conditions ; il y fixe la part de lui-même, qu'il donne à la société en échange

de ses bienfaits, et la part de *self-government* qu'il se réserve.

Aussi Barnave l'avait-il appelée : le *catéchisme de l'avenir*, et son auteur, Lafayette, en avait, dans ses mémoires, caractérisé l'importance, en des termes que l'on ne saurait trop souligner : « La déclaration des droits est, disait-il, plus « nécessaire qu'une constitution, parce qu'elle a pour but « de constater, non pas seulement les droits de la nation vis- « à-vis de son gouvernement, mais *les droits des individus vis-à-vis de la nation*. » Il estimait qu'il n'y a pas de liberté, ni d'ordre véritable, si tous ne sont persuadés qu'il y a *des droits que la majorité ne peut ôter à la minorité*, pas même à un seul homme ¹.

1. Henri Martin. *Histoire de France de 1789 jusqu'à nos jours*, t. I, p. 77-78. Notre éminent et regretté maître, M. Beudant, doyen de la Faculté de droit de Paris, dans son beau livre : *Le Droit individuel et l'État*, à propos de la Déclaration des droits de l'homme de 1791, s'exprime ainsi : « La déclaration n'a pas seulement pour objet de relever ou d'établir des garanties de la nation contre les entreprises du pouvoir ; sa pensée va plus haut : elle affirme une thèse philosophique qui domine et éclaire toutes les institutions, celle de la *volonté libre par essence*. Elle proclame que l'homme pris d'une façon abstraite et universelle, a, comme tel, des prérogatives *antérieures et supérieures aux conventions et lois humaines* : c'est placer le *principe du droit dans l'homme lui-même* ; elle érige ces prérogatives en droits *formels, placés au-dessus de toute autorité* ; c'est mettre le fondement de la souveraineté dans l'individu, et par suite dans la nation ; enfin elle fait de ces droits, la fin et le but des institutions politiques ; c'est *ériger la notion du droit individuel au principe du droit général*... La déclaration est le terme, dès longtemps entrevu d'une lointaine évolution, le dénouement du drame qui se déroule depuis le xvi^e siècle. Elle n'a été rien moins qu'une révolution, elle est à vrai dire toute la révolution... Mathieu de Montmorency, Barnave, le comte d'Entraigues disaient : « La nécessité de la déclaration des droits est démontrée avec évidence, cette déclaration a deux utilités pratiques : la première est de *fixer l'esprit de la législation* afin qu'on ne la change pas à l'avenir ; la seconde est de *guider l'esprit sur le complément de cette législation qui ne peut prévoir tous les cas*... Il est indispensable de faire une déclaration pour arrêter les ravages du despotisme. » (Pages 136, 139, 144.)

Pour rencontrer dans l'histoire un exemple semblable, il faut remonter de dix-huit siècles en arrière, jusqu'à la révolution chrétienne, qui, elle aussi, transforma l'ancien monde et bouleversa les principes sur lesquels les plus grands peuples avaient vécu jusqu'alors. Ces deux révolutions, qui éclatèrent à des époques si éloignées l'une de l'autre, partirent de points de vue plus dissemblables en apparence qu'en réalité : il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'antique religion d'Israël était la base essentielle de la société juive, et que, comme chez les Romains, et les autres peuples de l'antiquité, les cultes nationaux étaient intimement liés aux constitutions civiles. Dès lors le mouvement purement religieux, qui semblerait exclusivement caractériser la première, touchait, en réalité, comme la seconde, aux fondements mêmes de l'ordre civil. La révolution du 1^{er} siècle, comme celle du xviii^e furent animées des mêmes sentiments de générosité, de sympathie pour les faibles et les déshérités, et se proposèrent également la reconstitution de l'humanité dans la justice. Enfin toutes les deux — et c'est le point qui nous intéresse — devaient avoir pour conséquence l'émancipation de l'esprit humain.

« Le christianisme, dit M. Fustel de Coulanges ¹, enseignait
« que l'homme n'appartenait plus à la société que par une
« partie de lui-même, qu'il était engagé à elle par son corps
« et ses instincts matériels, que, sujet d'un tyran, il devait
« se soumettre, que, citoyen d'une république, il devait
« donner sa vie pour elle, mais que pour son âme il était
« libre et n'était engagé qu'à Dieu..... une fois que l'âme
« s'est trouvée affranchie, le plus difficile était fait, et la

¹ *La Cité antique*, p. 479.

« liberté est devenue possible dans l'ordre social. Les sen-
« timents et les mœurs se sont transformés aussi bien que
« la politique. L'idée que l'on se faisait des devoirs du ci-
« toyen s'est affaiblie. Le devoir par excellence n'a plus
« consisté à donner son temps, ses forces, sa vie à l'État.
« La politique et la guerre n'ont plus été le tout de l'homme ;
« toutes les vertus n'ont plus été comprises dans le patrio-
« tisme ; car l'âme n'avait plus de patrie. L'homme a senti
« qu'il avait d'autres obligations que celle de vivre et de
« mourir pour la cité. Le christianisme a distingué les ver-
« tus privées et les vertus publiques ; en abaissant celles-ci,
« il a relevé celles-là ; il a mis Dieu, la famille, la *personne*
« *humaine* au-dessus de la patrie, le prochain au-dessus du
« citoyen ¹. »

Il faut aller plus loin et dire que le christianisme a visé droit le but en s'adressant, moins aux collectivités, qu'à l'homme lui-même, abstraction faite de son caractère social.

« Renonçant de propos délibéré à toute autorité émanant
« des hommes, dit M. l'abbé Louis Picard ², le Christ a eu
« pour principe d'agir toujours du dedans au dehors, ja-
« mais du dehors au dedans, de viser le cœur pour attein-
« dre la vie, de *régénérer les individus pour modifier pro-*
« *fondément, tôt ou tard, la famille, l'État, l'humanité* ³. On

1. « Cette œuvre fut celle d'un homme obscur de Galilée qui, suivant une expression énergique, eut la puissance de s'annexer le monde » (Paroles de Napoléon à Sainte-Hélène.)

2. *La Transcendance de Jésus-Christ*, par M. l'abbé Louis Picard, t. II, p. 263 (Paris, Plon et Nourrit, 1905). La liberté de l'homme, dit M. Jules Simon, est, avec la spiritualité, l'essence du christianisme. (*De la Liberté*, t. I, p. 188.)

3. Cette observation répond au reproche qu'on a voulu faire au christianisme d'être, dans son principe, individualiste à l'excès, et de contenir ainsi en germe l'anarchisme. Mais il est une réponse meilleure encore, c'est que,

« pourrait appeler Jésus : le premier des individualistes.

Telles sont donc les deux sources historiques du principe individualiste, le christianisme et la révolution ¹, principe

envisager ainsi le christianisme, c'est ne considérer qu'un seul de ses côtés; c'est oublier qu'à côté de l'enseignement « qui révèle l'homme à lui-même » il y a la doctrine de l'amour et de la fraternité; aimer Dieu par-dessus toutes choses et le prochain comme soi-même, voilà, dit l'Évangile, toute la loi et les prophètes. (Matth., XXII, 37.) C'est la doctrine de solidarité dont les économistes contemporains font si grand état : le solidarisme ! Ils n'y voient guère du reste qu'un palliatif à la lutte des classes et ne savent lui donner ni un but plus haut, ni une base plus solide. Combien le « solidarisme » chrétien est d'autre envergure ! Voyons-en le commentaire dans Bossuet : « Qui n'aime pas Dieu, n'aime que soi. Pour aimer son prochain comme soi-même, il faut être auparavant sorti de soi-même, et aimer Dieu plus que soi-même. L'amour une fois uni à cette source, se répand avec égalité sur le prochain. Nous l'aimons en société comme notre frère et non par domination comme notre inférieur... Les hommes doivent s'aimer les uns les autres *comme les parties d'un même tout et comme feraient les membres de notre corps, si chacun avait sa vie particulière*... Conclusion et abrégé : L'ordre est parfait, si on aime Dieu plus que soi-même; soi-même pour Dieu; le prochain *non pour soi-même*, mais comme soi-même pour l'amour de Dieu. O que cela est droit ! Que cela est pur ! Toute vertu est là-dedans. » (*Méditations sur l'Évangile*, XLVII.) Ainsi le christianisme a assigné lui-même ses limites à l'individualisme par la sublime doctrine de la fraternité en Dieu et de l'amour; ou plutôt il a montré ces deux éléments confondus dans une unité indissoluble, et comme-constituant l'essence même de l'humanité.

1. On a pu cependant contester le caractère individualiste de la Révolution (V. A. Saripolos. *L'élection proportionnelle*, p. 261) en alléguant l'esprit d'autoritarisme de l'Assemblée législative et de la Convention. Cette opinion méconnaît la situation de fait dans laquelle on se trouvait : les révolutions qui luttent au-dedans contre le désordre et au dehors pour le salut de la patrie ne sont jamais pratiquement libérales; les libertés sont suspendues. Mais le principe individualiste était au fond même de la doctrine, et il ne pouvait manquer d'y rester et de prévaloir, en des temps plus calmes, comme une conquête définitivement acquise. Il ne faut pas perdre de vue en effet que si la Révolution a réformé de nombreux abus, ce n'est point cela qui la caractérise. « Elle se fit, dit M. Imbart de la Tour, au nom d'une doctrine inspiratrice des consciences, au nom d'une philosophie : elle établit la liberté politique sur les droits de l'homme et la souveraineté du peuple. Il n'en fut pas de même du mouvement de 1484. Il fut une réaction contre les abus, non un idéal nouveau dans l'âme humaine. » (*Op. cit.*, t. I, p. 202.)

qui, proclamant la valeur morale et la liberté naturelle de l'homme, est le précurseur de toute marche en avant de l'esprit humain. Maintenu dans ses justes limites, il est l'agent actif de tout progrès véritable et de toute civilisation, comme il en est le signe distinctif.

III

Cependant, il semble que la vue claire de ces idées subisse une éclipse momentanée, et que ces progrès acquis soient menacés dans leur existence même : D'une part, en effet, le socialisme collectiviste, dont on ne saurait méconnaître le succès auprès des masses, ne tendrait à rien moins qu'à l'absorption complète de l'individu par l'État, et, d'autre part, la doctrine individualiste, détournée de sa voie véritable, se perdrait par son propre excès, n'aboutissant, d'après certaines théories qui s'en réclament, à rien moins qu'à l'abolition de tout ordre social et de l'idée même de patrie, en un mot à l'anarchie et à l'internationalisme.

D'après la théorie collectiviste, l'État socialiste n'a rien de commun avec les anciennes conceptions ; ce n'est plus, en effet, cette personne sacrée à laquelle tout est dû et qu'on ne discute pas ; ce n'est plus, même un corps politique formé d'éléments moraux et matériels, au-dessus duquel plane l'idée de patrie, tel que le concevait la Révolution ; il n'est pas davantage la résultante d'une évolution humaine déterminée, d'un progrès social considéré à un certain point de sa marche, conception démodée de la vieille économie politique, qui avait cru reconnaître dans les sociétés humaines « un ordre essentiel et naturel » dont il n'aurait

fallu ni entraver, ni presser le développement ¹ ». Non, l'État socialiste ne relève que de la science expérimentale, et d'elle seule. Pour ne pas mentir à cette origine, il doit être une grande machine industrielle, évoluant avec précision dans le milieu social qu'elle est chargée d'alimenter ; un distributeur automatique de tous biens que la société peut et doit procurer.

Dans cette vue l'État devra avoir évidemment sous sa main, non seulement tous les moyens de production, mais encore tous les éléments de richesse quels qu'ils soient, et c'est pourquoi il doit tendre à s'appropriier les uns et les autres. Ainsi, voies de transport, usines, ateliers, mines lui appartiendront, il sera l'universel patron. Quant aux richesses acquises, il n'a qu'un procédé, mais sûr et efficace, de les attirer à lui, c'est d'abord de proclamer son droit souverain sur les fortunes, et ensuite, comme conséquence nécessaire, son droit absolu de contrôle, d'investigation, de perquisition chez tous les particuliers. Donc, plus de secrets personnels, plus d'intimité familiale ; le particularisme est antisocial, chacun, comme le sage, doit habiter une maison de verre.

Cela posé, rien de plus simple et de plus équitable que le fonctionnement de la machine, instrument « souple et fort », suivant l'expression de l'un des chefs du collectivisme français ² : l'État a-t-il besoin d'argent pour le répandre là où il fait défaut ? Il lui suffira d'augmenter d'un certain tant pour cent l'impôt sur les revenus, tarifés d'avance, d'autorité, et la fortune coulera, avec abondance, d'une source ainsi soigneusement captée, et qu'il appartiendra au gouvernement de retenir ou répandre à son gré.

1. Gide. *Principes d'économie politique*.

2. M. Jaurès.

Mais, dira-t-on, où sera, sous un pareil régime, la place pour l'homme, c'est-à-dire pour l'individu concret, vivant, agissant, aspirant au développement de lui-même, pour le libre exercice de ses facultés ? que deviendront l'initiative individuelle, l'émulation, le talent, le génie même ? l'essor n'en sera-t-il pas paralysé par cette étouffante tutelle ? Qu'importe ? A quoi bon même s'en préoccuper, puisqu'un mécanisme bien monté et bien ordonné, une fois pour toutes, remplacera tout cela, et que l'État, providence universelle, pourvoira à tout et à tous. Qui même oserait prétendre qu'un tel système, — matérialiste d'apparence, — manque d'idéal ? Ne suppose-t-il pas, au contraire, toutes les vertus, tous les hommes généreux et honnêtes, tous les électeurs clairvoyants, tous les élus habiles et désintéressés — une idylle sociale, en un mot ? N'implique-t-il pas, non plus l'idée étroite de patrie, mais les larges horizons de Concorde, de Paix, de Fraternité universelles ?

Sans doute : mais le solide bon sens de Rabelais eût placé des conceptions pareilles au « pays d'Utopie ». Ce qui est bien certain, c'est que leur réalisation, en admettant qu'elle fût possible, irait à l'encontre du progrès humain orienté vers l'*autonomie* et la liberté individuelle.

IV

L'antithèse de cette doctrine de l'interventionnisme à outrance, de l'État *fac-totum*, est la théorie de l'école libérale qui voudrait, au contraire, réduire son rôle au minimum d'activité : Tout organisme social étant une gêne pour l'individu est un mal ; mal nécessaire, sans doute, mais que le

progrès doit chercher à restreindre graduellement et de plus en plus.

Jules Simon fut le principal protagoniste de cette théorie dans son beau livre *La liberté*. Publié vers 1854, il semble fait d'hier, tant ses prévisions pour ainsi dire prophétiques avaient devancé l'ordre des choses dont est faite notre vie actuelle, avec ses progrès et ses avantages, et, aussi, avec ses déceptions et ses maux.

Il estime que « l'autorité ne doit paraître dans le monde que comme une conséquence de l'infirmité humaine, qu'il faut lui faire une place strictement mesurée sur le besoin qu'on a d'elle : qu'elle est légitime dans cette mesure et dans cette mesure seulement ».

Toutefois, il ne demande pas d'énervier le pouvoir, mais de le restreindre. « On ne peut pas, dit-il, sans contradiction reconnaître que l'autorité est nécessaire, et, en même temps, la désarmer. »

Il veut même « qu'elle soit forte pourvu qu'elle soit définie, que rien ne lui manque pour l'exécution de la loi, et que tout lui manque pour l'usurpation ». Il admet aussi que « la société doit se charger d'une fonction, quand cette fonction est indispensable, et ne peut être exercée ni par les individus, ni par l'association libre et volontaire ¹ ».

C'est, on en conviendra, réduire au *minimum* la part de l'État. Cependant, de nos jours, M. Émile Faguet, s'il n'a pas quelque peu sacrifié la mesure de sa pensée au pittoresque de l'expression, semble aller encore plus loin dans cette voie, en prétendant réduire le rôle du gouvernement à celui de « simple gendarme ». C'est, nous semble-t-il, oublier que la

1. Jules Simon. *La liberté* (Hachette, 1859), I, 202, 204.

vie en société est une vie de relation, et que toute relation suppose un lien commun et sympathique, qui ne saurait être autre que le pouvoir social. Mis au courant de tous les intérêts, bien placé pour les apercevoir dans une vue d'ensemble, le pouvoir a pour mission de contribuer au bonheur et à la prospérité publique, en déchargeant les particuliers des missions qui, non seulement les absorberaient trop, mais qu'ils seraient dans l'impossibilité de convenablement remplir : assurer la sécurité intérieure et extérieure, entretenir avec les peuples voisins les relations diplomatiques et commerciales, lever l'impôt et le répartir, créer les armées, distribuer la justice, organiser les grands travaux publics d'hygiène et d'intérêt général, ce sont là autant de fonctions — et combien n'y en a-t-il pas d'autres — qui doivent légitimement rentrer dans les attributions des pouvoirs sociaux.

Le principal défaut des doctrines ultra-libérales, est de diminuer le sentiment altruiste et la notion même de patrie. L'individu habitué à s'exagérer son importance, perd le sentiment de la relation qui l'unit à son milieu, et finit par se persuader qu'il est centre, que rien n'existe que lui et pour lui, et il en vient à ériger l'égoïsme féroce en système philosophique et en règle de vie.

L'expression de cette mentalité se réalise dans le *surhomme* de Nietzsche. Tout homme, disent les tenants de cette doctrine, porte en lui-même sa fin; le développement de son être est son unique but; il n'a pas à se préoccuper de ses semblables, ses tendances le portent à chercher le bonheur, et c'est la seule loi que lui dicte la nature; tout, en dehors de là, est factice et artificiel. Affranchissons-nous donc des préjugés altruistes et sociaux qu'inspire un aveugle atavisme,

et non la saine raison. Ces préjugés sont le serpent noir, qui vous tient à la gorge, mais dont il faut savoir mordre le cou et cracher la tête ¹. Au surplus, ces principes eux-mêmes pourront profiter à cette société, qui ne nous intéresse guère cependant, puisque, réalisant l'écrasement des faibles, ils assurent la survivance d'une race puissante, qui prévaut contre les nations voisines.

Pas plus que nous n'avons demandé à naître, nous n'avons à nous préoccuper de ceux qui viendront après nous : à eux de pourvoir pour eux, comme il nous appartient de pourvoir pour nous. En fait, nous vivons dans un état social qu'une force collective, et peut-être notre intérêt, bien entendu, nous obligent à respecter, mais dont nous devons, autant que possible, éviter les charges, sans songer à nous sacrifier à des entités chimériques, qu'on les nomme patrie ou humanité, mots vains, vides de sens, *verba et voces* ; la patrie est le lieu où je suis bien : *ubi bene ibi patria*. Quant à l'humanité, en quoi peuvent m'intéresser des hommes que je ne connais pas, de « vagues humanités » !

Que sont les autres personnalités sociales ? Des collectivités d'individus juxtaposés, artificiellement encadrés. Qu'est l'État ? une absurde et monstrueuse « idole » ². Que sont les lois ? des moyens que les faibles et les habiles ont su trouver pour opprimer les forts. Où est la source de tous ces convenus ? dans la nature. Allons donc ! ses leçons sont tout autres, et tout s'y réclame de nos principes. Que le laboureur laisse germer et croître l'ivraie, et il nous dira ce qu'il advient du bon grain ! Considérons la faune terrestre

1. Voir Nietzsche. *Ainsi parlait Zarathoustra*, et ses autres œuvres. Voir aussi le roman de Paul Adam : *Le serpent noir*.

2. Nietzsche. *Ainsi parlait Zarathoustra*.

ou aquatique : l'animal le plus fort ne se nourrit-il pas du plus faible ? Et parmi les hommes eux-mêmes, à l'état de nature, que signifient ces guerres continuelles de tribu à tribu, sinon cet instinct naturel qui veut faire prévaloir les énergies supérieures au détriment des inférieures. Au fond, les guerres entre peuples civilisés n'ont pas un autre sens : l'écrasement du faible est la *suprema ratio*, non seulement des rois, mais de tous les hommes, et la seule vraie loi est la lutte pour la vie ¹.

Ainsi pensent et agissent « les anarchistes d'en haut ». Mais, à ce scepticisme élégant et raisonneur du « dirigeant », ne tarde pas à succéder le scepticisme simpliste de l'ancien dirigé, devenu « l'anarchiste d'en bas ». Rendu clairvoyant, il s'aperçoit qu'il est le nombre et la force. Lui aussi se précipitera donc à la curée, avec des appétits aiguisés par toutes les privations passées, et avec un instinct dont aucun atavisme, ni aucune éducation ne réfrène la brutalité. Que lui parle-t-on de loi morale, de justice sociale ! on ne l'a que trop leurré avec ces mots sonores ! Que lui parle-t-on d'évolution plus ou moins lente, de politique, de république même ! Quel compte les dirigeants ont-ils fait de tout cela pour eux-mêmes ? Ils ne s'en sont servis que pour l'aveugler

1. Nietzsche, *ibid.*, *passim*. De telles doctrines sont loin d'être nouvelles. Platon les avait déjà exposées et réfutées. (Voir dans le *Gorgias* le dialogue entre Socrate et Calliclès.) Elles sont d'ailleurs sans racines dans la nature et sans conclusion humaine, puisque, d'après elles, le monde n'existerait que pour une certaine élite, se décernant à elle-même ses titres à la domination générale, ou plutôt à la jouissance exclusive ; le reste des hommes serait, non plus « les éphémères » suivant l'expression eschylienne si grandiose et si touchante, mais « les superflus », le troupeau » ne valant pas l'honneur d'être compté ; conception en définitive étroite, artificielle d'un orgueil humain délirant qui ne voit qu'un côté des choses créées, et n'en aperçoit pas les relations étroites, les rapports d'interdépendance.

et le dominer. Aussi ce qu'il veut, c'est la jouissance immédiate, le profit non différé. Pour arriver à ce but tous les moyens lui seront bons, et deux mots les résument : l'action directe et l'anarchie.

Il est facile de deviner, bien plus, de constater les conséquences d'un pareil état d'esprit : c'est, non seulement le recul du progrès, mais la suppression de toute civilisation et même de tout ordre social ; en un mot le retour à la barbarie des sociétés primitives.

V

Entre le collectivisme et les exagérations de la théorie individualiste, se place la doctrine qui fait à l'individu et à la société leur part respective et leur place légitime.

Et d'abord constatons que la société a des droits vis-à-vis de l'individu, ajoutons qu'ils existent dans l'intérêt même de celui-ci : composés de toutes les parts des libertés naturelles que chaque homme a dû abandonner pour s'assurer la pleine et paisible jouissance des autres, ces droits constituent la puissance publique de l'Etat, gardienne des intérêts généraux et garante de la sécurité de tous. L'Etat est donc le milieu dans lequel se meuvent les libres activités, sous les conditions de mesure, nécessaires pour ne point s'entraver et se nuire réciproquement. Mais hâtons-nous de dire que ce point de vue utilitaire et quasi-contractuel est loin d'être le seul, et qu'il paraît même quelque peu étroit devant la science sociale, contemporaine. Elle estime que, comme l'individu, la société a des droits en tant qu'être réel et organiquement constitué, et elle tend, de plus en plus, à voir dans le corps

social, non point un être fictif, une entité morale, mais bien une personne réelle et vivante, possédant des droits, ayant des devoirs et des responsabilités. Les sciences naturelles constatent la vie universelle, animant toutes choses, elles considèrent chaque existence comme un composé d'existences plus petites qui concourent à la former, et dont elle est en quelque sorte la résultante ; ainsi l'organisme social est fait de toutes les vies individuelles. « On ne croit plus beaucoup aux créations artificielles de la loi, et un peu partout, en constatant la germination invincible des personnes morales, on a été amené à y voir un phénomène naturel ¹. »

Ce n'est point là d'ailleurs une doctrine récente, et Kant l'avait déjà formulée : il admettait, dit un de ses commentateurs ², entre les esprits, une loi d'universelle dépendance, analogue à la loi de l'attraction assignée par Newton aux substances matérielles : « Dans les mobiles les plus intimes, nous nous trouvons dépendre de *la règle de la volonté universelle*, et il en résulte dans le monde de toutes les natures pensantes, *une unité morale* et une constitution systématique, suivant des lois purement spirituelles. »

Si après avoir constaté ce phénomène nous en recherchons l'origine, nous la trouvons dans l'instinct de sociabilité, qui est comme le ciment naturel des sociétés humaines. Sous quelque latitude, ou sous quelque climat qu'on ait rencontré des hommes, on les a toujours trouvés réunis. De cette réunion naît une communauté de sentiments, de manières de

1. Hauriou. *Leçons sur le mouvement social*, p. 92. Voir aussi 6^e leçon, p. 111. Il faudrait toutefois se garder de tomber dans les exagérations allemandes à ce point de vue ; de décrire l'anatomie du corps social et sa physiologie avec Ihering, ou de constater avec Bluntschli qu'il est du sexe masculin et qu'il a atteint « l'âge de virilité consciente » en 1840.

2. *Kant* par M. Théodore Ruyssen (Paris, Alcan, 1904), p. 91.

voir et de sentir, un accord tacite et unanime de volontés, qui devient la pensée et, comme on l'a très exactement appelé, l'esprit de l'universalité. Esprit de famille, esprit de cité, esprit de nationalité, esprit de caste, esprit de clocher, etc., n'est-ce point là une sorte d'âme générale qui pénètre et émeut toutes les associations humaines, et dont on constate l'existence inséparable de celle de l'humanité ?

Vainement on a essayé de contester cette vérité ; vainement, parfois, on a tenté d'étouffer cette âme collective ; vainement la Révolution voulut supprimer les personnes morales constituées en nombre et en puissance dans l'ancienne société française, les associations se reformèrent, sous la tolérance peut-être des pouvoirs publics, mais tolérance qui n'était que la reconnaissance inconsciente d'un fait humain, plus fort que les lois positives ¹.

C'est cet *esprit* qui engendre le sentiment de la solidarité et de la responsabilité commune, si fortement senti par les sociétés anciennes, où, comme nous l'avons déjà dit, l'homme se confondait avec le citoyen, au point de ne se considérer que comme un rouage infime, une partie intégrante de la famille ou de la cité.

Bien plus, de ce sentiment profond du lien, de la solidarité de la race, était issu ce fatalisme de famille, auquel nul ne songeait à se soustraire, et dont nous trouvons le vivant écho dans les œuvres littéraires qui nous révèlent la pensée

1. Mestre. *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale* — Taine. *Le régime moderne*, t. II, p. 200 — Décrets du 15 février 1791 et décret des 14 et 17 juin même année décidant « que l'anéantissement de toutes les corporations de citoyens était l'une des bases de la constitution française » ; décret du 17 août 1792.

antique¹. Cette pensée est exagérée sans doute, car l'homme dans la société n'est pas un élément inconscient ; « il se représente » l'ordre auquel collabore, le milieu auquel il appartient. De plus, il sait que son action éclairée influe sur « la conduite » générale dont il est un coefficient, un potentiel, suivant le terme expressif de M. Hauriou, mais un potentiel intelligent².

Si donc l'État n'est pas l'être artificiel, scientifiquement organisé, la machine qui absorbe tout, prévoit tout, suffit à tout, il n'est pas davantage un monceau de grains de sable d'unités sans lien ni cohésion ; il n'est pas non plus le « simple gendarme » chargé seulement de maintenir l'ordre et la paix entre des milliers de prétentions rivales³. Il est l'être réel et sympathique, le milieu vivant, créé pour les

1. A toutes les époques, chez tous les peuples, sous toutes les latitudes, nous trouvons l'idée de solidarité profondément enracinée et entraînant comme conséquence naturelle la responsabilité pénale des familles et autres collectivités (voir M. Mestre, *op. cit.*, et les autorités indiquées, p. 21, 22, 130). La Bible traduit, à chaque pas, le même sentiment de solidarité, au point de vue des groupes politiques et même des familles ; exemples : le grand-prêtre Héli puni pour les déportements de son fils ; le frère obligé d'épouser la veuve de son frère décédé sans enfants, pour lui susciter une postérité. Ne semble-t-il pas que la nature elle-même a inscrit cette loi dans l'homme qui hérite des traits, des qualités, des défauts, des tares physiques ou morales de ses aïeux, qui subit l'influence bonne ou mauvaise, utile ou néfaste du milieu dans lequel il vit. Le milieu est composé d'hommes, mais c'est lui qui fait l'homme. « La sociologie et l'histoire, dit M. le professeur Esmein, montrent que la formation et le développement d'une nation ne sont point une création artificielle, mais un phénomène naturel, dont les conditions sont la race, le milieu et les conséquences historiques. »

« Chaque nation ainsi formée a vraiment une sorte de vie propre, distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné, où se combinent l'activité et la pensée des générations passées, avec celles de la génération présente, où se prépare le sort des générations futures. » (*Éléments de droit constitutionnel*, p. 184.)

2. *Études sur le mouvement social*, V^e et VI^e leçons.

3. Il y a là une question de mesure, qui doit avoir pour *critérium* non seu-

individus qui le composent ; exerçant sur eux, comme eux sur lui, l'influence d'actions réciproques et réflexes, ayant ses devoirs et aussi certainement ses droits.

VI

Mais en face du droit social se dresse le droit individuel, non moins respectable, et peut-être davantage, car, suivant la majorité des doctrines contemporaines de philosophie politique, il est la fin, tandis que le premier n'est que le moyen. Les célèbres déclarations de droits, qui se sont succédé depuis celle de 1791, sont explicites à cet égard ¹.

Toutefois, il faut bien le reconnaître, si l'homme n'est qu'un composé d'atomes, une agrégation de matière sous une forme plus ou moins heureuse, un amalgame d'éléments chimiques dont la savante combinaison a pu produire les effets humains, dans lesquels rentrent les effets sociaux dont nous nous occupons, le droit est quelque chose non seulement de fragile, mais de factice et sans aucune réalité solide.

Alors pourquoi la vie ? Pourquoi la maintenir ? et, si nous la maintenons, pourquoi la limiter ? Pourquoi donner à notre expansion individuelle ces entraves que, nous l'avons vu, la doctrine de l'individualisme sans limites repousse avec une absolue logique ? Questions brûlantes, mais qu'on ne saurait éluder, qu'il faut examiner en face, et ne plus reléguer dans le domaine de l'école, parce que d'autres les

lement la volonté réelle du plus grand nombre, mais la justice et l'intérêt général. On peut citer comme exemple de l'intervention légitime et utile de l'État, la réglementation, par voie législative, du repos hebdomadaire.

1. Voir ci-après, page 205, note 1.

ont posées et prétendent les avoir résolues dans un sens anti-social ¹.

Que si, au contraire, la vie humaine ne se borne point à l'existence physique, matérielle, s'il y a en l'homme — uni par d'invisibles liens à la matière organisée, tout en en différant et lui étant supérieur — un être métaphysique, une âme en un mot, cause intelligente et libre, nous en concluons, qu'avec la noblesse originaire et la grandeur de l'homme, là se trouve également la source de son droit : nous reconnaitrons également que ce droit est imprescriptible, opposable à tous et indépendant de toute relation sociale ; qu'il

1. Il nous paraît même insuffisant de dire avec M. Esmein (*op. cit.*, p. 381) « que le fondement du droit individuel est dans cette idée que la source de tout droit se trouve dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable ». C'est là précisément, disons-nous, la démonstration à faire, c'est une affirmation qui ne saurait se passer d'un fondement moral et psychologique. Il est à remarquer, en effet, que ce sont là des formules évasives, éludant la question que l'on n'ose aborder, et sans la solution de laquelle, cependant, les plus belles constructions ne seront jamais que des colosses aux pieds d'argile. Au nom de telles formules on pourra bien faire valoir l'utilité pratique, mais non revendiquer le respect, commander l'obéissance, imposer la responsabilité. Rien de tout cela n'est dû en effet à ce qui n'est que précaire, contingent, relatif et, en définitive, périssable.

A plus forte raison ne partageons-nous pas l'opinion d'Herbert Spencer et de plusieurs autres auteurs modernes, qui cherchent la source des droits individuels dans la valeur relative de l'individu, par rapport au corps social. L'individu est partie intégrante du corps social membre ou cellule. A ce titre, il est indispensable à la vie, au bon fonctionnement du tout, et par conséquent, le corps social ne saurait sans se nuire à lui-même, soit détruire l'individu, soit lui enlever le minimum de libertés nécessaires à sa vie, à la fonction qu'il remplit, au rôle qu'il joue dans l'ensemble. C'est ce minimum qui constituerait les droits individuels. Cette théorie a le défaut, pour mieux défendre les droits de l'individu, de le supprimer, de faire abstraction de sa valeur, de sa personnalité propre et de l'absorber dans le corps social.

Elle va à l'encontre de la doctrine moderne qui, sans méconnaître que l'individu est partie intégrante du corps social, affirme cependant avec énergie que la société existe pour lui, et non lui pour la société.

résulte, enfin, de la valeur intrinsèque de l'homme et de sa personnalité propre, par cela seul qu'il est homme.

A cette doctrine on oppose en quelque sorte une fin de non recevoir préalable. Démontrez-nous, nous dit-on, par un mode de preuve que la science puisse admettre, c'est-à-dire que nos sens puissent saisir, que nos expériences puissent contrôler, la vérité de votre conception métaphysique, de l'existence, en dehors de la matière, quoique liée à celle-ci, d'une substance qui lui soit dissemblable, en même temps que supérieure ; alors nous croirons, car en dehors de ce procédé de démonstration tout est vain et trompeur.

Telle est, en peu de mots, la doctrine dont la formule simple et spécieuse a gagné bien des esprits. Nous pourrions faire remarquer qu'elle manque de profondeur, et qu'en l'examinant de près, on ne trouve en elle qu'une pétition de principe. Si en effet l'homme n'est pas seulement matière, mais s'il est encore être intellectuel, comme nous le prétendons, on est mal venu à soutenir qu'il n'y a de valables que les démonstrations du domaine des sens, et que les arguments métaphysiques sont hors de propos, en un mot on considère comme prouvé ce qui précisément est mis en question. Une telle méthode, purement empirique, exclurait du domaine de la philosophie l'un des procédés les plus légitimes de l'esprit humain : la déduction, qui consiste à tirer de lois connues et certaines, toutes les conséquences qui en découlent, même dans le domaine qui échappe à nos sens et à nos expériences.

Mais essayons de suivre cette doctrine sur son terrain même, et de la combattre avec les propres armes qu'elle emploie ; méthode hardie et nouvelle peut-être qui prétend démontrer le spiritualisme par les méthodes positivistes, mais que nous croyons à la fois possible et concluante.

Pour la rendre admissible et plausible, il suffit de cette simple observation que, si l'homme est à la fois esprit et matière, il y a, entre ces deux éléments, des points de contact nécessaires, qu'il est peut-être plus facile qu'on ne l'a cru, de saisir et de constater.

Considérons une action matérielle quelconque, mettons un, deux, trois...objets en contact immédiat, le premier avec le second, le deuxième avec le troisième, et ainsi de suite ; imprimons un mouvement au plus rapproché de notre main : celui-ci fera mouvoir son voisin qui, lui-même, mettra le troisième en mouvement...

Prenons cette expérience en sens inverse : si le dernier objet matériel est mû, c'est qu'il est poussé par le précédent ; le second a reçu l'impulsion du premier ; le premier l'a reçue de la main, objet matériel elle-même ; la main du bras ; et le bras des muscles et des nerfs dont le faisceau central est au cerveau.

Donc, jusqu'à présent, nous n'avons trouvé qu'une série d'actions matérielles, dont chacune a été la cause des autres, et, la première, la cause de toute la série.

Mais quelle est la *cause initiale* qui commence réellement la série et n'est précédée d'aucune autre ? Ce ne peut être une action matérielle, puisque, nous venons de le voir, toute action matérielle en suppose une autre qui l'a produite elle-même :

... Je vois l'outil

Obéir à ma main : mais ma main, qui la guide ?

a dit le bon La Fontaine¹. Il faut, par conséquent, qu'il y ait eu, chez l'être humain, auteur du mouvement initial, une

1. Livre X, fable 1^{re}. Discours à M^{me} de la Sablière.

puissance indépendante, qui ne soit point matière, et qui cependant ait action et influence sur elle ¹.

Quelle est la nature de cette puissance immatérielle ? On peut le rechercher, mais il nous suffit pour l'instant d'avoir constaté son existence, sa présence dans l'homme, d'une façon en quelque sorte tangible, suivant le procédé de la science expérimentale.

Prenons encore un autre exemple, ou, si l'on veut, donnons une autre forme à notre démonstration :

Voici une machine munie de tous ses organes : Regardez-la, rien n'y manque, arbre de couche, engrenages, volant, courroies de transmission ; mais elle est inerte, tout cela est mort ! Que faut-il pour que le mouvement se produise ? Il faut qu'elle entre en communication avec une force, avec une autre machine, mue elle-même par une énergie étrangère. Dès que cette communication est établie, l'activité commence, la vie se répand, tous les organes se meuvent. Est-ce le feu, est-ce l'électricité qui sont l'âme de la machine ? Non, car il a fallu encore une intervention extérieure pour les produire. Sont-ce les ouvriers ? pas davantage, car, ils ne font qu'obéir. Le principe initial du mouvement c'est une pensée, celle de l'inventeur, c'est une volonté

1. A moins que l'on ne veuille prétendre qu'il est une matière intelligente qui commande à une matière brute et inanimée. Mais alors, dirions-nous à nos adversaires, où, quand, comment vos *expériences* vous ont-elles montré une matière semblable ? La matière est l'ensemble des corps, et tous ceux que nous connaissons, changeants, mobiles, altérables, montrent, par ces caractères, qu'ils subissent l'influence d'une action étrangère. On n'en a jamais vu, l'esprit n'en peut même pas concevoir ayant une *spontanéité* d'action et de mouvement qu'ils communiqueraient à d'autres. Au fond une telle doctrine ne ferait que reculer la difficulté, car cette matière intelligente ne pourrait être qu'une matière mue par une intelligence différente d'elle-même.

humaine ! Vous en trouvez la marque, l'empreinte dans tous ces agencements de la matière, dans tous les procédés de leur mise en œuvre. Partout, dans l'ensemble comme dans les détails, vous constatez la présence et les effets de cette substance, de cette activité créatrice et mystérieuse, peut-être lointaine ou disparue, mais vivante encore dans ses résultats. Vous la trouvez, *vous la constatez... !* Sans doute ; mais elle échappe à votre analyse. *Mens agitat molem*, a dit le poète, et cette formule, cette antithèse résume notre doctrine ¹. Cependant, pas plus que de l'âme universelle, infuse en toutes choses, l'homme ne découvrira l'essence de la sienne propre qu'il communique à chacune de ses œuvres et des créations de son génie.

Qu'est-ce qui fait mouvoir ces grandes masses d'hommes que l'on nomme des armées ? une pensée unique. Qui a organisé ce dessein, mûri ce complot, préparé ce crime audacieux et compliqué ? une conception dont l'auteur reste peut-être étranger à l'exécution, mais qui n'en porte pas moins la *responsabilité* principale devant la conscience publique, qui est bon juge et ne s'y trompe pas.

Descartes a dit : « Je pense, donc je suis. » La formule : « Je veux, donc je suis », nous eût semblé préférable. La pensée est, en effet, le premier mouvement de l'intelligence au contact des objets extérieurs, par l'intermédiaire des sens ; ainsi, plus ou moins mêlée à la sensation qui la provoque, elle ne présente pas une notion bien nette de l'acte par lequel l'être intellectuel s'affirme, se constate lui-même. La volonté est, au contraire, la réaction sur l'impression première dont la pensée est l'effet ; elle accepte, refuse, dispose,

1. Virgile. *Énéide*, VI, 727.

en un mot, en souveraine, éclairée par sa compagne l'intelligence. En d'autres termes, par la volonté, l'homme est moteur premier, cause initiale dans l'orbite qui conditionne et mesure son activité, et c'est là ce qui fait sa valeur et fonde son *droit*. Il le sent si bien qu'il attache instinctivement lui-même, l'idée de supériorité et de dignité à toute fonction humaine qui implique une action plus haute, plus étendue, plus efficace.

Eh bien, nous le demandons, cet élément, volonté, cet autre, intelligence, ont-ils été jamais matériellement constatés? Ont-ils été trouvés au fond d'un creuset quelconque, ou au bout d'un scalpel? A-t-on découvert davantage, par ces moyens, la *pensée directrice*, l'*idée générale*, l'*initiative*, la *responsabilité*? Et si l'on n'a pu ainsi les révéler, qu'est-ce à dire, sinon que ces choses sont, qu'on le veuille ou non, d'ordre métaphysique, que la méthode expérimentale est impuissante quant à elles, et qu'il est des êtres, *dont, à la fois, l'existence ne peut être niée, et qui échappent aux moyens d'investigation dont les sciences physiques disposent.*

La logique de notre raisonnement nous conduit plus loin encore... Si l'âme existe elle survit aux corps qu'elle anime, par cette raison également positive que si les corps se désagrègent et se transforment, les essences restent. Or l'âme n'est-elle pas essence par excellence ¹?

1. Les physiologistes eux-mêmes sont bien obligés d'en convenir: On ne peut se faire aucune idée, disent-ils, de la manière dont les mouvements moléculaires cérébraux peuvent contribuer à la perception (Belzung. *Anatomie et physiologie animales*, p. 335. Paris, Alcan, 1901). Bien plus, ils constatent, dans la structure du système cérébro-spinal, la présence conjugquée de deux éléments nerveux: l'un est l'organe de la sensibilité, de la transmission des sensations, l'autre est l'organe d'exécution des mouvements *commandés par la volonté*. Ces mouvements ont donc pour cause, l'initiative, le libre arbitre de l'individu. Mais cette volonté qui commande, peut-elle être de même sorte que la substance cérébro-spinale qui transmet l'ordre ou l'exécute? (*Cours d'histoire naturelle*, par MM. Boudant, Milne-Edwards et de Jussieu, p. 130, § 203.)

Ainsi l'être humain existe en dehors de la matière, et nous avons le droit de dire qu'il est intelligence, volonté, conscience. Comment pourrait-on, dès lors, contester la légitimité et la logique de la déduction platonicienne qui en fait remonter l'origine à l'infini de l'intelligence, à l'absolu de la volonté, à cette âme universelle qui est Dieu, et à laquelle Cicéron concluait, de l'existence même des âmes individuelles, dont il ne pensait pas que l'on pût révoquer la réalité en doute ¹.

Doué de telles facultés, qu'elles soient en puissance ou dans leur épanouissement, l'homme doit pouvoir les exercer avec l'initiative et la liberté dont il se sent également possesseur, car les systèmes philosophiques n'y feront rien : vainement essaiera-t-on de lui démontrer qu'il n'est pas libre, qu'en toutes ses actions, il est *déterminé* ; son sens intime protestera, sa liberté, il la sent trop vivement pour qu'un raisonnement quelconque de l'esprit puisse prévaloir contre cette conviction du sens intime. N'est-ce pas là son guide le plus sûr ? que de fois en effet s'est trompée l'orgueilleuse raison qui, avec ses facultés limitées, prétend méconnaître toutes limites, alors que tant de mécomptes l'ont prise en défaut, alors que tant de problèmes insolubles, tant de réalités dont elle ne découvre pas le secret s'imposent à elle et la confondent ! Oui, dites à l'homme, tant que vous voudrez, qu'il n'est pas libre, prouvez-le-lui avec toutes les ressources de l'éloquence mises au service de la dialectique la plus serrée, il finira toujours par vous répondre comme Galilée : *Et pourtant elle tourne*. Pour lui donc et à son profit, le

1. Est, est profecto illa vis : ne que in his corporibus atque in hac imbecillitate nostra inest quiddam, quod vigeat et sentiat, et non inest in hoc tanto naturæ tam præclaro motu. Cic. *Pro Milone*, § XXXI.

droit existe en soi et indépendamment de toute relation avec ses semblables ¹.

La réalité du droit individuel ainsi théoriquement établie, nous aurions à nous demander quel en est l'objet et le champ d'application pratique. Mais on conçoit que nous ne puissions, ici, faire une étude complète d'un tel sujet, qui ne rentre ni dans le cadre, ni dans les limites que nous nous sommes tracées. De nombreux auteurs ont écrit sur cette matière, qui trouve sa place naturelle dans les traités de droit public et de droit constitutionnel, et dans un certain nombre d'ouvrages spéciaux auxquels nous ne pouvons que renvoyer ². Il nous suffira, en vue de nos conclusions, d'indiquer la triple source d'où dérivent les divers droits qui constituent l'ensemble du droit individuel :

Les premiers, et les plus importants de tous, appartiennent à l'homme par cela seul qu'il est homme.

Les seconds sont la conséquence de son développement en tant qu'être doué d'intelligence, de moralité, de sociabilité. Ils constituent ce que l'on pourrait appeler : *le droit au progrès*.

Les troisièmes lui sont garantis par le droit constitutionnel.

En tant qu'être humain, « l'homme existe comme fin en soi, dit Kant, et non pas seulement comme moyen, pour l'usage arbitraire de telle ou telle volonté ». Par conséquent, il a droit à la liberté : à la liberté absolue de sa conscience, à la liberté relative de sa personne et de ses actes ; relative, c'est-à-dire limitée par le droit égal de ses semblables. L'abus qu'il ferait du sien rendrait légitime l'action néces-

1. Voir dans ce sens J. Simon. *De la liberté*, t. II. p. 235, 236 ; Esmein. *Droit constitutionnel*, p. 381.

2. Esmein. *Éléments de droit constitutionnel*, p. 377 et suiv. ; Hauriou. *Précis de droit administratif*, p. 39 et suiv. ; Beudant. *Le droit individuel et l'État* ; J. Simon. *De la liberté*.

sitée par la défense individuelle ou collective. Il a droit à l'égalité civile, car celui qui n'est pas l'égal de l'un de ses concitoyens, comme personne privée, lui est matériellement soumis, dans une mesure qui varie entre l'esclavage proprement dit et un servage plus ou moins étroit. Il a droit à la justice qui n'est que l'une des formes de l'égalité. Il a droit au respect de sa personne et de tout ce qui en est la dépendance ou l'extension, puisque tel est l'objet de la société, en vue duquel il en observe les lois ¹.

En tant que doué d'intelligence, de moralité et de sociabilité, l'homme a droit acquis aux progrès réalisés par la société dont il fait partie.

Les civilisations progressent chaque jour, et ce n'est pas dès leur origine que les peuples ont été capables d'exercer tous les droits et toutes les libertés. Il y a, à cet égard, des lois de croissance intellectuelle, de développement moral qu'il faut bien accepter et subir ².

Mais, de cette constatation même, naît pour les gouvernants, l'obligation de ne point méconnaître les progrès accomplis, et de se souvenir que l'homme est non seulement essentiellement libre, mais encore perfectible. Son perfectionnement est à la fois son droit, sa loi, son devoir; nul ne doit lui faire

1. Déclaration des droits de l'homme. « Art. 1^{er} : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Art. 4 : La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. » Ainsi l'exercice des droits matériels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. La Constitution de 1793 disait encore : « Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme ses droits naturels et imprescriptibles... La loi doit protéger la liberté *publique* et *individuelle* contre l'oppression de ceux qui gouvernent. »

2. Dans ce sens, voir Faustin Hélie. *Instruction criminelle*, t. I, page 27. Édition 1845.

obstacle dans cette marche vers la destinée qu'il entrevoit.

Que l'on considère en effet, l'histoire de l'humanité, et l'on remarquera que les races humaines tendent toujours à un plus grand affinement intellectuel, et même physique, comme aussi à une plus haute moralité : le barbare s'est transformé en baron féodal. Celui-ci est devenu le chevalier aux sentiments généreux, le patricien au noble caractère. L'homme de l'idée est arrivé ensuite : poète délicat, inventeur de formes exquises et ignorées du vulgaire, ou penseur puissant et hardi jusqu'à la divination semblant devancer l'avenir et dépasser les conceptions humaines ; prophète en Orient, aède en Grèce, *vates* à Rome ¹.

Il semble donc que la vie soit le creuset dans lequel la nature humaine s'épure, avant d'entrer dans une existence supérieure. L'individu y aspire par delà la tombe, les sociétés la poursuivent à travers les siècles et les révolutions par les moyens pacifiques ou violents. Rien ne leur coûte pour cette conquête : « qu'importent les morts », dit le poète ², pourvu que le progrès marche et que l'œuvre humaine s'accomplisse !

Dans cette poursuite d'un avenir meilleur, l'homme étant libre, peut errer, faire fausse route, parfois même revenir en arrière. Mais chaque progrès réel lui est acquis, et il ne saurait lui être légitimement repris. De ce qu'un peuple a conquis des prérogatives que n'avaient pas ses ancêtres, on ne saurait conclure qu'il n'a pas un droit absolu à les conserver.

1. « C'est par un procédé de poète, dit très bien M. Lavisce, que Pasteur *imaginait* la vérité ». Et Pasteur lui-même affirme : « Au début des recherches expérimentales, l'*imagination* doit donner des ailes à la pensée. » Josse Bade au xiv-xv^e siècle disait : « Les poètes sont plus véridiques de tous pour qui sait les comprendre... » Ils sont « plus que des poètes ; des devins, des prophètes. »

2. Déroulède. *L'Helman*.

En un mot, il est deux choses qu'aucun pouvoir ne saurait confisquer : la liberté nécessaire à la conquête du progrès et le progrès lui-même.

Le droit est au-dessus de tous, nul vent contraire
Ne le renverse ; et tous ne peuvent rien distraire,
Ni rien aliéner de l'avenir commun ¹.

Enfin, à côté de ces prérogatives essentiellement inaliénables, de par le droit naturel, et garanties implicitement ou explicitement par la loi constitutionnelle, il en est d'autres que cette même loi assure, quoiqu'elles n'aient pas la même source que les précédentes, mais soient simplement de droit positif. A cette catégorie se rattache l'égalité politique, le droit de vote et d'éligibilité, l'organisation des divers pouvoirs publics, le mode de leur élection, etc.

Tels sont les droits individuels que le pouvoir social, quelle que soit sa forme, a le devoir de respecter. Les publicistes, les maîtres de la science politique, les professeurs de droit le proclament à l'envi :

« La souveraineté, dit Benjamin Constant, n'existe que
« d'une manière limitée et relative. Au point où commence
« l'indépendance de l'existence individuelle s'arrête la juri-
« diction de cette souveraineté, si la société franchit cette
« ligne, elle se rend aussi coupable que le despote qui n'a
« pour titre que le glaive exterminateur. La société ne peut
« excéder sa compétence sans être usurpatrice, la majorité
« sans être factieuse

.

1. Victor Hugo. *L'Année terrible*. Les droits de l'État, dit Jules Simon, naissent uniquement de la nécessité sociale et doivent être strictement mesurés sur cette nécessité : de telle sorte qu'à mesure que cette nécessité diminue par le progrès de la civilisation, le devoir de l'État est de diminuer sa propre action et de laisser plus de place à la liberté. En d'autres termes,

« Il est incontestable dans un hameau de vingt cabanes,
 « comme dans une nation de vingt millions d'hommes, que
 « nul ne doit être arbitrairement puni sans avoir été jugé,
 « jugé qu'en vertu des lois consenties et suivant des formes
 « prescrites ; empêché, enfin, d'exercer ses facultés physi-
 « ques, morales, intellectuelles et industrielles d'une ma-
 « nière innocente et paisible ¹. »

« Ce sont des droits, nous dit à son tour M. le professeur
 « Hauriou ², non pas des facultés qui ne s'exercent que par
 « faveur, tolérance, permission ou concession révocable de
 « l'administration : *le droit est une faculté irrévocable qui*
 « *se réalise comme un pouvoir propre du sujet humain. His-*
 « *toriquement les droits ont-été concédés ou accordés, à une*
 « certaine date, par la législation de l'État, *mais ils l'ont été*
 « *d'une manière irrévocable* justement parce qu'ils ont été
 « reconnus comme des pouvoirs propres à l'individu. »

M. le professeur Esmein n'est pas moins formel : « C'est
 « une des idées les mieux établies et les plus fécondes des
 « temps modernes que l'individu a *des droits antérieurs et*
 « *supérieurs à ceux de l'État*, et qui s'imposent par conséquent
 « au respect de l'État. » « Mais le premier intérêt et le *pre-*
 « *mier droit de l'individu*, c'est de pouvoir librement déve-
 « lopper ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour
 « assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu
 « de le diriger lui-même spontanément, et à sa guise, à ses
 « risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal
 « d'autrui. Or, assurer ce libre développement, c'est juste-
 « ment le but des diverses libertés qui constituent les droits

l'homme a droit, en théorie, à la plus grande liberté possible, mais en fait il n'y a droit qu'à mesure qu'il en est capable. (*De la liberté*, t. I, p. 4.)

1. *Cours de politique constitutionnelle*, t. I, p. 162.

2. *Précis de droit administratif*, p. 40.

« individuels ; en ne les respectant pas, la société politique
« manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa
« première et principale raison d'être. « La fin de tout éta-
« blissement public, disait Siéyès, est la liberté indivi-
« duelle ¹. »

M. le professeur Beudant va plus loin encore et admet la revendication formelle du droit individuel : « L'homme, dit-il, « le possède et peut s'en prévaloir si la jouissance ne lui en « est pas garantie, même quand elle lui est déniée. Lorsque « Bossuet a dit : « Il n'y a pas de droit contre le droit », il « n'entendait pas autre chose que ceci, c'est que *le droit est* « *antérieur à la loi, et dès lors au-dessus d'elle* ; c'est que la loi, « qui a pour mission d'assurer le respect des droits, ne doit « pas les méconnaître ; *c'est qu'il peut y avoir, à un moment* « *donné, une protestation du droit contre la loi* ². »

Enfin Frédéric Bastiat affirme la même doctrine : « Le « droit collectif, dit-il, a son principe, sa raison d'être, sa « légitimité dans le droit individuel ; et la force commune « ne peut avoir, rationnellement, d'autre but, d'autre mis- « sion que ces forces isolées auxquelles elle se substitue... « Et comme chaque individu n'a le droit de recourir à la « force que dans le cas de légitime défense, la force collec- « tive, qui n'est que la réunion des forces individuelles, ne « saurait être rationnellement appliquée à une autre fin ³. »

1. Esmein, *op. cit.*, pp. 24, 381-382.

2. Beudant. *Le droit individuel et l'État*, p. 22.

3. Frédéric Bastiat. *La loi*, t. IV, p. 343-388 (citation de M. Beudant).

VII

Après avoir ainsi constaté les origines du droit individuel et du droit social, reconnu leurs sources dans l'histoire, marqué leur légitimité et leurs limites respectives, en nous inspirant de la psychologie individuelle et collective; après les solennelles déclarations de droit placées en tête de leurs constitutions par les auteurs de la Révolution française, c'est-à-dire de notre droit public contemporain; après avoir vu ces principes universellement affirmés par les penseurs et les savants dont nous venons de transcrire les formules si nettes et si précises, admettra-t-on facilement que tout cela n'existe que dans la théorie pure, que tout cela soit vain et dépourvu de toute réalité dans la pratique?

Est-il possible qu'entre ces deux droits, liés l'un à l'autre par des rapports de dépendance réciproque, et pouvant par conséquent se trouver en conflit, le droit individuel et le droit social, il n'y ait aucun arbitre impartial pour les départager; bien plus, que l'un des deux, le droit individuel, soit remis à la discrétion de l'autre, de celui-là même dont l'existence, comme l'a dit Bastiat, ne se justifie que par l'intérêt du premier, et contre lequel devraient, par suite, être tranchés tous les cas douteux?

Faudra-t-il admettre, enfin, cette inconséquence monstrueuse et anti-sociale, qu'une loi, — et non une loi quelconque mais la loi fondamentale de l'État, — soit dépourvue de sanction, c'est-à-dire ne soit pas une vraie loi; que s'il plaisait au pouvoir législatif d'exercer sa fonction de la façon la plus inconstitutionnelle et la plus tyrannique, de renouve-

1. *Op. cit.*, p. 402.

ler les excès du long parlement en Angleterre, ou de la convention en France, rien n'y saurait faire obstacle, et cela, dans le milieu d'une civilisation des plus avancées, et d'une science sociale dont on ne saurait méconnaître la perfection et l'éclat ?

Oui, s'il faut en croire les théoriciens éminents qui ont le mieux dégagé et exposé les principes, notamment MM. Esmein et Hauriou, et, avec eux, il faut bien le reconnaître, la très grande majorité des professeurs de droit public et de droit constitutionnel ; oui, tout cela n'aboutirait qu'à une inutile doctrine et à un lamentable aveu d'impuissance :

« Une loi, dit M. Esmein, qui supprimerait ou entamerait
« une liberté ou un droit garantis par la constitution, ne se-
« rait pas nulle pour cela. Incontestablement elle n'aurait
« pas dû être votée par le corps législatif, qui, en l'adop-
« tant, a violé la constitution. Mais une fois votée, elle de-
« vient obligatoire et ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir
« judiciaire ne pourraient refuser d'en faire l'application...
« En France, la garantie constitutionnelle des droits n'a
« que la valeur d'une restriction ou obligation morale im-
« posée au pouvoir législatif, et *l'état de droit est sensible-*
« *ment le même, qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas.* »

Et M. Hauriou, sur la question de savoir jusqu'à quel point les droits individuels peuvent être protégés contre les atteintes des lois ordinaires, par les garanties de droits formellement inscrites dans certaines constitutions écrites, déclare « que ces garanties n'ont jamais eu d'importance chez
« nous, parce que l'autorité judiciaire n'a pas le droit d'ap-
« précier la constitutionnalité des lois ¹ ». »

1. *Op. cit.*, p. 45.

Si telle est notre législation, il faudra tout au moins reconnaître qu'elle est d'un autre âge et d'un autre régime, et en complet désaccord avec les mœurs, la civilisation et la forme du gouvernement de la France contemporaine ; bien plus, qu'elle retarde sur la constitution de l'ancienne monarchie, dans laquelle les lois fondamentales de l'État étaient considérées comme l'une des « bornes » principales « de la puissance des souverains ». (Loyseau, *supra*, page 63.) Peut-être même, poussant la logique jusqu'au bout, d'aucuns en concluraient avec Rousseau, que « le pacte social étant « violé, chacun rentre dans ses premiers droits, et reprend « sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle, « pour laquelle il y renonça ¹ ».

La chose mérite donc un examen attentif, une discussion rigoureuse, et l'on conçoit maintenant qu'il nous ait paru nécessaire de mettre en lumière les principes du droit, afin de donner à nos conclusions toute l'autorité désirable.

Pour les dégager utilement nous devons apprécier dans quelle mesure, avec quelle efficacité le pouvoir judiciaire peut protéger les droits individuels contre les atteintes possibles des autres pouvoirs. Cela nous conduit à étudier les rapports du pouvoir judiciaire avec le législatif d'abord, avec l'exécutif ensuite.

1. *Contrat social*. Liv. I, ch. VI.

CHAPITRE VI

Rapports du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif

- I. — Le pouvoir législatif est le premier des pouvoirs de l'État, mais il n'est pas sans limites. — Limites et sanctions constitutionnelles. — Lois inexistantes. — Lois illégales. — Législation des États-Unis permettant de les déclarer telles. — Motifs rationnels de cette attribution. — Les mêmes motifs n'existent-ils pas en France ? — Objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs. — Objection tirée de l'insuffisance des textes constitutionnels. — Réponses.
- II. — Insuffisance de l'organisation judiciaire prouvée par les faits. — Affaire du Panama ; irrégularités initiales. — L'affaire devient politique. — Question de la communication des dossiers criminels. — Commissions parlementaires judiciaires. — Conséquences.
- III. — Les assemblées politiques ne doivent pas exercer de juridictions ; citation du discours de Lanjuinais. — Sénats, hautes cours de justice. — Vicissitudes de cette institution en Angleterre. — *Impeachments* et *bill of attainder*. — Aux États-Unis.
- IV. — Empiètements possibles du judiciaire sur le législatif. — Opinion de l'ancienne jurisprudence. — Jugements du tribunal de Château-Thierry. — Délit de nécessité. — Opinion des auteurs anciens et modernes.
- V. — Règle sur l'interprétation des lois, d'après l'état des mœurs.

I

Reconnaissons, avant tout, que le pouvoir législatif, par la grandeur même de son objet et par la délégation de souve-

raineté qu'il tient directement de la nation, est le premier de tous et personnifie plus particulièrement l'Etat ¹.

Mais ce pouvoir lui-même est-il sans limites? Pourra-t-il impunément violer les droits qui sont, soit implicitement, comme les droits de l'homme, soit explicitement, comme les autres garanties constitutionnelles, inscrits dans la Constitution?

Et d'abord est-il absolument exact que notre statut constitutionnel soit dépourvu de sanction? Sans doute les auteurs de la Constitution de 1875 ont omis de la doter d'une garantie pareille, dont la nécessité s'impose à ce point, dans tout gouvernement libre, que ceux-là mêmes qui ne le sont pas, ne croient pouvoir se dispenser d'en établir les apparences ². Cependant, il est certaines règles reconnues par la raison universelle avant de l'être par la loi, dont il semble bien impossible de ne pas tenir compte, celles, par exemple, de l'inexistence ou de la nullité radicale des actes: un acte manque des éléments essentiels à sa formation, ou des solen-

1. Esmein. *Éléments de droit constitutionnel*, p. 313 — Badin et son école faisaient rentrer les divers attributs de la souveraineté dans le pouvoir législatif qui, d'après eux, comprenait tous les autres. — Loke et Rousseau partagent cet avis. Prévost-Paradol lui concède seulement la prépondérance comme M. Esmein.

2. C'est ainsi que la Constitution de l'an VIII confiait au Sénat le soin de veiller à l'intégrité du pacte fondamental: « Le Sénat conservateur, disait l'article 21, maintient ou annule les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels, par le tribunal ou le gouvernement. » La Constitution du 14 janvier 1852 renfermait des dispositions semblables; le Sénat était chargé de s'opposer « à la promulgation des lois qui seraient contraires ou porteraient atteinte à la Constitution, à la morale, à la liberté individuelle ». Il devait également maintenir ou annuler tous actes à lui déférés, comme inconstitutionnels, par le gouvernement, ou dénoncés, pour les mêmes causes, par les pétitions des citoyens; formules peut-être demeurées vaines sous des gouvernements absolus, mais hommage, néanmoins, au devoir qui s'impose de sauvegarder les libertés naturelles et constitutionnelles.

nités prescrites dans sa confection, ou il viole les principes essentiels de la morale et de l'ordre public, il est non seulement radicalement nul, mais inexistant.

Faudrait-il admettre qu'un acte législatif serait soustrait à cette règle qui s'impose autant à la raison qu'à la conscience ? C'est ce qui, à premier examen, semble bien difficile, et cela nous conduit à nous demander si la théorie des lois illégales, admise chez diverses nations, et notamment aux États-Unis, ne saurait trouver de champ d'application en France.

Il est, en premier lieu, certains actes, et même certains ordres, de l'une ou l'autre Chambre qui n'ont aucun caractère de loi. Telles sont les nominations de commissions d'enquête dont il sera question ci-après, les mesures prises par ces mêmes commissions, tendant à des auditions de témoins et autres mesures judiciaires, à des communications de dossiers criminels, etc. La déférence et le respect, dus à l'un des organes d'un pouvoir public, est le seul titre à l'obéissance accordée à ses injonctions, en pareil cas.

Mais que dire des lois proprement dites, c'est-à-dire des actes du pouvoir législatif tout entier, qui en revêtent toutes les formes ? Ces lois, envisagées au point de vue des droits individuels ou des règles constitutionnelles, peuvent-elles être taxées d'illégales ?

Aux États-Unis la question ne fait pas de doute : les législateurs américains se sont, à cet égard, montrés pleins de prévoyance, et la pensée maîtresse qui a dirigé leur œuvre a été d'en garantir la durée. Ils ont compris que majorités et minorités sont éphémères, qu'il convenait de distinguer avec soin la volonté réelle et permanente du peuple, d'avec sa volonté momentanée et passagère : « La constitution, dit M. Lawrance

Lowel, limite les caprices, mais non la volonté du peuple. » C'est pour assurer le respect de cette dernière qu'au-dessus des lois ordinaires, ils ont placé des constitutions, gardiennes des droits individuels et sauvegarde des citoyens qui, par le sort des luttes politiques, se trouvent être momentanément la minorité. Mais il ne leur serait pas venu à l'esprit que ces textes pourraient n'avoir qu'une portée platonique ; aussi les ont-ils accompagnés des règles de procédure et des sanctions qui en garantissent l'efficacité.

Ainsi, il peut y avoir aux États-Unis des lois illégales, c'est-à-dire contraires aux constitutions soit fédérale, soit particulières, et il appartient aux tribunaux de les déclarer telles, mais seulement dans les cas où l'affaire dont ils sont saisis leur en fournit l'occasion ¹.

Tous les tribunaux ont ce pouvoir, et non pas seulement la Cour suprême. Si on lui donne particulièrement le titre de « *the guardian of the constitution* », c'est que, placée au sommet de l'échelle des juridictions, elle représente éminemment ce rôle constitutionnel, « cette forte barrière que la démocratie a érigée elle-même, contre ses faiblesses et ses passions. ² ».

1. Dans certains cas, cependant, les tribunaux américains ont le pouvoir de prendre des arrêtés par mesure préventive. C'est ce qu'on appelle l'*injunction plank*. Ce sont des arrêtés provisoires, interdisant de faire telle ou telle chose, qui sont souvent rendus, notamment en cas de grève, lorsqu'on craint des atteintes à la liberté du travail. Cette prérogative des tribunaux est attaquée par certains partis, notamment dans les assemblées (conventions), où se discutent les candidatures à la présidence des États-Unis. En 1908, à propos de la succession du président Roosevelt, à la convention de Chicago, fut proposé l'*anti-injunction-plank*. Mais la proposition fut repoussée. Il fut seulement admis qu'il convient d'entourer la procédure d'injonction de toutes les garanties nécessaires, mais la nécessité fut affirmée de maintenir dans leur intégrité, les droits des tribunaux. (V. l'*Economiste français* du 11 juillet 1908, page 46.)

2. Ahrens. *Cours de droit naturel*, 6^e éd., t. II, p. 387.

Mais ce qui est particulièrement digne de remarque, ce sont les raisons par lesquelles les auteurs américains justifient ces attributions de leurs tribunaux; ces raisons sont celles exposées dans la première partie de ce livre :

Par leurs fonctions mêmes, disent la plupart des écrivains qui ont traité la question, les tribunaux sont naturellement désignés pour jouer ce rôle de délimitateurs et d'arbitres, soit des pouvoirs publics entre eux, soit des pouvoirs publics dans leurs rapports avec les particuliers : « Le pouvoir *d'interpréter les lois*, dit Story, président de la Cour suprême « aux États-Unis ¹, *comprend nécessairement les fonctions de* « *déterminer si elles sont conciliables ou non avec la consti-* « *tution*, et, si elles ne le sont pas, *de les déclarer nulles et* « *sans effet*. Comme la constitution est la loi suprême du « pays, dans un conflit entre elle et les lois votées, soit par « le congrès, soit par les États, il est du devoir de l'autorité judiciaire de suivre celle-là seulement qui a une force « obligatoire prédominante. Cela résulte de la *théorie même* « *d'une constitution républicaine*, car sans cela les actes « de la législature et de l'exécutif deviendraient, en fait, « *souverains et soustraits à tout contrôle*, malgré les prohibitions ou limitations que peut contenir en fait la constitution. Des empiétements du caractère le moins équivoque et le plus dangereux pourraient se produire sans qu'aucun remède fût à la portée des citoyens. Le peuple serait ainsi à la merci des gouvernants, dans le gouvernement des États et dans le gouvernement national; pratiquement, il existerait une omnipotence comme celle du parlement anglais. Le sentiment universel de l'Amérique a décidé

1. *Commentaries on the constitution of the United-States*, n° 1576.

« qu'en dernier ressort, le pouvoir judiciaire doit décider de
 « la constitutionnalité des actes et des lois émanant des
 « Etats ou du gouvernement général, dans la mesure où
 « ils peuvent donner lieu à un litige judiciaire. *Tout gou-*
 « *vernement, conclut le même auteur, où n'existe pas un*
 « *pouvoir judiciaire investi d'attributions égales en éten-*
 « *due à celles du pouvoir législatif, est indigne d'un peuple*
 « *libre.* »

Ces raisons sont, en réalité, sans réplique : dès lors qu'un gouvernement fondé sur la volonté nationale possède une constitution écrite et limitative, le bon sens se refuse à admettre que cette constitution, aussi bien que les droits essentiels des citoyens qu'elle consacre, soit dépourvue de toute garantie ; autant dire qu'elle n'existe pas. Cette vérité est reconnue formellement par la Déclaration des droits de l'homme dans son article 16 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution* ¹. »

Le législateur américain a plutôt trouvé cette garantie dans le pouvoir judiciaire, qu'il ne l'y a placée ; elle y était naturellement, si bien que, la pratique précédant la théorie, les tribunaux des États appréciaient la légalité des lois, avant même que cette mission leur eût été confiée par la Constitution de 1787, tant cela découlait naturellement de la force même des choses et de l'essence de l'institution judiciaire ².

1. M. Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 479, à propos du pouvoir judiciaire appelle la constitution des États-Unis : une arche sainte où le peuple a déposé ses libertés ; parlant de la constitution française l'éminent auteur dit : Qu'est-ce que la constitution ? C'est un mot.

2. Voir sur les origines de cette institution, M. Bryce. *The american commonwealth*, t. I, p. 248.

« Ces raisonnements paraissent corrects, dit M. Esmein, « et cependant le système a trouvé peu de faveur, en dehors « de son pays d'origine. » Notons, en passant, que si l'éminent professeur a voulu dire qu'il n'a trouvé de faveur qu'aux Etats-Unis, il se trompe : le Canada, le Mexique, le Brésil, la République Argentine, etc., ont adopté et pratiquent les mêmes règles. D'ailleurs c'est déjà beaucoup que d'avoir la logique pour soi ; mais il y a plus, et il faut se demander si, en fait, ces « raisonnements corrects » ne s'imposent pas ; s'il n'est pas des cas où, même en France, ils ne pourraient être éludés dans la pratique ; si telles irrégularités législatives, que l'on peut concevoir, venaient à se réaliser, il ne serait pas impossible, aussi bien matériellement que moralement, d'appliquer les lois qui en auraient été la conséquence.

Supposons en effet, — et la question avait été ainsi posée à propos de l'omnipotence incontestée du parlement d'Angleterre, — qu'une loi régulière prescrive, dans un but de sélection de la race, le meurtre de tous les enfants difformes ;

Ou bien, une loi qui, supprimant la liberté de conscience et la liberté d'opinion, prononcerait la peine de mort contre ceux qui professeraient, ou ceux qui ne professeraient pas telles doctrines politiques ou religieuses ;

Ou bien une loi qui rétablirait l'esclavage ou le servage, dans un but purement utilitaire, aux colonies ;

Ou bien une loi qui donnerait à une catégorie de citoyens des pouvoirs arbitraires sur la vie, la liberté, le domicile des autres ;

Ou bien, une loi qui déclarerait viagers les pouvoirs du chef de l'État ;

Ou bien un *bill of attainder* ¹ ?

Supposons, enfin, que les tribunaux soient mis en demeure d'appliquer des lois pareilles, et s'y refusent, pense-t-on qu'il se trouverait beaucoup de jurisconsultes pour déclarer leur résistance irrégulière et injustifiée ? Or, pour peu que l'on admette la négative dans l'une des espèces que nous venons de citer, ou autres semblables, il faudra l'admettre toujours et d'une manière générale, car la vérité est une, et les principes ne sauraient changer avec les espèces.

Cependant des objections d'ordre théorique et d'ordre pratique ont été soulevées, que l'on ne saurait omettre d'examiner.

La première est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs : il y aurait, dit-on, empiétement manifeste du pouvoir judiciaire dans le domaine du pouvoir législatif, si le premier pouvait se refuser à appliquer des décisions du second réunissant tous les caractères extérieurs de la loi :

Nous pourrions répondre d'abord que cette objection repose sur une équivoque et un abus de mots ; que violer un principe, c'est l'attaquer directement et manifestement, dans son essence et sa portée générale, que c'est là un fait actif, un empiétement sur le droit, que l'on ne saurait confondre avec le fait, purement négatif, de se refuser à reconnaître le caractère légal à un acte qui ne réunit pas les conditions d'une loi, dans le jugement d'un cas particulier.

Et si l'on nous objectait que refuser d'appliquer une loi

1. On nomme ainsi, en Angleterre, une loi qui serait votée par les deux Chambres, mais qui ne viserait qu'un simple particulier, pouvant être ainsi frappé des peines les plus graves et absolument arbitraires, ces peines n'étant pas prévues par des lois antérieures, mais faites, au contraire, pour l'affaire en question.

c'est bien méconnaître l'autorité qui s'attache aux actes du pouvoir législatif, lui refuser l'obéissance qui lui est due, nous répondrions encore que les conditions dans lesquelles il est possible aux tribunaux d'opposer un tel refus, en écartent tout soupçon d'arbitraire ou de rébellion contre une volonté légale.

Remarquons, en effet, que, par sa constitution même, le pouvoir judiciaire est dans l'impossibilité d'exécuter un pareil dessein, et même de le concevoir. Il est divisé en un grand nombre de juridictions éloignées les unes des autres, et dont il faudrait prévoir la coalition à un moment déterminé. Il faudrait en outre que toutes ces juridictions se trouvassent saisies d'autant d'affaires particulières semblables, mettant en jeu la loi contestée. Enfin toutes ces difficultés surmontées, cela ne suffirait pas, puisque, peu de temps après, la même question étant soulevée, il faudrait encore que les juridictions persistassent dans leur jurisprudence, la loi contestée n'ayant pas cessé d'exister en fait. En un mot trois principes, en réalité, trois barrières infranchissables, s'opposeraient aux empiétements des tribunaux en France, comme ils y font obstacle en Amérique : 1° Ils n'ont le droit de prononcer que lorsqu'il y a litige : 2° Ils ne s'occupent jamais que d'un cas particulier ; 3° Pour agir, ils doivent toujours attendre qu'on les ait saisis ¹.

Nous répondrions, enfin, que cette résistance purement négative du pouvoir judiciaire ne saurait se prolonger longtemps, car il suffirait au pouvoir législatif de mettre en jeu

1. De Tocqueville. *La Démocratie en Amérique*, Paris 1848, p. 160. Il faut reconnaître d'ailleurs que le pouvoir judiciaire, loin d'avoir aujourd'hui des tendances envahissantes, s'accommoderait trop facilement, d'après certains auteurs, des restrictions apportées à son domaine. V. ci-dessus, p. 87 et s.

le mécanisme constitutionnel pour faire trancher la question et cesser tout débat.

Mais il convient d'examiner de plus près l'objection, en recherchant ce qu'il faut entendre par la séparation des pouvoirs et quelle est la portée constitutionnelle de ce principe.

Lorsque l'Assemblée législative décréta (16 août 1790 ; art. 13 du décret du 16 fruct. an III) que les pouvoirs seraient séparés, voulut-elle dire qu'il n'y aurait entre eux ni rapport, ni contact, que chacun évoluerait dans une orbite à part, comme un rouage isolé et sans engrenage ? Personne n'oserait le soutenir. Il faut même reconnaître que, dans la pratique, le principe est surtout invoqué pour les besoins de certaines causes, mais qu'en fait on a pris avec lui de larges libertés. Ainsi le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont distincts en ce sens que chacun a des attributions différentes et définies ; mais on ne saurait nier qu'ils sont dans une interdépendance étroite, dont la balance est tantôt en faveur de l'un, tantôt en faveur de l'autre : non seulement l'existence du ministère tient à un vote de la législature, mais l'usage semble avoir définitivement prévalu que ses membres soient pris dans le parlement. Si la majorité parlementaire est active et énergique, c'est elle qui dominera le pouvoir exécutif. Si c'est, au contraire, du côté du gouvernement que ces qualités se rencontrent, c'est son action qui prévaudra.

Quant au pouvoir judiciaire, il n'a pas avec les deux autres des rapports moins fréquents et moins étroits. Nous savons d'abord qu'il est placé sous la dépendance du gouvernement, c'est-à-dire du pouvoir exécutif. D'autre part, il a à apprécier, à interpréter les actes de celui-ci, dans des cas si

nombreux, que l'exception, loin de confirmer la règle de la séparation des pouvoirs, l'infirmes et la détruit.

Mais c'est surtout avec le pouvoir législatif que le judiciaire a des relations étroites, nécessaires et comme une sorte de collaboration : de par sa mission même, il a à connaître des lois. Entre deux lois contradictoires il doit choisir. Si la loi est obscure il doit l'interpréter d'une façon absolument discrétionnaire. Si elle est muette, il la fera de toutes pièces. Ainsi le législateur lui-même le lui commande, en lui interdisant (art. 4 du Code civil) de s'abstenir de juger sous prétexte de l'obscurité, de l'insuffisance ou du *silence* de la loi. Et comme conséquence de cet ordre, la jurisprudence fixe, par ses arrêts, le sens des lois, les complète, en s'inspirant de leur esprit, et se fait ainsi, tous les jours, la collaboratrice nécessaire du pouvoir législatif.

Il faut tirer de ceci cette conclusion générale que le principe de leur séparation n'est point violé, toutes les fois qu'il y a, entre les pouvoirs, des rapports inévitables, et que l'intervention de l'un d'eux dans le domaine de l'autre résulte de la force même des choses. Or, les cas qui viennent d'être cités ne sont pas les seuls où cette intervention nécessaire s'impose ; il en est d'autres où l'examen du fond même de la loi n'est pas moins commandé :

Si, en effet, le magistrat doit vérifier les *conditions* d'applicabilité d'une loi, on ne saurait exclure de son examen, la première de toutes ces conditions : l'existence de cette loi. La Constitution même l'y invite, en précisant, avec le soin le plus minutieux, les modes suivant lesquels les assemblées législatives doivent délibérer et les formalités auxquelles les projets seront soumis pour revêtir ultérieurement le caractère de loi. Or, de telles précautions seraient bien illusoires

si le document le plus informe émané d'un corps parlementaire devait s'imposer comme loi aux tribunaux et aux citoyens eux-mêmes.

Il faut donc, de toute nécessité, qu'une autorité quelconque connaisse de la validité de la loi. Cette autorité ne saurait être le pouvoir législatif ; car aucune des deux Chambres, instituée pour concourir avec l'autre à la confection des lois, n'a caractère ni mandat pour cela. L'autorité, au contraire, chargée d'appliquer la loi, est naturellement qualifiée à cet effet et c'est dans l'ordre des choses. On vérifie la valeur d'un document et son autorité avant de l'imposer et de le sanctionner, comme on vérifie le titre d'une matière précieuse, le bon aloi d'une substance, le pouvoir de résistance d'un métal, avant de les utiliser. La pratique contraire serait opposée au sens commun, à la simple raison, et serait particulièrement inadmissible dans un ordre de choses où doivent prévaloir la raison et la logique.

Ce pouvoir du juge est encore contenu dans la mission qu'il a de vérifier les titres des parties ; d'examiner tous les actes qui lui sont soumis, d'en apprécier l'authenticité, la régularité, la valeur légale. Or la loi est le premier de tous les titres, celui qui contient et vivifie les autres, le titre général des citoyens, celui qui renferme implicitement leurs conventions et qui, au besoin, les supplée ; bien plus, celui qui s'impose à eux souverainement et va même jusqu'à briser leurs contrats particuliers, s'ils sont contraires à l'ordre public.

Si donc la loi est le titre général, primordial des parties, comment n'en pourraient-elles contester la légalité, soutenir qu'il est entaché d'inconstitutionnalité, et que ce vice organique a la conséquence nécessaire de tous les vices semblables, la nullité radicale de l'acte quel qu'il soit, convention des

parties ou loi générale, qui en est entaché ? Et si les parties peuvent soulever une contestation pareille le juge a le devoir de la trancher, c'est-à-dire d'examiner la validité de la loi, mais seulement, toutefois, dans ses rapports avec la cause qu'il a à juger.

Il faut aller plus loin et se demander de quel droit, au nom de quel principe une juridiction, mise dans l'alternative de choisir entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire contradictoires, appliquerait plutôt celle-ci que celle-là. Il est évident qu'en se décidant pour la loi ordinaire, il enfreindrait, par cela même, la loi constitutionnelle ; or, qu'est-ce qui l'y autorise ? on comprendrait, à la rigueur, qu'il se décidât en faveur de la loi positive contre un axiome non écrit du droit individuel, ou de la déclaration des droits de l'homme dont les dispositions, à l'heure actuelle, ne sont — et, l'on ne saurait trop le regretter — ni précisées, ni munies, du caractère légal ; mais conçoit-on qu'il puisse prendre parti contre la loi constitutionnelle qui est, elle aussi, une *loi écrite* ? N'est-il même pas rationnel d'admettre une hiérarchie des lois, et de donner le pas à celle qui fixe la forme du gouvernement et établit les principes sociaux sur lesquels repose l'État lui-même ? C'était le sentiment des législateurs américains : « La constitution, dit à ce sujet M. de Tocqueville, domine les législateurs, comme les simples citoyens. Elle est la première des lois et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les tribunaux obéissent à la constitution *préférentiellement* à toutes les lois. Ceci tient à l'essence même du pouvoir judiciaire : choisir entre les dispositions légales, celles qui l'enchaînent le plus étroitement, est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat ¹. »

1. De Tocqueville, *op. cit.*, t. I, p. 160.

Hamilton dans le *Federalist* professe la même théorie ¹. Après avoir établi qu'il appartient aux juges de déterminer le sens de la loi constitutionnelle, aussi bien que de toute autre loi, il conclut ainsi : « S'il se trouve, entre deux lois, « une contradiction absolue, celle qui a un caractère obli- « gatoire et une valeur supérieure doit être naturellement « préférée ; en d'autres termes, la constitution doit être pré- « férée à la loi, l'intention du peuple à celle de ses agents. »

Les mêmes principes sont encore plus fortement établis dans un arrêt célèbre d'un illustre président de la Cour suprême des États-Unis, sir John Marshall, qui présida cette juridiction de 1801 à 1835 : « ... Il n'y a pas, dit-il, de milieu « entre ces deux alternatives. Ou bien la constitution est une « loi supérieure et souveraine, et il est impossible de la chan- « ger par des procédés ordinaires, ou bien elle est sur le « même niveau que les actes législatifs proprement dits, et, « comme ces actes, elle peut être changée quand il plaît à la « législature de la changer. Si c'est la première partie de « l'alternative qui est vraie, dans ce cas un acte législatif « contraire à la constitution n'est pas une loi. Si c'est, au « contraire, la dernière, alors les constitutions écrites sont « d'absurdes tentatives, de la part du peuple, de limiter un « pouvoir qui est illimité de sa nature... »

S'expliquant ensuite sur le devoir du juge à cet égard, l'arrêt s'exprime ainsi : « Il rentre essentiellement dans la « compétence, et c'est l'obligation stricte de l'organe judi- « ciaire, de dire ce qu'est la loi. Ceux qui appliquent la « règle générale aux cas particuliers, doivent nécessairement « exposer et interpréter cette règle... »

¹ Lettre LXXXVIII, p. 648. — Voir ci-dessus page 83.

On ne saurait rien dire de plus fort et de plus décisif. Ajoutons que le plus élevé des corps judiciaires français, la Cour de cassation, semble tenir cette mission de l'esprit même qui a présidé à son institution : ainsi qu'on le verra plus loin, sa mission consiste à assurer le respect des lois. Appelée à connaître de la légalité en général, et, d'une façon pour ainsi dire abstraite, des décisions qui lui sont déférées, n'est-il pas normal que sa compétence s'étende à la légalité constitutionnelle aussi bien qu'à la légalité ordinaire, aucun texte ne venant limiter sa mission générale de maintenir l'exacte application des lois ?

Mais, d'ailleurs, une loi inconstitutionnelle est-elle bien une loi, et la forme suffira-t-elle à lui donner ce caractère ? Sans doute le parlement représente le pays tout entier, et la nation lui a délégué les plus importants des pouvoirs sociaux ; toutefois, sans examiner davantage si ses pouvoirs eux-mêmes sont indéfinis, il faut bien reconnaître qu'ils sont tout au moins limités par la volonté du mandant, la loi civile le veut ainsi. Or le peuple, en fixant les limites constitutionnelles, a, par cela même, interdit à ses mandataires de les excéder, et, s'ils les excèdent, ils font une œuvre vaine, une œuvre nulle, quelle qu'en soit la forme extérieure, une œuvre à laquelle le pouvoir chargé d'appliquer la loi, devrait logiquement refuser sa sanction. S'il ne le faisait pas, non seulement il méconnaîtrait la loi constitutionnelle, mais sous prétexte de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, il en consacrerait la violation manifeste, puisque le pouvoir constituant doit, lui aussi, se distinguer des autres¹.

1. M. le professeur Larnaude, dans son cours, apporte à cette opinion, non seulement l'appui de sa grande autorité, mais encore la force d'une argumentation scientifique saisissante : « Le corps législatif est, dit-il, un or-

Reconnaissons donc que le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose point au contrôle, par le pouvoir judiciaire, de la constitutionnalité des lois, et à son refus de les appliquer lorsqu'elles violent le pacte fondamental ou le droit individuel ¹.

Mais à cette occasion même, se dresse la deuxième objection d'ordre pratique que nous avons prévue. Sans doute, dit-on, la loi constitutionnelle est une loi écrite, mais l'est-elle tout entière, et ne doit-on la reconnaître que dans les quelques textes précis qui la formulent ? Les droits de l'homme et du citoyen placés en tête de certaines constitutions n'en font-ils point partie ? Les droits individuels dont les philosophes et les jurisconsultes ont proclamé à l'envi l'inviolabilité (voir ci-dessus, pages 107 et s.), seront-ils laissés à l'arbitraire des pouvoirs législatif et exécutif, dépourvus de toute protection judiciaire ? Et si au contraire vous prétendez, alors qu'ils ne sont inscrits nulle part et qu'ils sont dépourvus de toute sanction prévue et formelle, leur donner la valeur d'une loi écrite, et les faire consacrer par les juges, n'ouvrez-vous pas la porte à l'arbitraire des tribunaux ?

Il faut bien le reconnaître l'objection est sérieuse. Il n'existe, en effet, dans aucun texte constitutionnel, d'énumération complète et précise des droits individuels, et notre consti-

gane direct de l'État, dans une fonction déterminée : la législation limitée. S'il vote des lois en dehors de ces limites fixées par la constitution de l'État, c'est un organe dépassant sa compétence légale ; il n'est plus un organe, il n'est qu'une assemblée de particuliers ; la loi n'existe pas aux yeux du juge, étant donné qu'elle n'a été votée que par des particuliers. (Citation de M. Sarripolos dans *La démocratie et l'élection proportionnelle*, p. 343). — M. Larnaude a reproduit la même argumentation dans le *Bulletin de législation comparée*, mars 1902, p. 209.

1. La Cour de cassation a cependant pris parti pour la doctrine contraire. Cass., 11 mai 1833. Sirey, 33.1.357. Voir, dans ce sens aussi, Duguit, t. I, p. 21.

tution de 1875 ne contient même pas, comme ses devancières de 1791, 1793, 1848, de déclarations de droits de l'homme. Pourquoi ces lacunes dans une constitution républicaine ? parce que, on ne saurait trop le répéter, elle a hérité des anciennes traditions de la monarchie et ne contient pas les institutions d'un régime de liberté. Elle pourrait, à cet égard, être comparée à certaines villes méridionales. Si vous ne faites qu'en parcourir les rues rien d'anormal ne vous apparaîtrait ; tout y semble accommodé au train de la vie contemporaine ; les maisons sont simples, alignées, de construction à peine séculaire. Mais pénétrez dans une « allée », c'est-à-dire dans un de ces longs couloirs, qui, partant de l'entrée principale, desservent tout l'immeuble, elle vous conduira dans un monde tout différent et absolument inattendu. Dans une cour plus ou moins vaste, vous trouverez de vieux hôtels, datant tout au moins de la Renaissance, les uns en ruine, les autres conservés à des degrés divers, avec leurs cintres surbaissés, leurs arceaux aux belles lignes, leurs fenêtres à meneaux curieusement sculptés, en un mot tout une architecture hétérogène et d'époques différentes. Et vous verrez la vie moderne installée, comme un anachronisme, dans ces vieilles choses, confortable ou misérable, calme ou troublée du bruit des machines et du mouvement commercial, toujours gênée par ce passé qu'elle gêne, et avec lequel les nouveaux aménagements constituent de choquants disparates ¹.

Ainsi notre constitution est toute en façade, extérieurement, libérale et démocratique ; à l'intérieur, monarchique et im-

1. A Toulouse la rue Saint-Rome et quelques quartiers présentent cette particularité.

périale, avec ses pouvoirs centralisés, ses ministres puissants disposant des nominations et des faveurs, soumis seulement à une responsabilité politique purement nominale ; avec ses préfets et autres agents échappant aux responsabilités de droit commun ; avec ses énormes budgets soldant une armée de fonctionnaires ; avec sa justice administrative, étendant chaque jour davantage sa compétence, aux dépens de la justice ordinaire et du droit individuel.

Cependant, quelque spécieuse que soit l'objection, on ne saurait la considérer comme décisive. Il est à remarquer d'abord que ce sont moins les constatations législatives qui manquent aux droits individuels que leur consécration constitutionnelle. Des textes nombreux, quoique épars, proclament et assurent, dans une certaine mesure, et dans le domaine du droit privé la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété, la liberté de conscience, de parler et d'écrire, l'égalité civile et politique, la liberté du travail et celle du commerce, etc.

D'autre part les plus anciennes traditions, relevées par tous les jurisconsultes du droit civil ou administratif, avaient toujours considéré ces prérogatives comme inaliénables, imprescriptibles, intangibles vis-à-vis d'une autorité quelconque, fût-elle celle de l'État, et comme spécialement placées sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire. On pourrait donc parfaitement concevoir que les tribunaux refusent d'appliquer des lois qui les violeraient, et même exercent, contre les auteurs de ces violations, les répressions prévues par les lois pénales. On sait qu'ils l'ont tenté sans succès vis-à-vis du pouvoir exécutif (ci-dessus, chapitre IV, pages 128 et s.).

En réalité donc, ce ne sont ni des obstacles de droit, ni des obstacles de fait qui empêchent le pouvoir judiciaire de

remplir tout son rôle naturel dans ses rapports avec le pouvoir législatif, rôle, on l'a vu, imposé par la logique juridique, par la conséquence des principes posés, par la force même des choses. La seule cause de son inaction est sa faiblesse organique, sa subordination et, pour tout dire, son inexistence comme grand pouvoir de l'État.

Nous avons vu les effets fâcheux de cette impuissance pour la protection du droit individuel contre les entreprises de l'autorité administrative, nous allons la constater encore, et en toucher du doigt les funestes conséquences, pour la sauvegarde des mêmes droits, à l'encontre du pouvoir législatif. Il suffira, pour cela, de jeter un coup d'œil sur un passé récent.

II

Quelle que soit, en effet, la valeur des raisons théoriques et juridiques, ce sont les faits eux-mêmes et l'expérience historique qu'il convient d'interroger. Ils seront la pierre de touche qui rendra palpable l'insuffisance, comme organe constitutionnel, de notre pouvoir judiciaire. Il n'est pas, en effet, de démonstration plus décisive, plus prenante que celle des événements, et surtout des événements contemporains, présents à toutes les mémoires.

Nous examinerons certains d'entre eux, et notamment quelques incidents de celui connu sous le nom « d'affaire du Panama », dans lesquels nous trouverons, prise sur le vif, la leçon de choses que nous cherchons.

On peut dire que, dans les conjonctures auxquelles se rattache cette affaire, tout fut livré au hasard, toutes les déterminations furent prises à l'aventure, soit par ignorance des

vrais principes, soit par les vices de l'institution qui n'a pas permis de les appliquer.

Dès le début même, s'est signalé le défaut capital de notre institution judiciaire : le manque d'indépendance, d'autonomie, d'initiative propre. Comment les choses auraient-elles dû se passer normalement ? Aussitôt informé d'actes revêtant un caractère criminel, il appartenait au Procureur général de décider la poursuite, et d'ordonner à son substitut de première instance de saisir le juge d'instruction. Ce magistrat alors, dans la liberté de sa conscience, eût dirigé l'information, recherché la vérité, poursuivi le châtiment des coupables, sans autre contrôle que celui réservé par la loi au chef du parquet. Avec les seuls avis de celui-ci, il aurait arrêté les mesures à prendre, les poursuites à exercer.

Assurément l'intervention du Parlement était nécessaire pour autoriser, le cas échéant, l'arrestation de tel ou tel de ses membres ; c'est là une garantie indispensable à l'indépendance du pouvoir législatif, mais son intervention ne devait se produire sous aucun autre prétexte. Et quel autre, en effet, aurait pu la légitimer ? Le pouvoir parlementaire serait-il intervenu pour entraver l'action judiciaire, la paralyser vis-à-vis de certains ? mais c'eût été donner le spectacle, en pleine démocratie, sous un gouvernement égalitaire, du plus scandaleux des privilèges ! Aurait-il voulu l'encourager ? Mais c'eût été la confusion de tous les pouvoirs, et la suppression de toutes les garanties d'impartialité que la justice doit assurer aux justiciables.

Les choses se sont-elles passées ainsi ?

On sait le contraire. Des hésitations inévitables, nous allons le voir, se sont produites. Or, c'est là déjà la plus fâcheuse des constatations, l'aveu du plus grave désordre

moral que l'activité et l'énergie de la poursuite puissent dépendre du milieu ou des circonstances dans lesquels le méfait s'est produit. Cependant, reconnaissons-le, il était impossible qu'il en fût autrement, par la raison que l'autorité judiciaire est entre les mains d'un ministre, membre du gouvernement, et, par suite, sous la dépendance du pouvoir exécutif, issu lui-même du parlement, ne vivant que par la volonté et la confiance de celui-ci. Or, dans ces conditions, était-il humainement possible que pouvoir exécutif et parlement se désintéressassent d'une affaire où l'honneur des plus hautes personnalités politiques était en jeu ? Il serait puéril de le soutenir. Mais alors, il faut reconnaître que le désordre, la confusion, les décisions brusques, les reculs tout aussi injustifiés qui ont caractérisé toute cette affaire, du commencement à la fin, étaient inévitables.

Ce fut, non sur une plainte des victimes, mais sur un ordre du pouvoir législatif que les poursuites s'ouvrirent en juin 1891. Parallèlement et, semble-t-il, pour en contrôler la marche, deux commissions parlementaires (novembre 1892 et mars 1897) furent nommées.

Alors cette affaire, de judiciaire qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être, devint purement politique et se transforma en arme des partis. Au lieu de cette marche prudente, calme, réservée qui doit caractériser une œuvre judiciaire, cela ne fut qu'un long et déplorable scandale ; la terreur organisée aussi bien sur les innocents que sur les coupables, chacun pouvant redouter les effets d'une haine ou d'un chantage, qui se traduirait par une imputation publique et déshonorante, et craindre jusqu'au soupçon, « de vouloir étouffer la lumière »¹.

1. Voir le journal *Le Temps*, 11 décembre 1892.

Faut-il s'étonner que toutes les règles protectrices du secret des informations aient été méconnues, alors qu'une commission parlementaire exerçait les pouvoirs judiciaires, entendait les témoins, interrogeait les prévenus, ordonnait des communications de dossier dont l'instruction était encore en cours ? Aussi la publicité, par la voie de la presse, envahit tout, et cela, au mépris des droits les plus sacrés des citoyens. On alla plus loin encore, et, la commission oubliant que la discrétion est le premier devoir du magistrat, des juges d'instruction furent appelés en témoignage et invités à divulguer ce qu'ils ne pouvaient savoir que sous le sceau du secret professionnel¹. Enfin des ordonnances prescrivant des perquisitions, des exhumations de cadavres, des autopsies, furent rendues à des dates si voisines des séances dans lesquelles le parlement avait manifesté le désir que ces mesures fussent prises, que l'opinion crut voir, entre ce désir et ces mesures, un rapport de cause à effet, plutôt que les nécessités de la procédure criminelle.

La violation du principe de la séparation des pouvoirs ne saurait donc être contestée en cette occasion. Vainement défendu à la tribune par M. le Garde des Sceaux et par M. Gauthier (de Clagny), ce principe fut ouvertement méconnu dans la séance du 30 mars 1898, où l'on adopta les conclusions de la commission d'enquête sur le Panama, renfermant un blâme contre certains magistrats² ; il ne restait plus qu'à proposer la suppression du principe lui-même.

C'est ce qui se produisit en effet, et le premier pas dans cette voie atteignait presque le but, marqué qu'il fut par la

1. Voyez procès-verbaux de la 1^{re} commission d'enquête, 28 novembre 1892 et 2^e commission, 3 juillet 1897.

2. Esmein, *op. cit.*, p. 374.

négarion de l'existence même du pouvoir judiciaire : M. le député Hubbard, interpellant le Garde des Sceaux, lui demandait compte « de la résistance de ce *qu'on a appelé* le pouvoir judiciaire, contre une demande de communication de documents formulée par la commission d'enquête. Plus loin, soulignant la dépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du gouvernement, il ajoutait : « Le gouvernement *ordonnera-t-il* à M. le Procureur général de communiquer le dossier ? »

C'était peut-être faire bon marché des difficultés juridiques et constitutionnelles. Outre la question de savoir s'il existe ou non un pouvoir judiciaire, on aurait pu en examiner deux autres : 1° Si une procédure criminelle en cours d'exécution peut être communiquée en dehors des cas et des personnes prévus par le Code d'instruction criminelle ; 2° Si le Procureur général a le droit de faire cette communication. Ces questions valent la peine d'être examinées ; examinons-les donc.

Le secret des informations, depuis leur début jusqu'au renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de l'accusé devant la cour d'assises, avait été, jusqu'à la loi du 8 septembre 1897, un principe certain et incontesté ; il est mis en lumière par les discussions préparatoires de notre Code d'instruction criminelle, par son esprit et l'ensemble de ses textes.

Le décret de l'Assemblée Constituante des 8 octobre-3 novembre 1789, tout en maintenant le secret de l'instruction, avait décidé cependant qu'elle serait faite en présence de personnes notables adjointes au juge d'instruction, et que, dès le début, l'accusé aurait un défenseur pour l'assister dans les récolements et confrontations. On vit bientôt les abus d'un pareil système, et l'on se souvint que si toutes les garanties sont dues à l'accusé pour la liberté de sa dé-

fense, il en est dû aussi à la société qui a le droit et le devoir de se protéger contre les criminels, les violateurs des lois. Or, dans une poursuite, il est presque impossible d'arriver à la manifestation de la vérité, si, dès la première heure, l'accusé, informé de toutes les démarches du juge d'instruction, peut les déjouer, soit par la précaution qu'il prendra, ou fera prendre, de faire disparaître les preuves, soit par l'intimidation qu'il exercera sur les témoins appelés à déposer contre lui. Connaissant d'avance la direction suivie par le magistrat instructeur, il le suivra pour ainsi dire pas à pas, et, une à une, paralysera toutes ses démarches ¹.

Aussi la législation pénale nouvelle dut revenir sur cette concession aux idées de réaction, légitimes d'ailleurs, contre l'ancienne procédure criminelle clandestine à l'excès. Un système mixte combinant le secret et la publicité de l'information, sortit de cette expérience : le Code de 1808 maintint le secret absolu de l'information jusqu'au renvoi du prévenu devant la juridiction appelée à le juger. Mais après cette première étape, l'information devait être reprise et suivie publiquement, à l'audience. En d'autres termes, le secret devenait la règle pour la recherche et la réunion des preuves, la publicité pour leur administration au cours des débats.

Telle est la pensée qui ressort de l'examen des textes, et notamment, des articles 217 et suivants, 294, 302 et 305 du Code d'instruction criminelle. C'était, en effet, seulement

1. En dehors de l'intérêt du prévenu et de celui de la société, celui des particuliers exige le secret : une instruction peut impliquer des individus dont l'innocence sera ensuite reconnue, ou tout au moins contre lesquels on n'aura pas trouvé des charges suffisantes de culpabilité. Ne faut-il pas éviter, à tout prix, qu'une flétrissure quelconque leur reste du fait de cette accusation ? L'affaire du Panama a démontré encore la légitimité de cette préoccupation.

après le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises et son interrogatoire par le président de celle-ci, que la loi prenait les dispositions nécessaires en vue de la publicité ; alors seulement, il était donné un conseil d'office à l'accusé, s'il n'en avait désigné un lui-même (art. 294) ; alors seulement, ce conseil avait le droit de prendre au greffe communication des pièces de la procédure et de s'en faire délivrer des copies (art. 302 et 305). Auparavant, au contraire, aucune disposition n'existait en vue d'une communication qui n'était pas encore un droit pour le prévenu. Sans doute, le plus souvent, pour faciliter la production du mémoire qu'il lui est loisible de présenter à la chambre des mises en accusation, le dossier était communiqué au conseil choisi par lui, mais cette communication dépendait de l'appréciation des magistrats qui pouvaient l'accorder ou la refuser suivant que, dans leur conscience, ils le jugeaient possible et convenable ; maints arrêts de la Cour de cassation avaient consacré cette doctrine.

Il faut bien reconnaître que la loi du 8 septembre 1897 a apporté une grave dérogation à la règle du secret de l'instruction. Mais de ce que la procédure doit être communiquée, pendant qu'elle se poursuit, au prévenu et à son conseil, il ne s'ensuit pas que la loi ait voulu renverser le principe lui-même ; il n'y a là qu'une exception dont il faut d'autant moins s'exagérer l'importance que le juge d'instruction a pu, de tout temps, faire au prévenu telles communications qu'il jugeait nécessaires dans l'intérêt de la manifestation de la vérité. Il reste toujours vrai, aucune loi n'ayant décidé le contraire, que le procureur de la République n'a le droit de faire aucune communication de la procédure *en cours*, à qui que ce soit, si ce n'est au procureur

général. Quant à ce dernier, ce droit ne saurait davantage lui être reconnu; bien plus, il lui est formellement dénié par l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881, dont la généralité des termes exclut toute hésitation : « *Il est interdit, dit ce texte, de publier les actes d'accusation, ou tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique, et ce, sous peine d'une amende de 500 francs à 1.000 francs.* »

Rien de plus explicable, d'ailleurs, et de plus justifié que ces règles : quel est, en effet, dans l'information, le rôle du parquet ? Il est tracé par le chapitre 4 du livre I du Code d'instruction criminelle, et, notamment, par l'article 47. Hors les cas prévus par les articles 34 et 46, le procureur ne peut que requérir le juge d'instruction de procéder à tels ou tels actes ; personnellement, il n'en saurait faire aucun. A lui l'initiative de la poursuite, à lui les réquisitions, mais au juge d'instruction tout ce qui est décision à prendre, mesures à ordonner. Si le ministère public peut requérir la communication des pièces à tout instant de la procédure, ce n'est, évidemment, que pour en suivre les phases et être en mesure de prendre les réquisitions qui lui paraîtront utiles. Qui ne voit, dès lors, qu'il commettrait un véritable abus de pouvoir s'il en faisait un autre usage ; si, par exemple, il les communiquait au prévenu ou à la partie civile. Dans quel but, en effet, ferait-il cette communication ? Ce ne pourrait être que pour éclairer un point, établir un fait ? Mais c'est là, précisément, la mission du juge d'instruction et non celle du ministère public qui est partie en cause et auquel, par conséquent, n'appartient ni la décision, ni la direction effective de la procédure.

La Cour de cassation a toujours décidé en ce sens. Dans

un arrêt du 5 juillet 1855, elle proclamait que la communication autorisée par le procureur général, avant qu'il n'ait porté son rapport à la chambre d'accusation, est une mesure *extra-légale et irrégulière* que ce magistrat prend sous sa responsabilité ¹.

Reste donc le principe du secret, toutes les fois que la loi n'en a pas décidé autrement, les anciennes prohibitions de communiquer à *des tiers* les informations criminelles sont maintenues.

Nous ne saurions donc partager l'avis du savant annotateur de l'arrêt du 6 janvier 1893, qui pense que cette « communication peut être accordée en tout état de cause, « c'est-à-dire pendant le cours de l'instruction et des débats, « avant comme après l'interrogatoire ; à *quiconque*, c'est-à-dire, non seulement à l'accusé, *mais encore à un tiers* « qui déclare se porter partie civile, ou même à un tiers qui « devra rester complètement en dehors du procès ; qu'il appartient au Procureur général et au président de la cour « d'assises d'apprécier l'opportunité d'un refus ² ». La dernière proposition nous paraît surtout critiquable : communiquer une information criminelle à un tiers qui y serait étran-

1. Cass., 5 juillet 1855. Dall P. 55.1.432. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une autorisation que la chambre des mises en accusation avait accordée à un prévenu de prendre connaissance de l'information, en vue de lui permettre de présenter un mémoire à la chambre des mises en accusation. C'était donc dans un but d'humanité et de justice que la dite autorisation avait été donnée. Néanmoins la Cour suprême déclara que cette autorisation constituait un excès de pouvoir. Elle ajouta que cette autorisation ne pouvait se justifier par celle que le procureur général accordait parfois, cette mesure étant elle-même irrégulière et extra-légale et prise par ce magistrat sous sa responsabilité.

2. D. P. 93.1.102-103. (Voir l'intéressante note de M. Louis Sarrut.) Voir aussi Dall. Supp. *Procédure criminelle*, nos 1222 et s.

ger, ce serait non seulement violer les règles sur le secret de l'instruction, que nous venons de rappeler, mais encore les droits les plus essentiels et les plus respectables de l'accusé. La loi, dans l'intérêt supérieur de la défense sociale, a permis que l'on pénétrât sa vie privée, que l'on s'emparât de ses secrets les plus intimes, mais tout cela est un dépôt sacré confié à la conscience et à la discrétion des magistrats, qui n'en peuvent disposer que dans la mesure nécessaire à la recherche de la vérité, dans l'affaire mise en instruction. En dehors de ces limites, on peut dire que les documents de l'instruction sont inviolables.

Au surplus, sait-on si cette divulgation indiscrete ne nuirait pas à la défense, si dans l'opinion publique prompte à se former sur les moindres indices, il ne s'établirait pas un courant, un préjugé contraire à ses intérêts ? L'instruction doit donc être secrète, à l'égard des tiers, aussi bien dans l'intérêt de l'inculpé, que contre lui ; pour protéger la défense aussi bien que pour faciliter la poursuite. Tout cela nous semble aussi bien d'accord avec les principes du droit, qu'avec les exigences de la justice la plus élémentaire ¹.

1. En ce sens : Dalloz, supplément au Répertoire, v° *Proc. crim.*, n° 538. — Garraud, *Droit pénal*, I, 446. — Dall. J. G., v° *Inst. crim.*, n° 1271. — Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, n° 1661 (Paris, Marescq 1884).

Non seulement ces documents ne sauraient être communiqués contrairement à la volonté de l'accusé, mais lui-même, en matière correctionnelle, ne saurait en prendre copie que sur une autorisation spéciale du procureur général (art. 56 du décret du 18 juin 1811). L'affaire une fois terminée, cette autorisation ne pourrait plus lui être accordée. A plus forte raison des tiers n'auraient qualité ni pour la demander, ni l'obtenir. Les tribunaux eux-mêmes, ne pourraient en ordonner la production dans un autre litige. Voir en ce sens Dall., v° *Instruction criminelle*, tit. 1, n° 945, et supp. au Rép., v° *Preuve* n° 47 ; Tables de 1897 à 1907, v° *Instr. crim.*, n° 232 et suiv.

Ces principes n'avaient point échappé à l'éminent Garde des Sceaux qui dut prendre le pouvoir dans les difficiles circonstances issues de l'affaire du Panama. Toutefois il ne put se soustraire aux conséquences de la situation essentiellement fausse qui lui était faite. D'une part, chef de l'ordre judiciaire, il devait défendre la thèse que nous venons de soutenir et refuser la communication du dossier qui lui était demandée par la commission d'enquête ; mais d'autre part, membre du Gouvernement et de la Chambre des députés, il devait s'incliner devant la raison politique qui prévalait dans le cabinet dont il faisait partie, et obéir aux injonctions soit de la Chambre, soit de la commission d'enquête. Aussi, après avoir essayé, dans son discours en réponse à l'interpellation Hubbard, de défendre la vérité légale, il dut renoncer à cette tâche véritablement impossible. M. le Procureur général Quesnay de Beaurepaire, qui avait refusé le dossier, fut remplacé, et la communication intégrale et sans conditions fut consentie. Les raisons de droit ne pouvaient avoir de prise sur des esprits animés par les passions qui étaient alors soulevées ; ce qui démontre bien clairement que pour sauvegarder les intérêts de la justice et des tiers engagés dans l'affaire, il ne fallait rien moins que la puissance d'une institution judiciaire ne dépendant, à aucun titre, soit du pouvoir exécutif, soit du pouvoir législatif.

Les autres incidents de cette affaire sont non moins probants et non moins significatifs, à ce point de vue ; nous voulons parler particulièrement des propositions de M. Pourquery de Boisserin et de celle de M. Thellier de Poncheville.

On sait que le premier de ces honorables députés proposait que l'on donnât *toujours, à toutes les commissions d'en-*

quêtes présentes ou futures, nommées par la Chambre ou le Sénat : 1° le droit de mander et faire comparaître au besoin *manu militari*, toute personne qu'elle jugerait bon d'interroger ou d'entendre ; 2° de déférer le serment et de punir les faux témoignages ; 3° de perquisitionner partout, et de faire saisir papiers, livres, notes et documents de nature à éclairer son jugement '.

M. Thellier de Poncheville et plusieurs de ses amis demandaient la création d'un tribunal spécial à l'affaire du Panama, devant faciliter la reprise des sommes indûment perçues par des tiers ou des étrangers à l'affaire, au détriment de l'épargne française.

Cette dernière proposition tendait à la création d'un tri-

1. Le 21 juin 1904, cette proposition fut renouvelée dans des circonstances analogues : A cette date, une commission parlementaire fonctionnait : M. le député Sembat demanda pour elle les pouvoirs judiciaires ; ses paroles sont à retenir : « Ma proposition, disait l'orateur, est inspirée par le désir de *mettre les faits d'accord avec le droit*, La commission l'autre jour a émis « un vote, de façon assez précipitée, pour demander à la justice les moyens « de faire procéder à une perquisition. En réalité, *c'est la commission qui* « *exerçait les pouvoirs judiciaires en cette occasion, car le juge d'instruction* « *n'avait pas le temps d'étudier l'affaire avant de perquisitionner. Il me* « *paraît qu'il importe que la commission soit légalement investie de ces pou-* « *voirs qu'elle exerce en fait.* Rétrospectivement il faut nous couvrir pour « l'acte judiciaire accompli. Au sujet de ce qu'on appelle « l'intérêt supérieur » « la commission peut être appelée à la recherche de la vérité sur la caisse « secrète de M. D..., dont les différents journaux ont parlé. *Comment pour-* « *rait-elle le faire sans les pouvoirs judiciaires.* » M. le député Codet s'opposait à la proposition Sembat pour divers motifs, mais notamment parce que : « Nous avons pu, dit-il, faire opérer une investigation judiciaire sans « avoir les pouvoirs judiciaires, avec la collaboration du gouvernement. Cela « nous suffit. » Tout commentaire affaiblirait la portée de cette citation. Chacun tirera facilement les conclusions d'ordres divers qu'elle suggère. Le 2 juin 1909 la même proposition fut renouvelée. Une partie des membres d'une commission d'enquête sur la marine demanda à propos de l'affaire D..., que les pouvoirs judiciaires lui fussent accordés.

bunal d'exception, la première à l'établissement de la dictature parlementaire, la pire de toutes, comme l'expérience l'a démontré, car elle n'a pas pour contrepoids la responsabilité.

Les honorables auteurs de ces propositions en avaient-ils bien mesuré les conséquences? On peut dire; non, avec assurance, car dans ces moments de fièvre on ne fait pas de dialectique; on marche au but, à moins que l'obstacle, heureusement placé en des temps plus calmes, ne vienne vous empêcher d'aboutir à d'inévitables catastrophes.

Et cependant rien de plus certain que les principes en cette matière, rien de plus instructif que les exemples du passé.

Le pouvoir chargé de faire la loi ne doit à aucun égard connaître de son application, ont dit les grands publicistes de tous les temps, car il serait à craindre « que le monarque
« ou le Sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exé-
« ter tyranniquement ¹ ».

Si l'intérêt général a voulu que des restrictions fussent apportées à la liberté de chacun dans l'intérêt de la liberté de tous, si ce même intérêt a exigé que certains individus fussent privés des droits dont ils mésusaient aux dépens de la société, au moins est-il indispensable que cette action, restrictive et répressive, ne s'exerce qu'avec la plus grande prudence et sous les plus expresses garanties; au moins faut-il qu'elle soit la conséquence de lois générales, posées dès longtemps à l'avance, afin que l'on ne puisse pas dire qu'elles sont de circonstance, car alors elles seraient suspectes de passion et de partialité.

Pour éviter ce soupçon il faut encore que le pouvoir qui

1. Montesquieu. *Esprit des Lois*, liv. XI, ch. VI.

fait la loi ne l'applique pas, car il l'appliquerait en quelque sorte législativement, c'est-à-dire en dehors de toutes les formes, de toutes les garanties jugées indispensables, avec la plénitude de puissance caractérisant le souverain. Tandis que le magistrat de l'ordre judiciaire n'exerce son autorité que dans des cas parfaitement définis, avec des formes protectrices de l'innocence et de la liberté, sous le contrôle de juridictions supérieures et sous la condition d'une responsabilité à laquelle rien ne saurait le soustraire, en cas de forfaiture ou d'action illégale, le législateur exercerait la sienne avec le plus complet arbitraire. Qui, d'ailleurs, pourrait lui en faire un reproche, puisque tous ses actes ont la valeur, l'autorité, la légitimité même de la loi ? Le législateur, devenu juge, ne rendrait pas des arrêts ou des jugements, mais légiférerait dans des affaires particulières dont il se serait attribué la connaissance, et il serait donné de voir quelque chose de pire que des lois de circonstance : des jugements de circonstance.

Aucun autre pouvoir ne restreignant le sien, rien ne restreindrait sa compétence, sa liberté d'action, et l'on tomberait alors sous la plus redoutable des tyrannies, la tyrannie d'une collectivité.

Le despote, après tout, se sent jugé par ses sujets et, surtout, par ses contemporains ; il est responsable ; il pourra, si son pouvoir sombre, avoir à porter la peine des injustices, des iniquités, des malheurs publics. La collectivité, au contraire, est irresponsable ; une fois dissoute, les individus rentrent dans la masse et on ne saurait leur faire porter le poids de décisions prises par l'être de raison qui était l'*assemblée*.

Le despote a le prétexte du crime de lèse-majesté, l'assemblée souveraine aura celui, plus vague encore, s'il est possi-

ble, de raison d'État, de salut public. Et comme, à ce point de vue, personne ne voudra rester en arrière, que chacun sera jaloux de se signaler, les uns pour faire preuve de zèle, les autres parce qu'il est doux de se sentir souverain, les autres enfin par crainte et pour ne pas être suspects de tiédeur, on verra, dans cette surenchère de toutes les ambitions et de toutes les peurs, les propositions les plus bizarres d'abord, les plus monstrueuses ensuite, se produire et devenir des réalités qu'on avait jugées, naguère, non pas improbables, mais impossibles.

Ce qu'il importe surtout de ne point perdre de vue, ce sont les circonstances dans lesquelles les empiétements du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire se sont produits et se reproduiraient encore. Ce n'est point dans les temps calmes et dans les conditions ordinaires de la vie nationale, mais aux heures de crise et d'agitation, dont les pouvoirs politiques sont le centre, le foyer. Ce serait au milieu des passions déchaînées, et souvent au milieu des passions les plus haineuses et les moins avouables (l'affaire du Panama en est la preuve), que s'établiraient de prétendues juridictions. Serait-ce la justice? Quel contraste au contraire avec ses exigences et ses conditions les plus élémentaires! Alors qu'elle a besoin de calme, d'études, de méditations sérieuses, de sang-froid et d'impartialité, on lui donnerait pour milieu une tempête, et pour organes des esprits surexcités et aigris? La justice! Ce n'est pas elle que les partis demandent; ce sont des armes pour frapper leurs adversaires, c'est-à-dire le contraire de la justice, avec ses apparences pour couvrir toutes les violences et tous les excès?

Que deviendraient alors la liberté, la sécurité des individus?

Qui ne se sentirait menacé dans ses biens, dans sa personne, dans son honneur ? Eh ! quoi, le bon plaisir d'un comité (ou d'une commission) pourra demain me noter comme suspect ! Sur un article de journal, sur une basse délation, sans qu'il soit nécessaire de m'accuser d'un délit précis, prévu par une loi antérieurement faite, sans que je puisse invoquer aucune forme protectrice, aucune exception de temps ni de lieu, je pourrai être traduit, « au besoin *manu militari* ! » Je serai saisi, emprisonné, mon domicile sera violé, mes tiroirs ouverts, mes papiers examinés, mes secrets les plus intimes mis à la disposition de tout un comité composé d'hommes pris au hasard, qu'aucun serment ne lie, qu'aucun lien professionnel ne contient dans les limites du devoir et de la discrétion, omnipotents, irresponsables, en un mot !

Mais, dira-t-on, les membres du comité prendront l'engagement d'honneur d'observer le secret des délibérations !

Plaçons-nous sur le terrain pratique, et demandons-nous si la chose est possible, alors qu'il s'agira de questions brûlantes, passionnant l'opinion publique. Un secret connu de deux ou trois personnes n'en est plus un, dit-on ; que sera-ce s'il est en possession de vingt ou quarante ? Est-il douteux, surtout avec nos mœurs actuelles, que sur le nombre il y ait des indiscrets, soit par calcul, soit par négligence ? N'est-il pas bien tentant, d'ailleurs, pour qui ne fut encore rien, d'être interrogé avec des formes obséquieuses, par un *reporter* habile, traité en personnage, invité à jouer un rôle ? Ne faudrait-il pas être le dernier des sceptiques pour ne pas croire à soi-même, et ne pas abandonner sa proie au renard qui sollicite avec tant de bonne grâce ? qui résisterait, n'ayant pas l'habitude et le devoir strict de la discrétion ?

Illi robur et cæs triplex !...

Sans doute ! mais songe-t-on bien aux conséquences de la violation de ce secret ? C'est la divulgation de cette intimité qui fait partie du moi, de la conscience individuelle ; c'est cette chose essentiellement respectable jetée aux quatre vents de la publicité, abandonnée à tout venant, à toutes les curiosités, à toutes les interprétations, à toutes les malignités, c'est l'insécurité sociale ; c'est le soupçon érigé en principe de gouvernement¹.

On objectera peut-être qu'aucun principe n'est posé, pouvant entraîner des conséquences ultérieures ; que des circonstances exceptionnelles, nécessitent et justifient des mesures spéciales ! Sophisme des plus dangereux, et qui, une fois admis comme précédent, servira de prétexte, dans l'avenir, à toutes les usurpations, à toutes les tyrannies. Les abus les plus criants, n'ont-ils pas eu les commencements les plus modestes, les motifs les plus plausibles, voire même les plus respectables ? Engagé dans la pente, sait-on où l'on s'arrête ? Sait-on les conséquences d'un faux principe, une fois posé ? Vous invoquez, aujourd'hui, une cause honorable pour excuser la violation du principe ; demain, une cause seulement spécieuse, invoquée avec plus ou moins de sincérité et de bonne foi, justifiera une pareille exception, car il n'est personne qui ne couvre ses actes les plus critiquables, des apparences de la vertu et du bien public. Il n'est pas de parti politique qui ne se croie détenteur exclusif de la vérité.

1. Rappelons ici encore ce qui se produisit à propos de l'affaire du Panama. Le rapport de la commission fut publié par certains journaux, avant même que les membres de la commission aient eu le temps d'en prendre connaissance. Ce fut un affolement universel, il ne fut question que de corrupteurs et de corrompus. Des protestations s'élevèrent de toute part contre les imputations visant telles ou telles personnalités, imputations dont certaines furent reconnues inexactes et furent l'objet de rectifications ultérieures.

Aussi, chacun à son tour, passera par la brèche une fois ouverte.

Ainsi sont écartées les règles protectrices destinées à garantir le mûr examen et la solution équitable. Or c'est précisément, on ne saurait trop le dire, dans les heures troublées qu'il convient de se rattacher au droit commun, comme à un guide sûr et tutélaire, sans lequel la justice chancelle à la merci des partis. Si l'on a reconnu alors des lacunes dans la législation, on pourra plus tard les combler, mais les inconvénients, quels qu'ils soient, qui peuvent en résulter momentanément, seront, dans tous les cas, moindres que ceux qui naîtraient des mesures d'exception dont la conséquence la plus claire est de déshonorer, de perdre dans l'opinion la cause qu'elles prétendent servir. Les orages passent, les troubles s'apaisent, et, le sang-froid revenu, les crimes commis sous le couvert de la justice, au nom de prétendus intérêts supérieurs, restent seuls devant l'histoire. Les préventions que les ennemis de nos libertés ont le plus souvent et le plus utilement exploitées aux yeux de l'ignorance et de la peur, sont les excès du tribunal révolutionnaire et de la Convention, excès qui n'eussent jamais été possibles, si le pouvoir politique ne se fût saisi du pouvoir judiciaire ¹, si celui-ci, au contraire, fût resté debout pour la protection du droit individuel.

Il faut, disait le Premier Consul, « former de grands corps

1. Cette appréciation est aussi celle de M. Clemenceau qui le 22 janvier 1883 disait à la Chambre des députés à propos du tribunal révolutionnaire : « Je répons avec Michelet : Ce qui a perdu la Révolution c'est la dictature judiciaire. » Oui, parce que, quand les terribles événements que je viens de rappeler se produisirent, on créa des *tribunaux d'exception*. Je ne les condamne pas, ces hommes qui ont dressé à quelques pas d'ici l'abominable machine qui les a dévorés tour à tour. Je juge pas, je constate. Je constate

« forts de la considération que donne la science civile, forts
 « de leur nombre, au-dessus des craintes et des considéra-
 « tions particulières, qui fassent pâlir les coupables, *quels*
 « *qu'ils soient*, et qui communiquent leur énergie au minis-
 « tère public. » Notre institution judiciaire répond-elle à
 ces conditions ? L'histoire d'hier vient répondre : non.

III

Que les corps politiques n'aient pas, par leur nature même, les qualités judiciaires, voilà ce que démontre surabondamment, nous venons de le voir, l'un des plus retentissants événements contemporains. Combien d'autres incidents semblables ne pourrions-nous pas citer, et emprunter aux faits quotidiens qui constituent, depuis des années, notre vie politique. Non, l'impartialité n'est pas, et ne peut pas être la vertu des assemblées parlementaires, on pourrait même dire, sans paradoxe, que le défaut opposé est leur principal mérite, puisqu'en définitive la passion du bien public est encore de la passion, et qu'elle comporte par conséquent certains partis pris inévitables, certaines exagérations dans la pensée, dans le langage et dans les actes, toutes choses qui doivent rester étrangères à l'office du juge. La conclusion de ceci est que de toutes les confusions de pouvoirs la plus dangereuse est la transformation d'une assemblée politique en juridiction.

que ce qui a perdu la Révolution, c'est l'empiétement de l'exécutif sur le judiciaire, je devrais dire l'absorption du judiciaire par le pouvoir politique, dont le point culminant est cette odieuse loi du 22 prairial qui fondait la dictature judiciaire. Voilà ce qui a perdu la Révolution. » Et le *Journal officiel* ajoute : « Applaudissements à l'extrême gauche. »

Cette vérité n'est pas nouvelle, elle est d'aujourd'hui, d'hier et d'autrefois ; et s'il suffisait de l'exprimer pour instruire les hommes, si plutôt ils se laissaient guider par elle, que d'erreurs et, par suite, de malheurs, dans la conduite des affaires privées et publiques n'auraient pas été évités !

Nous trouvons, en effet, toutes les réflexions que l'on peut faire à cet égard, remarquablement résumées dans le discours que Lanjuinais faisait entendre à la Convention, le 26 décembre 1792, pour dénier sa compétence, dans le procès de Louis XVI : « D'un mot on vous fait juges, disait-il. « Vous ne pouvez rester juges de l'homme désarmé, duquel « plusieurs d'entre vous ont été les ennemis directs et personnels ; vous ne pouvez être juges, applicateurs de la loi, « jurés de jugement, ayant tous, ou presque tous ouvert votre avis... Suivons une loi simple, naturelle, imprescriptible ; elle veut que tout accusé soit jugé avec tous les « avantages que la loi du pays lui assure... *J'entends parler « de salut public, ce sont donc des idées politiques et non des « idées judiciaires que l'on vous appelle à discuter. J'ai donc « raison de vous dire que vous ne deviez pas vous montrer « ici comme juges, mais comme législateurs... Si vous suivez les principes de l'ordre judiciaire, vous ne pouvez « confondre en vos personnes des rapports incompatibles qui « ne peuvent exister chez une nation humaine et éclairée. »*

Ces conseils, pleins de force et de sagesse ne furent pas suivis, et justifièrent aux yeux de la postérité la parole historique du courageux défenseur qui jugea le jugement : « *Je cherche parmi vous des juges, et je n'y vois que des accusateurs. »*

Bien rarement, en effet, les décisions des assemblées politiques sont équitables : elles ne reflètent que les passions d'un parti triomphant. Soit qu'elles aient à exercer la juri-

diction répressive, où la justice en matière électorale, leurs décisions ne seront, trop souvent, qu'un *væ victis* égoïste et partial. Aussi sans méconnaître la valeur des raisons qui ont fait admettre, dans diverses constitutions, l'attribution aux Sénats du rôle de Haute Cour de justice, il est, à notre avis, désirable que ces assemblées — ne fût-ce que pour ne pas encourir un tel soupçon — n'aient, que le plus rarement possible, à exercer cette prérogative.

Cette juridiction a été instituée chez nous, on le sait, pour juger le Président de la République, accusé de haute trahison ou d'autres crimes et délits ; les ministres accusés de crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions ; enfin pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État, même par de simples particuliers ¹.

Ce n'est qu'en de rares circonstances et avec une infinie prudence que cette institution, empruntée à l'Angleterre, fonctionne dans son pays d'origine : elle y fut établie en 1376, sous le règne d'Édouard III, en vue de rendre effective, devant le parlement, la responsabilité ministérielle. L'action ainsi intentée et poursuivie reçut, et a conservé, le nom d'*impeachment*. On désigne donc ainsi le procès fait à un ministre devant la Chambre des lords, sur la poursuite de la Chambre des communes.

Le droit de juridiction de la Chambre des lords se confond avec ses origines mêmes : on sait qu'elle formait l'ancien conseil du roi (*magnum consilium*) ; la source en est donc essentiellement monarchique et entraîne, comme con-

1. Les tribunaux ordinaires sont également compétents dans ce cas. Mais la connaissance de l'affaire peut leur être retirée, pour être portée devant la Haute Cour.

séquence, une sorte de pouvoir discrétionnaire, que le concours de la Chambre des communes n'a fait que rendre plus efficace et plus énergique.

Tandis, en effet, qu'à l'origine, l'accusation contre un ministre devait viser une infraction prévue par le droit pénal, à partir du xvii^e siècle, l'*impeachment* peut se produire à raison de toute faute grave et nuisible à l'État.

On conçoit ce qu'une formule aussi vague pouvait présenter de dangereux, entre les mains d'un pouvoir politique en fait, judiciaire par occasion. L'abus se manifesta sous une forme aggravée et plus moderne, celle du *bill of attainder*, qui n'est rien moins que le pouvoir, reconnu aux deux Chambres, de frapper arbitrairement, non plus seulement un ministre, mais une personne quelconque, dans sa vie et dans ses biens. L'omnipotence, de tout temps reconnue au parlement d'Angleterre, justifie un pareil pouvoir, consistant à légiférer en matière particulière. De tels jugements sont en effet de véritables lois, puisqu'ils doivent être rendus par les deux Chambres¹. Ils constituent également la confusion plus manifeste de deux pouvoirs et, par suite, une atteinte profonde au droit individuel.

Aussi, au moment où nous empruntons à l'Angleterre une institution qui pourrait dégénérer en de funestes abus, l'*impeachment* tombait en désuétude dans le Royaume-Uni. « ... Dans les cent et quelques dernières années, il y a eu seulement deux *impeachments*, celui de Warren-Hastings en

1. N'oublions pas cependant que le caractère essentiel de la loi est la généralité, et qu'une loi spéciale contre un individu déterminé, en d'autres termes un *bill of attainder*, devrait être déclarée inconstitutionnelle et inapplicable, par les tribunaux français.

1788, et celui de lord Merville en 1805 ; depuis plus de quatre-vingts ans, la procédure a sommeillé. La raison en est bien simple : la responsabilité des ministres sous le gouvernement parlementaire, a rendu inutile cette arme ancienne, et la condamne à se rouiller. Le moyen préventif a remplacé le moyen répressif : la Chambre des communes, pouvant à sa volonté renvoyer les ministres, n'a jamais besoin de les mettre en accusation ¹. »

Le danger pour le justiciable, devant de telles juridictions, provient surtout du vague dans la détermination de leur compétence et des infractions qu'elles peuvent être appelées à juger. Il serait donc désirable que la qualification d'attentat contre la sûreté de l'État, reçût de la loi française un peu plus de précision encore, qu'elle n'en a dans le code pénal, et que son défaut de détermination ne fût pas augmenté par une doctrine et une jurisprudence englobant, sous cette expression, non seulement l'attentat proprement dit, l'attentat *exécuté*, mais encore le simple complot, c'est-à-dire la tentative. Sans doute celle-ci mérite une répression, mais comme elle peut comprendre des degrés divers, peut-être eût-il mieux valu laisser à la juridiction ordinaire cette recherche, plus lente et plus patiente que ne le comporte la constitution même de la Haute Cour.

Le danger que peut présenter une telle juridiction n'a pas échappé aux auteurs des différentes constitutions américaines. Aussi n'ont-elles pas donné aux pouvoirs législatifs, lorsqu'ils remplissent les fonctions de haute cour de justice qui leur sont aussi confiées, le droit de connaître, au fond, de l'affaire, mais seulement de prononcer la destitution du

1. Esmein, *op. cit.*, p. 107.

fonctionnaire déferé, qui est ensuite jugé par les tribunaux ordinaires.

La justice aussi bien que la pacification des esprits auraient tout à gagner à ce que les répressions de tous les délits et de tous les crimes, quelque graves qu'ils soient, quels que soient leur nature et leurs auteurs, fussent confiés au pouvoir judiciaire, sauf à réserver certains délits spéciaux, tels que ceux dont la Haute Cour a à connaître actuellement, à la plus haute juridiction du pays.

Il entrerait aussi dans les attributions d'un pouvoir judiciaire normalement constitué, pourvu, par conséquent de la grande autorité morale qui lui est indispensable, d'être le juge de la validité des élections soit au Sénat soit à la Chambre des députés. Ce système fut proposé en 1899, en Suisse, pour les élections du Conseil national, par M. le conseiller d'État Speiser, à l'occasion du projet de loi sur la réforme des attributions du tribunal fédéral. « Il est temps, disait-il, « de décharger le Conseil national de ce travail absorbant, « dans l'accomplissement duquel il ne fournit pas toutes « les garanties d'un jugement *objectif* et impartial¹. »

Tous les inconvénients que nous avons signalés des jugements par les assemblées politiques, se présentent ici avec une singulière aggravation : les juges n'ont ni le calme, ni les moyens nécessaires, ni l'impartialité indispensable.

IV

Nous ne saurions quitter ce sujet des rapports du pouvoir législatif avec le pouvoir judiciaire, sans signaler, à l'inverse de ce que nous avons constaté jusqu'à présent, les

1. Souriac, *op. cit.*, p. 439.

empiétements possibles, quoique plus rares, du second sur le premier. Là aussi, l'imperfection et la faiblesse de notre institution judiciaire ont été une cause d'abus, qu'une autorité plus forte aurait certainement empêchés ou réprimés, dans son propre milieu.

S'il est un principe dont, avant tout, le juge doit être pénétré, c'est qu'il n'est que l'organe de la loi, et qu'il ne saurait se substituer à elle ; « autrement, il se fait législateur » ¹. Si la loi est obscure, qu'il l'interprète ; si elle est muette, qu'il la supplée ; c'est son droit et c'est son devoir. Mais quand bien même elle lui paraîtrait injuste, il doit l'appliquer, et il peut le faire en toute sécurité de conscience. Le blâme que mérite une loi inique, comme la responsabilité de l'avoir édictée, ne saurait s'adresser au juge, mais remonte au législateur. Sans doute, il pourra répugner au magistrat de se faire le ministre d'une œuvre législative qu'il désapprouve ; mais alors, un seul moyen s'offre à lui de concilier son devoir avec ses sentiments personnels, c'est de renoncer à ses fonctions. S'il lui était permis d'écarter une loi parce que le principe lui en paraîtrait mauvais, ou d'en fausser la lettre et l'esprit, il n'y aurait plus de sécurité, car la vérité variant avec la personne du juge, la vérité d'aujourd'hui pourrait n'être plus celle de demain ; les limites des droits du magistrat et de ses devoirs deviendraient incertains, et ce principe essentiel de la Déclaration des droits de l'homme, que le sort de chacun ne doit dépendre que de règles fixes et préalablement établies, serait ouvertement violé.

Ces maximes n'ont jamais fait de doute chez les peuples.

1. Montesquieu. *Esprit des lois*.

civilisés. A Athènes, « le législateur convaincu qu'un État libre ne peut se maintenir qu'autant que la majesté des lois y domine, prescrit, avant toute chose, au juge, cette formule de serment : « Je jugerai selon les lois ¹. »

Que les juges, écrivait Charlemagne en ses Capitulaires (Capit. 1, art. 26), se conforment strictement à la loi écrite : *Judices secundum legem scriptam juste judicent*, et qu'ils ne cèdent point aux fantaisies de leur esprit : *non secundum arbitrium suum*. « Ce précepte est fort sage, dit Dalloz, mais, que de cas où il est mis en oubli par l'inexpérience ou l'inattention ². »

C'était aussi la doctrine de nos parlements : Un illustre Premier Président de celui de Bordeaux, le Premier Président Bouhier, censurait la prétention du juge de vouloir juger la loi, en ces termes énergiques. » *Tu qui es qui legem judicas, qui sedes ut secundum legem judices* ³. »

Par son arrêt du 15 prairial an X, la Cour de cassation affirmait la même doctrine ; elle censurait un tribunal qui avait acquitté un prévenu, en se laissant fléchir par de simples considérations, lorsque, d'ailleurs, le délit était constant, et elle prononçait en ces termes : « Juges du tribunal civil séant
« à Montbrison, vous avez commis une faute très grave ; et
« si elle ne doit pas être imputée à des intentions coupables,
« vous ne pouvez vous défendre du moins d'avoir montré
« une très répréhensible faiblesse. Vous avez oublié que le
« magistrat dans l'exercice de ses fonctions, doit être sem-
« blable à la loi, qui ne consulte ni la pitié, ni l'indignation,

1. Harangue d'Eschine.

2. Dalloz. *Jurisprudence générale*, v^o *Discipline judiciaire*, n^o 140, note 1.

3. Plaidoyers de Ferrère, réplique pour la dame Plantey ; *Annales du barreau français*, p. 287.

« mais pour qui la justice est tout. Vous avez fait céder vos
 « devoirs à une pitié mal entendue et à de fausses et vaines
 « considérations... Par ces considérations, la Cour de cas-
 « sation vous censure. Retournez à vos fonctions et n'oubliez
 « jamais que l'impunité des crimes est une calamité publi-
 « que, et l'absolution d'un coupable, un véritable attentat
 « contre la sûreté de l'État ¹. »

La jurisprudence de nos jours est restée fidèle à ces principes ; il est toujours vrai que, quelque favorable que soit le délinquant, quelque atténuation qu'imposent les circonstances, si le délit est caractérisé, le juge n'a pas le droit de le méconnaître et de se refuser à appliquer la loi. Une doctrine relativement récente n'admettait sur ce point aucun compromis. Un éminent professeur de droit pénal à la Faculté de droit de Paris, M. Boitard ², enseignait, vers 1834, que, « si les principes peuvent fléchir quand l'humanité l'ordonne, ils n'en subsistent pas moins ». Sans doute, ajoutait-il, « la poursuite d'un vol de pain, par un pauvre affamé, serait inhumaine, et la plus minime de toutes les peines serait tout au plus applicable à un tel fait ; mais ce fait considéré en lui-même, n'en est pas moins un vol, et passible, à ce titre, d'une pénalité ».

Est-ce à dire que, dans tous les cas de cette nature, il y aura toujours délit et que la condamnation devra s'en suivre ? Assurément non ; le jurisconsulte que nous venons de citer admet qu'en pareille circonstance, il peut y avoir lieu à l'application de l'article 64 du Code pénal, aux termes duquel

1. Dalloz. V° *Cassation*, n° 2 et v° *Discipline judiciaire*, n° 140 et la note.

2. Boitard. *Leçons de droit criminel*, édition annotée et complétée par Faustin Hélie. Paris, 1872, p. 395.

« il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu a été contraint
« par une force à laquelle il n'a pu résister ». Cette force
pourra s'entendre, non pas seulement d'une contrainte phy-
sique, directe et immédiate, mais aussi de contrainte mo-
rale, « c'est-à-dire du cas où pour se soustraire à l'immi-
nence d'un péril grave, pour plier sous une loi toute puis-
sante : le besoin, le sentiment de la conservation, on aura
commis un fait que la loi pénale prévoyait et punissait ¹ ».

L'on peut dire encore que l'extrême nécessité est un véri-
table cas de force majeure, qui enlève au délit l'intention
criminelle, élément nécessaire pour qu'il soit punissable.
Ainsi l'a très juridiquement décidé un arrêt de la Cour
d'Amiens, réformant, dans ses motifs, un jugement du tri-
bunal de Château-Thierry, par les considérants suivants :
« Considérant que les circonstances exceptionnelles de la
« cause ne permettent pas d'affirmer que l'*intention frau-*
« *duleuse* ait existé, au moment où la fille Ménard a commis
« l'acte qui lui est reproché ; que le doute doit profiter à la
« prévenue, *sans adopter les motifs des premiers juges*, con-
« firme le jugement dont il est fait appel. » (22 avril 1898.)

Le jugement du tribunal de Château-Thierry avait eu le
tort de ne pas donner aux vraies raisons juridiques toute leur
portée, et de les sacrifier à des appréciations de sentiment
et autres, d'une valeur contestable dans un document judi-
ciaire. Le juge doit penser en effet que les motifs de la loi
sont inclus dans sa lettre, et qu'il est superflu de les déve-
lopper sans sobriété.

Il s'agissait dans l'affaire d'une malheureuse fille qui avait
pris un pain dans la boutique d'un boulanger. Le jugement

1. *Ibid.*, p. 194.

constate qu'elle a à sa charge un enfant de deux ans, pour lequel personne ne lui vient en aide, et que, depuis un certain temps, elle est sans travail malgré ses recherches pour s'en procurer. C'est donc, sous la pression d'une nécessité absolue, que, pour elle et son enfant, elle avait commis l'acte qui lui était reproché. Or l'infraction, parfaitement connue en droit pénal sous le nom de *délit de nécessité*, est considérée comme le résultat d'un vrai cas de force majeure, faisant, d'après la loi elle-même, exception à toutes les règles. La force majeure n'est autre chose en effet que la loi naturelle qui s'impose à tous : *non scripta, sed innata lex* ¹. Il n'était donc pas nécessaire de sacrifier le droit et la loi à des raisons d'équité et de sentiment, alors que, comme l'a prouvé l'arrêt de la cour d'Amiens, les premiers s'accordaient avec les seconds dans cette affaire pour innocenter l'inculpée ².

D'autres décisions du même tribunal ne furent d'ailleurs point faites pour dissiper l'équivoque sur ses tendances, au point de vue du respect de la loi : si le jugement dont nous venons de parler peut s'expliquer par un vice de rédaction, sans admettre que les juges aient voulu méconnaître la loi et empiéter sur le domaine du législateur, certains juge-

1. Cicéron. *Pro milone*.

2. La décision du tribunal de Château-Thierry, si elle eût été assortie de motifs juridiques, était loin d'être nouvelle en doctrine et en jurisprudence. Les criminalistes de tous les pays s'accordent pour reconnaître que, dans le « délit de nécessité », la volonté et tout au moins l'intention frauduleuse faisant défaut, ce délit ne saurait entraîner aucune condamnation. Voir *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, par M. le professeur Georges Vidal, de la Faculté de droit de Toulouse, Paris, 1906, p. 315. Voir également les dissertations de M. le professeur Jasserand, de la Faculté de Lyon, sur l'arrêt de la Cour d'Amiens. *Dall. Périodique*, 1899.2.329, et de M. le professeur Roux sur le même arrêt, *Recueil de Sirey*, 1899.2.1.

ments de la même juridiction ne sauraient bénéficier de cette excuse. Ils affirment, au contraire, la prétention de rectifier la loi, de ne l'appliquer que lorsqu'elle paraît juste au juge lui-même, bien plus, « d'humaniser le droit et la jurisprudence », et sans doute aussi les magistrats par la même occasion. Tantôt ce tribunal refuse catégoriquement de considérer comme des délits le vagabondage et la mendicité, sous le prétexte bien ou mal fondé en l'espèce, « que la société « dont le premier devoir est de venir en aide à ceux de ses « membres réellement malheureux, est particulièrement mal « venue à requérir contre l'un d'eux l'application d'une loi « édictée par elle-même, et qui, si elle s'y fut conformée en « ce qui la concerne, pouvait empêcher de se produire le « fait qu'elle reproche au prévenu ».

Tantôt c'est le divorce par consentement mutuel que ce tribunal institue de son autorité et contrairement à la loi : « Attendu, dit-il, que toute enquête est inutile, *puisque les « parties sont d'accord* pour demander que le lien matrimo- « nial soit rompu. » D'ailleurs si l'un des époux demande la séparation de corps et l'autre le divorce, le tribunal prononce le divorce, non parce que la demande lui paraît mieux fondée en fait, mais au nom de considérations générales et sociales qui lui font préférer, à lui tribunal, le divorce à la séparation de corps.

Dans une autre décision, c'est l'adultère « que le tribunal « innocente, n'y voyant qu'une *simple infraction à une obli- « gation de faire*, contractée devant l'officier de l'état civil, « qui ne saurait comporter que des dommages et intérêts et « la rupture de ce contrat purement civil ». L'adultère se justifie, d'ailleurs, explique un jugement postérieur, « *par « les exigences de la nature et la sentimentalité du cœur et*

« ne saurait être considéré, si *tant est* qu'il y ait *faute*,
« comme celle d'un seul... »

Dans une autre, une fille-mère pour avoir, en accouchant clandestinement, tué par imprudence, son enfant nouveau-né, ne se voit condamnée qu'à 16 francs d'amende, avec application de la loi de sursis. Il est vrai qu'ici encore la seule coupable, *c'est la société* qui inculque aux générations qui la composent « le mépris de la fille-mère », et donne à la femme « une situation inférieure à celle de l'homme ».

Quant aux contraventions qui ne comportent qu'un fait matériel, comme les contraventions à la police des chemins de fer, le tribunal législateur de Château-Thierry les supprime purement et simplement, non toutefois sans exprimer son regret de ne pouvoir atteindre de ses sévérités... les compagnies détentrices de monopoles !

De telles manifestations ont le tort de troubler, dans l'esprit public, les saines notions d'ordre et de justice, et de le décevoir, par les apparences d'une trompeuse équité — « *equitas cerebrina* », disaient les anciens jurisconsultes — et d'un esprit d'humanité mal compris. Elles ont surtout le tort d'intervertir les rôles sociaux, et de faire la loi dans l'enceinte où on n'a que le devoir de l'appliquer.

La nécessité de ce respect de la loi par le juge est une vérité de tous les temps, un axiome qui ne se discute pas. La loi fût elle injuste, « il est bien plus injuste encore, » disait Cicéron, de s'écarter des lois, dans un État qui ne « subsiste que par les lois. Ce sont elles qui nous assurent
« la jouissance de nos droits politiques ; elles sont le fon-
« dement de la liberté, la source de toute justice. En elles
« résident l'âme, l'esprit, le conseil, la pensée de la répu-
« blique. La loi est au corps social ce que l'âme est au corps

« humain: seule elle fait jouer ces ressorts qui en sont
 « comme les nerfs, le sang, les membres. Les *magistrats*
 « sont les ministres des lois, les juges sont les organes de la
 « loi. Pourquoi Q. Naso, siégez-vous sur ce tribunal? Qui
 « vous a donné l'autorité sur les hommes distingués qui
 « forment ce conseil? Et vous, juges, si parmi tant de mil-
 « liers de Romains vous prononcez seuls sur la fortune et
 « l'honneur des citoyens, de qui tenez-vous cette préro-
 « gative? ' »

Tels sont les vrais principes dont l'esprit du juge doit être pénétré. « Les jugements, dit Montesquieu, doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte ². »

V

Est-ce à dire que la jurisprudence n'aura rien d'humain, qu'elle sera, alors que tout évolue autour d'elle, comme une chose morte et figée dans une immobilité marmoréenne? Assurément non. Sans violer les textes, sans méconnaître les principes faits par des hommes et pour des hommes, elle doit être de son temps: « Dans une démocratie en évo-
 « lution incessante vers le progrès de tous ordres — progrès
 « d'ordre politique, économique et social — la jurisprudence,
 « pour être exacte, doit nécessairement s'inspirer de l'es-
 « prit démocratique dont la législation moderne est si for-

1. *Pro Cluentio*, §§ LIII et LVIII.

2. *Esprit des lois*, livre XI, ch. VI.

« tement imprégnée. » Cette doctrine, qui fut contestée lorsqu'elle se produisit ¹, nous paraît, cependant, absolument exacte, mais il faut sainement l'entendre.

Et d'abord il est bien certain que « l'esprit du temps » n'est point l'opinion du moment, l'opinion régnante, mais une tendance depuis longtemps accusée et indiquant bien la direction vers laquelle sont entraînées les destinées sociales. Cette tendance sera surtout marquée par des lois positives, que non seulement le magistrat devra « faire prévaloir sur ses opinions intimes » ², mais dont il devra s'inspirer pour interpréter par analogie les autres, lorsque leur sens en sera obscur ou ambigu. Si, comme le dit Montesquieu (Livre V, *Esprit des lois*), les lois doivent être relatives au principe du gouvernement, il doit en être de même de l'esprit qui doit guider leur interprétation. On ne saurait nier, par exemple, qu'une des tendances plus manifestes de notre époque soit le groupement, suivant la convenance et l'attraction des intérêts semblables pour se soutenir et s'entr'aider. C'est ce qu'on appelle l'associationnisme et la coopération. Donc, lorsque des actes, des contrats ayant cet objet s'offriront à l'interprétation des tribunaux, ce sera le cas pour eux d'appliquer avec un vrai libéralisme la grande maxime juridique : *potius ut valeant quam ut pereant*. Ils devront s'inspirer non plus de l'esprit étroit et quelque peu méfiant du Code civil pour les associations ; mais de l'esprit nouveau qui a fait au contraire de ce contrat l'un des plus usités et des plus en faveur dans l'État contemporain. En présence d'une notion plus exacte du droit collectif, consacrée d'ailleurs

1. Allocution de M. Briand, Garde des Sceaux, en recevant la Cour de cassation, janvier 1908.

2. *Ibid.*

par le législateur, il sera naturel que les tribunaux donnent une interprétation moins étroite que par le passé à la maxime : « Nul en France ne plaide par procureur ¹. »

Une réforme positive en ce sens sera, d'ailleurs, la conséquence naturelle de l'admission imminente dans notre législation du « contrat collectif du travail » ².

Mais le magistrat ne saurait dépasser ces limites. Il ne saurait surtout se croire permis de créer, à côté de la loi ou à la place de la loi écrite, une sorte de législation prétorienne qui ne serait dans un pays comme le nôtre qu'un signe de désordre moral et social.

1. Voir comme rentrant dans cet ordre d'idées deux arrêts, l'un de la Cour de Bordeaux du 4 juin 1897. D. P. 98.2.129, et Pau, 28 juillet 1902. D. P. 1903.2.27, et les annotations de M. le professeur Planiol.

2. En mars 1910, la 7^e chambre du tribunal civil de la Seine a rendu un jugement en matière de contrat collectif de travail, décidant que tous les membres d'un syndicat patronal sont liés par le contrat passé entre ce syndicat et un syndicat ouvrier. Toutefois, pour que cette jurisprudence s'établisse définitivement, il sera nécessaire que les syndicats ouvriers possèdent des capitaux suffisants pour garantir à ceux qui traitent avec lui le respect des conventions qu'il a signées.

CHAPITRE VII

Du pouvoir judiciaire dans ses rapports avec le pouvoir exécutif

La nécessité de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif est proclamée par la Révolution.

I. — Ce principe est méconnu par le Premier Empire.

II. — Cette méconnaissance établit la fausse tradition de la suprématie du ministre sur toute fonction judiciaire. — Fausse situation du ministère public entre une indépendance de principe et une subordination de fait. — Le droit du ministre de prescrire des poursuites équivaut à lui permettre de les exercer.

III. — Subordination de la magistrature inamovible. — Effets de cette subordination sur le magistrat, par les conditions de nomination, d'avancement. — Circulaires Delangle, Trarieux, etc. — Projets de réforme divers, Arago, Crémieux, Faustin Hélie, etc. — Projet Béranger. — Effets fâcheux de cette subordination pour la justice. — Actes de gouvernement et article 10 du Code d'instruction criminelle. — Action sur les juges d'instruction et les présidents d'assises. — Affaire des chemins de fer du Sud. — Propositions diverses. — Action sur les présidents d'assises. — Conséquences.

Au point de vue de l'objet de ce chapitre, notre tâche est considérablement avancée par tout ce qui précède. D'une part, en effet, il a été largement question des rapports du pouvoir judiciaire avec le pouvoir exécutif, à propos de la juridiction administrative et du moyen qu'elle constitue pour celui-ci, d'étendre ses prérogatives aux dépens de celui-là. D'autre part, les diverses mesures qui caractérisent les empiétements du législatif sur le judiciaire, n'ont pu se produire,

le plus souvent, qu'avec le concours de l'exécutif et lui sont, par conséquent, en partie imputables.

Cependant, il est des rapports directs et immédiats entre le pouvoir exécutif et le judiciaire, qui ont été l'occasion d'abus non moins graves et, notamment, d'une confusion des pouvoirs encore plus caractérisée. Quoique les mesures qui avaient été prises par le législateur pour assurer leur indépendance réciproque aient été précisées ci-dessus¹, il convient d'insister ici sur l'importance que, soit les grands théoriciens politiques, soit les jurisconsultes de la Révolution et du commencement du XIX^e siècle, attachaient à ce principe, pour mieux saisir ensuite la portée de l'échec qu'il a subi.

Merlin fait observer que, de tout temps, à toutes les époques, il a été considéré aussi bien comme essentiel que comme élémentaire en matière de droit public, et, faisant siennes les observations de Moreau dans ses *Discours sur l'histoire de France*, Merlin dit avec cet auteur : « Il importe à la sûreté du genre humain que celui qui a la puissance, ne puisse jamais disposer de la règle. Chez les Romains même celle-ci était entre les mains des juges : le magistrat (le préteur, le pouvoir exécutif) exerçait celle-là. Me croira-t-on lorsque je dirai que sous le gouvernement de Charlemagne, je retrouve cette séparation si utile... » « Ce sont ces grandes considérations, continue Merlin, qui ont déterminé le décret de l'Assemblée Constituante du 1^{er} octobre 1789, par l'article 19 duquel il est dit que « le pouvoir judiciaire ne pourra en aucun cas être exercé par le roi, ni par le Corps législatif, mais que la justice sera administrée au nom du roi (qui personnifiait la souveraineté), par les seuls tribunaux établis par la loi, sui-

vant les principes de la constitution et selon les formes établies par la loi. »

Cette disposition est passée dans les constitutions du 9 septembre 1791, du 24 juin 1793, du 5 fructidor an III, du 22 frimaire an VIII, et elle forme, conclut Merlin, « l'une des *maximes fondamentales de notre droit public* ¹. » La constitution du 4 novembre 1848, après ses devancières², proclame à son tour cette vérité en termes expressifs : « La séparation des pouvoirs, dit l'article 19, est la première condition d'un gouvernement libre. » C'était la consécration législative du principe posé par Montesquieu : « Si la puissance de juger était jointe à l'exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur ³. » Bien avant l'auteur de l'*Esprit des lois*, Cicéron avait exprimé la même idée : « Il n'est pas douteux, a-t-il dit, que le sort de toutes les fortunes particulières ne soit entre les mains de ceux qui organisent les jugements et de ceux qui jugent. Personne de nous, en effet, ne peut être assuré de la possession de ses maisons, de ses terres, de tout son patrimoine si, lorsqu'il est obligé de défendre ces choses contre une injuste revendication, un prêteur malhonnête, et dont la décision est sans appel, *choisit tel juge qui lui plaît* ⁴. »

1. Merlin. Édition de 1808, v° *Pouvoir judiciaire*, § 1, in fine.

2. Constitution, 3 septembre 1791, déclar. des droits, art. 16 ; Constitution, 24 juin 1793, déclar. des dr., art. 23, 24 ; Constitution, 5 fructidor, an III, déclar. des dr., art. 22.

3. *Esprit des lois*, livre XI, ch. VI.

4. *Dubium est nemini quin omnes omnium pecuniæ positæ sint in eorum protestate qui judicant et eorum qui judicant est, quin nemo nostrum possit ædes suas; nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, quum hæc a quopiam vestrum, prætor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit judicem. Cic. in Verrem, actio secunda (lib. II, ch. XII).*

I

Ces principes, cependant, ne furent point respectés : l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), qui établit la constitution impériale, les méconnaissait explicitement. « La justice se rend au nom de l'Empereur, disait ce texte, par les officiers qu'il constitue. » Désormais le pouvoir judiciaire est dans la main du pouvoir exécutif ; il ne s'en distingue pas ; non seulement ce sera au nom de son chef que la justice sera rendue, ce que la forme nouvelle de l'État rendait parfaitement explicable, mais les magistrats seront des fonctionnaires dépendants par la nomination et la hiérarchie. Ainsi disparaissait le dernier vestige d'indépendance que la Constitution de l'an VIII avait voulu conserver aux magistrats, en restreignant le choix du gouvernement aux personnes désignées sur une liste issue de l'élection, et, avec cette indépendance, l'existence même du pouvoir judiciaire en tant que pouvoir politique, pouvant constituer pour les autres une limite et un frein.

Faut-il s'en étonner ? Assurément non ; lorsque l'on considère dans son ensemble l'œuvre de reconstitution sociale et politique accomplie par le Premier Consul, que l'on constate son unité et sa force, on s'explique que la liberté ait été souvent sacrifiée, que l'organe destiné à la garantir ait été omis. Un organisateur puissant ne discute pas plus avec les divers éléments qui lui sont fournis pour accomplir sa tâche, que le forgeron ne discute avec le fer rouge qu'il tient sur son enclume et qu'il façonne à sa fantaisie ; l'harmonie, la puissance et la vitalité de l'œuvre sont à ce prix. Le Premier Consul fondit dans le moule égalitaire que lui avait fourni

la Révolution, l'administration et l'armée. L'œuvre fut admirable et nous en vivons encore. L'on comprend dès lors que, n'acceptant point le contrôle parlementaire, il n'ait pas voulu davantage trouver la justice, comme obstacle à ses volontés absolues. Là était évidemment l'excès, mais aussi la rançon provisoire des résultats heureux et définitifs. La liberté devait venir plus tard, à son heure, et il faut bien reconnaître qu'elle s'est trop fait attendre ; nombreuses furent depuis les occasions perdues, où il eût été possible de donner aux constitutions libérales modernes les garanties désirables de stabilité et de liberté, et c'est l'une de ces occasions que laissa échapper la constitution de 1875, en n'inscrivant pas dans son texte, non seulement les principes, mais même le nom du pouvoir judiciaire.

L'on comprend aussi que le pouvoir exécutif ne se soit pas spontanément dépouillé des prérogatives que lui avaient léguées les gouvernements antérieurs. Sans doute, sous ces gouvernements, le maintien de cet état de choses pouvait s'expliquer par leur principe même, et reste sans explication sous un gouvernement de démocratie républicaine, mais combien fréquemment une institution survit à sa raison d'être, surtout lorsque sa conservation intéresse ceux qui en ont la garde ! Or il n'est pas douteux que la justice ne soit, sous n'importe quel régime, un puissant moyen d'autorité et d'influence pour le pouvoir exécutif. Bien plus, en la conservant sous sa dépendance, il supprime le seul obstacle naturel, il paralyse la seule opposition légitime que pourrait rencontrer son autorité.

II

Il n'en fallait pas davantage pour que, dans l'usage d'abord, dans les idées courantes ensuite, s'établît la fausse doctrine de la subordination, même dans l'exercice des fonctions, du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif. Une sorte de prescription, ou tout au moins d'accord tacite, confirma le préjugé et le fit pénétrer dans les meilleurs esprits. C'est ainsi que du haut de la tribune parlementaire un ministre a pu se croire légitimement autorisé à employer la terminologie suivante : « En ce qui concerne l'autopsie, j'ai pensé qu'il était de *mon droit* et, par conséquent, qu'il devenait de *mon devoir de l'ordonner...*, j'ai donc ordonné l'autopsie... Au sujet des perquisitions, *je n'ai eu à prendre et ne prends, quant à présent, aucune mesure particulière...* » (1).

Ce langage est tout simple, diront les personnes imbues des idées qui ont prévalu, il est tout naturel; le Garde des Sceaux n'est-il pas le chef suprême de la magistrature, et ce que les subordonnés pourraient faire, comment le chef ne le pourrait-il pas ? Le ministère public, notamment, est entièrement dans sa main; il en nomme et révoque les magistrats qui ne sont que ses représentants auprès des tribunaux. De même, le Garde des Sceaux peut investir un simple juge des fonctions de juge d'instruction, ou les lui retirer et nous en avons de fréquents exemples. Comment, d'ailleurs, en serait-il autrement et n'y aurait-il pas contradiction à soutenir qu'un magistrat peut légitimement, dans certains cas,

1. Discours de M. Bourgeois, Garde des Sceaux, en réponse à l'interpellation Hubbard, 8 décembre 1892.

refuser d'obéir au Garde des Sceaux, mais en ajoutant que sa révocation et son remplacement seront la conséquence immédiate de son refus ?

Sans doute, il faut le reconnaître, le fait a si bien débordé le droit que ce raisonnement semble absolument logique ; la loi est tombée dans cette contradiction de donner aux magistrats d'un parquet un pouvoir propre dont l'exercice ne devrait dépendre que de leur conscience, et de les réduire, cependant, à la nécessité étroite d'obéir, pour ce même exercice, aux ordres du ministre. Telle est bien l'antinomie qu'il importe d'abord de bien mettre en lumière, pour constater après les conséquences fâcheuses, qui s'en sont suivies.

Si l'on recherche les idées directrices qui ont présidé à l'organisation du ministère public, il n'est pas douteux qu'on a, en théorie, tout au moins, voulu l'indépendance de son action dans le domaine judiciaire. Cette indépendance est proclamée d'abord par l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle où nous lisons : « L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » Ces fonctionnaires sont exclusivement ceux du ministère public, les procureurs généraux et les procureurs de la République.

Leur droit à cet égard n'est point délégué du supérieur à l'inférieur ; il est personnel à chacun d'eux, et la désapprobation du supérieur n'empêcherait pas les actes de l'inférieur d'être valables, de suivre leur cours et de développer leurs conséquences.

Le ministre de la justice ne peut, au contraire, faire par lui-même aucun de ces actes, et il n'a sur les membres du ministère public qu'un droit de direction personnelle pure-

ment administrative. Enfin, si dans les questions de direction et de procédure les officiers du ministère public ont à suivre les ordres du procureur général, ils participent, lorsqu'ils requièrent à l'audience ou concluent, des fonctions magistrales, et jouissent de la liberté attribuée au juge dans l'émission de son opinion.

On comprend aisément la raison d'être de ces règles générales : si en effet il dépendait du ministre d'interrompre des poursuites engagées, de suspendre indéfiniment — autant dire d'annuler — les décisions judiciaires, aucune garantie n'existerait plus pour les justiciables, puisque l'arbitraire gouvernemental n'aurait plus aucune limite. La loi n'a pas voulu cela, et si les moyens de s'y opposer sont insuffisants, il faut reconnaître que la volonté est certaine, et que toute tentative en sens opposé est contraire à son esprit.

Ces principes ont été nettement affirmés par un arrêt de la Cour de cassation du 28 juillet 1814, « attendu, y est-il dit, que les ministres ne peuvent anéantir, ni suspendre l'effet des lois pénales ; que ce droit n'appartient qu'au corps législatif et au roi, lorsqu'il veut user de son droit de faire grâce ».

Et M. Mangin qui cite cet arrêt le commente de la manière suivante : « Tout absolu qu'était le chef du gouvernement sous lequel les codes criminels ont été promulgués, il n'a cependant voulu se réserver que le droit de faire grâce, et non celui d'anéantir, en faveur de quelques coupables privilégiés, l'action des lois ¹. »

Mais si le ministre de la justice ne peut s'opposer aux poursuites ni les interrompre, a-t-il, tout au moins, le droit de les exercer ? Directement, non ; le législateur n'a pas

1. Mangin. *De l'action publique*, t. I, n° 91, p. 180.

voulu donner à son intervention le caractère juridique et irrévocable qu'il donne à celle des magistrats du parquet. Toutefois, il la prévoit et la consacre en décidant expressément que le ministre de la justice pourra donner l'ordre au procureur général de faire poursuivre par le procureur de la République les délits dont il a connaissance (art. 274 du Code d'inst. crim. Voir également 441, 444 et 486). Il semble donc bien résulter de ce texte que la loi a voulu, en la forme au moins, écarter l'immixtion directe du ministre de la justice dans l'œuvre judiciaire, et que dans la mesure où elle l'a admise, elle ne l'a voulue que concurrente, ou même subsidiaire, à celle des chambres réunies des cours d'appel. D'après les textes et les travaux préparatoires, c'est à elles qu'il appartient spécialement de stimuler le zèle du ministère public, dans le cas où il resterait inactif en présence d'un crime dont la gravité exigerait la répression. « La Cour impériale, dit l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, pourra, toutes chambres assemblées, entendre toutes les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres, de crimes et de délits ; elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre, ou pour entendre le compte que le procureur général lui rendra des poursuites commencées. »

Cet article, qui n'est que l'application du principe posé dans l'article 9 du code d'instruction criminelle : « La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours royales » (cours d'appel), était justifié par Treillard, devant le corps législatif, par les considérations suivantes : « Les cours impériales jouiront d'un pouvoir plus étendu ; elles auront le droit de se faire rendre compte, par les procureurs généraux, des affaires criminelles qui s'instruiront, même d'activer et

d'ordonner des poursuites sur des faits qui paraîtraient intéresser l'ordre public ; attribution bien consolante pour le pauvre et pour le faible, et qui doit avertir l'homme puissant que le crédit, la fortune et tous les avantages dont il se prévaut, ne le sauveront pas des poursuites et des peines qu'il aurait pu mériter. »

Enfin, si l'action publique est déjà intentée, mais si la poursuite languit ou si elle ne suit pas une direction régulière, l'article 235 du code d'instruction criminelle donne, non plus à la cour toute entière, chambres réunies, mais aux chambres des mises en accusation seules, le droit d'intervenir d'office dans l'affaire. « Soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, elles pourront ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer et statuer ensuite *ce qu'il appartiendra*. »

Ces dernières expressions marquent particulièrement le caractère judiciaire et direct de l'intervention de la chambre des mises en accusation, tandis que celle du ministre est indirecte et médiate. Il faut, néanmoins, reconnaître ce qu'il y a de contradictoire dans ces dispositions diverses, et l'on voit ici la conséquence du faux point de départ d'une législation qui n'a pas voulu accepter nettement l'autonomie du pouvoir judiciaire ; on sent qu'elle a été partagée entre le souci de maintenir l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux, membre du pouvoir exécutif, et la nécessité qui s'imposait, malgré tout, d'assurer l'indépendance de la justice. Cette dernière considération a été, en définitive, sacrifiée à la première. En fait, le Garde des Sceaux ordonnera ou suspendra des poursuites, prescrira que telle instruction soit ouverte, que telle mesure soit prise, et si pour cela il est

obligé de recourir à l'intermédiaire de ses subordonnés, procureurs généraux, procureurs de la République, juges d'instruction, ceux-ci n'ont aucun moyen de résister à sa volonté. L'on comprend, dès lors, que l'on considère comme une subtilité pure la théorie qui lui dénie le droit d'exercer l'action publique, tout en lui reconnaissant le droit d'ordonner qu'elle soit exercée, et même de prescrire — nous le verrons tout à l'heure — des actes d'instruction.

III

Mais si la subordination du ministère public et, en général, des officiers de police judiciaire au pouvoir exécutif peut se justifier en fait et en droit, dans une certaine mesure, en est-il de même de la subordination des autres fonctions de l'ordre judiciaire ? Et, d'abord, cette subordination, non point seulement hiérarchique et administrative, mais dans l'objet même de la fonction, existe-t-elle ? Personne ne le conteste ; elle est la conséquence des principes même de notre organisation judiciaire actuelle. Vainement on proclamera théoriquement l'indépendance des corps judiciaires vis-à-vis du pouvoir exécutif, elle n'existera pas tant qu'un ministre, membre du gouvernement, disposera des nominations, de l'avancement, des faveurs de toutes sortes, et tant que, par l'institution des classes, le magistrat aura, à chaque instant, à s'adresser au ministère pour obtenir l'avancement qui peut lui être dû. Loin de diminuer à cet égard les prérogatives du gouvernement, la loi du 30 août 1883 les a encore augmentées et fortifiées, en donnant au Garde des Sceaux le droit de déplacer les magistrats inamovibles, sous la seule con-

dition de l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature, que le Garde des Sceaux a, seul, le droit de saisir d'une pareille question.

Mais, précisément, dira-t-on, l'intérêt du gouvernement dans les affaires judiciaires n'existe pas : que peuvent importer au ministère les débats que la justice tranche tous les jours entre particuliers, à l'occasion de leurs intérêts de famille, de fortunes, de conventions privées ? — Sans doute, mais n'y a-t-il que cela ? N'y a-t-il pas les différends entre les diverses personnes juridiques, entre l'État lui-même et les particuliers, dont les tribunaux ordinaires restent encore les juges ? N'y a-t-il pas la justice criminelle dans laquelle la société est toujours partie en cause ? — ce qui démontre une fois de plus que les tribunaux ordinaires ne sont pas appelés à connaître seulement d'intérêts privés, mais des intérêts sociaux les plus élevés, dépassant de beaucoup les litiges administratifs que l'on enlève à leur juridiction. — N'y a-t-il pas enfin à compter avec toutes les interventions directes ou indirectes, légitimes ou illégitimes dans le domaine judiciaire, toujours possibles dans un État où l'opinion est souveraine, et où elle prétend, sans doute en cette qualité, avoir mainmise partout, autorité partout ? S'il en est ainsi, ses premiers serviteurs, ses premiers vassaux seront les hommes qui détiennent la puissance publique et constituent le gouvernement. Ses volontés leur seront intimées par mille courants divers, obéissant à mille influences, depuis celle du politicien de village et du journal local, jusqu'à celle du représentant du pays, de qui ils tiennent directement leurs pouvoirs.

Uni au ministère par des liens d'étroite solidarité, le chef de la magistrature doit suivre les mêmes directions, et les

imposer, à son tour, à ceux qui dépendent de lui ; cela est de logique humaine et élémentaire.

Malgré tout, cependant, la justice a, le plus souvent, fait preuve d'indépendance, et il est des obéissances auxquelles les tribunaux réguliers se sont rarement pliés : c'est que l'habitude du droit conquiert l'esprit du juge et suscite chez lui des répugnances, des inaptitudes qui ont souvent trompé l'attente des maîtres les plus impérieux. C'est pourquoi tous les despotismes ont de bonnes raisons de se défier de la justice ordinaire qui a été toujours le dernier asile de la liberté. C'est dans l'enceinte des tribunaux de droit commun qu'ont été livrés pour elle les grandes batailles et les derniers combats, c'est là que les grands talents, aussi bien que les grands caractères, partout ailleurs condamnés à l'inaction et au silence, ont pu se produire avec une large indépendance. Certes, le droit n'a pas toujours eu raison du préjugé, les vrais principes ne l'ont pas toujours emporté sur les idées du moment, mais, au moins, droits et principes ont pu se produire, exprimés par les voix les plus éloquentes. Les juges ont souvent donné gain de cause au parti vaincu ; dans tous les cas, après telles audiences, il était constant pour tous que la prescription n'était pas acquise, et que les revendications de la liberté duraient toujours.

Toutefois, il serait puéril de prétendre qu'il en a toujours été ainsi, et que l'ordre judiciaire n'a pas, comme tout ordre humain, connu de défaillances. Mais s'il y en eut de trop nombreuses, elles sont imputables aux vices d'organisation que nous venons de signaler, et dont il importe d'examiner de plus près les funestes effets. Ces vices sont de deux sortes : l'une, qui agit directement sur la mentalité du magistrat, et par suite, sur l'esprit de l'institution tout entière ;

l'autre qui exerce son influence au dehors, et rend la justice elle-même imparfaite et insuffisante.

I. — Le premier effet de la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif est d'éveiller les ambitions, de susciter l'esprit d'intrigue et de népotisme dans un milieu où la justice seule devrait régner; d'entretenir des préoccupations personnelles excessives, au lieu de celle d'une bonne et exacte justice. On conçoit ce que de telles habitudes de penser et d'agir peuvent avoir de déprimant pour le caractère, et d'opposé aux qualités qui doivent être celles du magistrat : la dignité de la vie et le souci du devoir.

C'est, cependant, dès les premiers pas de la carrière que le magistrat se trouve aux prises avec les difficultés d'avenir, et doit se résoudre au rôle de solliciteur : cinq années lui ont été nécessaires pour obtenir son diplôme de docteur en droit et son certificat de stage d'avocat ; il a dû, en outre, faire, comme attaché au parquet, un assez long apprentissage, le voilà enfin juge suppléant.

Naguère encore il n'avait pas de traitement, aujourd'hui quelques-uns de ces magistrats sont appointés à 1.500 francs. Et maintenant, pendant quatre ou cinq années au moins, au seuil de la carrière, il attendra qu'une chance favorable lui permette d'y entrer réellement et définitivement. Attendra-t-il patiemment, alors qu'il a vu sans profits s'égrener une à une les plus belles années de sa vie, et que la trentième année est proche ; alors surtout qu'il voit tel habile ou tel protégé franchir d'un bond toutes les étapes, et arriver substitut ou juge au sortir du stage ? Ce serait vraiment trop exiger d'un jeune homme dont les impatiences naturelles à son âge ne sont que trop justifiées par cette longue attente, et excitées par les exemples qu'il a sous les yeux. C'est ainsi que la lutte

pour parvenir s'impose au jeune magistrat dès la première heure, et plus ardente qu'elle ne le sera jamais, car jamais l'attente ne sera plus pénible. Ainsi s'établira, par les conditions posées, par les promesses faites, par une sorte de contrat *do ut des* implicite, la première et plus importante emprise du pouvoir exécutif sur l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Dans la suite, le système se continuera. D'abord, dans les parquets, le magistrat sera plus particulièrement, et presque par définition, l'homme du gouvernement : juge de paix, il en dépendra encore et sa situation sera d'autant plus délicate et difficile qu'il sera plus directement en contact avec tous les intérêts personnels d'un chef-lieu de canton, et toutes les étroites passions locales. Enfin, le magistrat inamovible lui-même est sous la dépendance du pouvoir central, duquel dépendent sa carrière et ses ambitions les plus légitimes, toutes choses dont on veut qu'il fasse abstraction lorsqu'il exercera ses fonctions. Cependant, pour n'être pas oublié, il faudra qu'à chaque occasion, il se rappelle à l'attention, en un mot qu'il sollicite, et nombreux seront ceux qui, suivant leur ambition ou leur caractère, se feront de cette nécessité une idée et une pratique également excessives.

On objectera, peut-être, que ce tableau, expression certainement d'une opinion courante, traduite sous maintes formes dans la presse, dans le théâtre, dans les discours, est exagéré. Il suffirait de répondre que lorsque la porte est ouverte à un abus pareil, il est naturel, il est d'expérience qu'il se développe chaque jour dans des proportions indéfinies. Mais une réponse meilleure résulte des témoignages des chefs eux-mêmes de la magistrature et des tentatives

qu'ils ont fréquemment faites pour réprimer l'esprit de sollicitation et d'intrigue, sans vouloir toutefois mettre obstacle aux réclamations légitimes.

Le mal ne date pas d'hier, et, sans remonter plus loin, dès 1859, M. le Garde des Sceaux Delangle le signalait dans les termes les plus vifs : il blâme l'empressement excessif de magistrats à venir, soit personnellement, soit par des recommandations, solliciter des postes parfois non encore vacants ; il condamne l'incorrection de solliciteurs, — rares ceux-là, nous voulons le penser, — « s'exaltant eux-mêmes sans mesure » et ne craignant point de rabaisser des collègues « qu'ils considèrent comme des rivaux » ¹.

Plus près de nous, M. le Garde des Sceaux Trarieux, moins sévère peut-être pour les personnes, préfère, avec juste raison, signaler les causes du mal : il s'est ému « des critiques que soulèvent les conditions dans lesquelles s'opèrent le recrutement des corps judiciaires et l'avancement de ses membres ». Il constate la suspicion dont sont frappées des nominations abandonnées à la seule autorité du ministre « que l'on peut croire accessible à des influences diverses ». D'ailleurs, les conséquences de cet état de choses sur l'esprit et les agissements des intéressés sont également marquées : leurs « ambitions illimitées, se traduisant en sollicitations sans mesure, et la pensée qui se répand que les mérites et les droits acquis comptent moins que les protections dans le choix des candidats ».

On ne pouvait signaler le mal en termes à la fois plus clairs et plus modérés. Comme conséquence de ces critiques et comme sanction M. Trarieux subordonnait l'entrée et la pro-

1. Circulaire du 1^{er} août 1859.

motion dans la carrière judiciaire à un concours et à l'inscription sur un tableau d'avancement.

Cette idée a été reprise plus récemment, conformément à un vœu exprimé par le sénat dans l'article 38 de la loi du 17 avril 1906. Mais un tableau d'avancement ne saurait suffire à paralyser les funestes effets de tout un système défectueux. Ce qu'il y a à en retenir, au point de vue qui nous occupe, c'est que l'exposé des motifs, précédant le décret d'administration publique qui fixe ces règles, fait siennes, en la forme et au fond, les observations contenues dans la circulaire que nous venons d'analyser ¹.

Bien d'autres projets de réforme ont été proposés à diverses époques. Certains ont le mérite de montrer la véritable cause des abus si souvent constatés, en en rendant responsable la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif :

Déjà à la fin du second empire un nombre considérable de publicistes, de jurisconsultes, de magistrats, avaient, dans d'innombrables écrits, proclamé la nécessité urgente d'une réforme. Leur voix paraissait même devoir être entendue et de sérieuses améliorations allaient être réalisées dans le mode de recrutement et d'avancement de la magistrature, quand survinrent les malheureux événements de 1870 et 1871.

Mais s'ils eurent pour conséquence d'empêcher d'aboutir divers projets dont la chancellerie voulait saisir le corps législatif, ils n'empêchèrent point l'idée de faire son che-

1. A ce point de vue, les circonstances dans lesquelles ce vœu fut voté, dans la loi de finances, sont dignes de remarque. L'honorable sénateur M. Milliès-Lacroix s'exprima ainsi : « Bien que nous n'apercevions pas le lien que cette disposition a avec la loi de finances, nous en demandons cependant l'adoption ; car elle a pour but de faire obstacle au favoritisme dans les nominations et l'avancement des magistrats. »

min ; bien au contraire : le gouvernement de la défense nationale la reprit, animé de ce sentiment du bien public, pur alors de l'esprit de parti et des considérations personnelles, qui ont fait échouer tant de réformes depuis longtemps proclamées nécessaires et urgentes. On ne pouvait, à cette époque, avoir d'autre objectif que le pays et les principes pour lesquels on avait combattu sous l'empire. Nous avons vu que dans cet ordre d'idées, c'est-à-dire afin de limiter l'arbitraire administratif, un premier pas avait été fait consistant à supprimer la garantie constitutionnelle abritant les fonctionnaires contre la responsabilité de leurs propres fautes. Un projet de loi destiné à affranchir la justice de la dépendance du pouvoir exécutif devait en être un plus considérable. Ce projet fut élaboré par une commission composée de MM. Arago, Crémieux, Faustin Hélie, Marc Dufraisse, Valette, Chaudey, Dareste, Hérold, Albert Liouville, dont l'avis unanime sur la nécessité et l'esprit de la réforme fut exprimé sous forme de considérants, dans le remarquable exposé des motifs suivant : « *Considérant que la nomination des magistrats exclusivement confiée jusqu'à ce jour au gouvernement, a été la cause d'abus de nature à compromettre la dignité et l'intégrité de la magistrature et contre lesquels s'est souvent élevée l'opinion publique.*

« *Considérant que le pouvoir judiciaire a une existence propre, et qu'il ne saurait être sans péril pour les institutions en général, dominé ou absorbé par le pouvoir exécutif ; qu'il est, au même titre que ce dernier, une émanation du pays, qu'il appartient par conséquent au pays de concourir à la désignation des citoyens à qui il convient le mieux de déléguer le soin de rendre la justice.* »

En conséquence le projet de loi, maintenant l'ordre des

juridictions actuel, proposait la nomination des magistrats de chaque degré par le degré immédiatement supérieur jusqu'à la Cour de cassation qui, elle, devait être nommée par le pouvoir législatif. Les nominations auraient été faites sur la présentation des trois candidats proposés par des assemblées spéciales composées, pour les juges de paix, des maires des communes du canton, et pour les autres magistrats, d'éléments à la fois judiciaires et électifs.

Les événements politiques empêchèrent ce projet d'aboutir, comme plusieurs autres parmi lesquels il convient de signaler celui de M. Béranger, présenté à l'Assemblée nationale, dont son auteur justifiait les dispositions par les considérations suivantes :

« N'est-il pas vrai que la magistrature est ouverte à tous, sans aucune condition de capacité, que le gouvernement peut y appeler qui il veut et qu'à son gré, il peut donner indistinctement les grades les plus élevés comme les plus infimes ? N'est-il pas vrai qu'une fois revêtu de la robe, le magistrat, qu'il soit inamovible ou membre du parquet, dépend entièrement du pouvoir pour tout ce qui touche à l'amélioration de sa situation, et que, grâce à la multiplicité d'échelons dont la carrière a été si savamment encombrée, il est dans la nécessité de s'adresser tous les quatre ou cinq ans à lui, s'il ne veut voir son avenir injustement borné. »

Ainsi moralistes, philosophes, jurisconsultes ¹, tous sont d'accord pour reconnaître et constater, d'une part, qu'il n'est pas de fonction plus haute et socialement plus importante que celle de juger, de « dire le droit » entre ses semblables, qu'il n'en est pas qui exige dans le caractère plus d'éléva-

1. Cpr. Jules Simon. *La liberté*, t. 2, p. 256 et suiv.; Jules Favre, *Réforme judiciaire*, p. 16 et *passim*.

tion et de désintéressement personnel, et, d'autre part, qu'en faisant dépendre du pouvoir exécutif les conditions de recrutement et d'avancement des magistrats, nos constitutions modernes ont réalisé la conception la plus opposée à ces qualités, celle qui peut les détruire si elles existent, ou empêcher que, par l'effet même de l'exercice de la fonction, elles ne se produisent.

II. — Le second effet fâcheux de la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif se manifeste au dehors, avons-nous dit, c'est-à-dire directement aux dépens des individus, de leurs droits, de leurs libertés en général :

On a vu quelle atteinte profonde l'extension de la juridiction administrative a apportée à l'intégrité des droits individuels que le législateur avait cependant voulu jalousement garantir ¹.

Parmi ces droits, il en est un, le plus précieux de tous, la liberté individuelle qui n'est même plus aujourd'hui sous la sauvegarde d'une juridiction quelconque, mais qui, l'on peut dire, est à la merci du pouvoir exécutif.

D'abord, il n'est pas d'usurpation, pas d'illégalité, pas d'acte arbitraire qui ne puissent être justifiés par la théorie de l'acte de gouvernement exposée ci-dessus (ch. IV, p. 98), s'il faut admettre qu'elle puisse encore être appliquée, ce qui est aujourd'hui très contesté ².

Il faut en dire presque autant de l'article 10 du Code

1. Voir ci-dessus, ch. IV.

2. Les autorités les plus considérables en matière de droit administratif admettent bien que le Conseil d'État ne pourrait connaître d'un acte de gouvernement, parce qu'il ne s'agit pas ici d'un acte administratif, mais d'un acte du pouvoir exécutif supérieur et du Conseil d'État lui-même; mais il n'en est pas ainsi pour les tribunaux ordinaires, parce qu'on ne se trouve pas en présence d'un acte administratif, mais d'un acte accompli par une autorité qui

d'instruction criminelle dont chacun signale l'existence comme un dangereux contre-sens dans notre législation, mais qu'aucun ministère n'a fait encore abroger. On sait (voir ci-dessus, ch. IV, page 99) que ce texte donne au préfet et indirectement au ministre de l'Intérieur, son chef hiérarchique, tous les pouvoirs d'un juge d'instruction, qu'il peut, en conséquence, ordonner arrestations, perquisitions, visites domiciliaires, saisies de correspondances, etc.

L'abrogation en a souvent été proposée et même réalisée par l'une des chambres. Mais son maintien semble montrer, dans ces tentatives, plutôt des manifestations politiques que l'expression sincère d'un véritable libéralisme. Aussi l'administration ne s'en est guère émue, bien loin de là. La jurisprudence elle-même de la Cour de cassation a donné à l'article 10 l'interprétation la plus extensive¹ et l'administration, renchérissant encore sur cette jurisprudence, a, tout au moins à Paris, attribué au préfet de police des pouvoirs non seulement concurrents de ceux du parquet, mais supérieurs. La préfecture de police s'arroge en effet le droit de contrôle sur tous les procès-verbaux dressés par ses agents, et ne laisse parvenir au parquet que ceux qu'elle juge convenable de lui adresser. Bien plus, elle a été jusqu'à se refuser d'exécuter des ordonnances des juges d'instruction et

n'avait à cet effet aucun pouvoir légal. Si les tribunaux de l'ordre judiciaire, contre lesquels il est interdit aux administrateurs de rien entreprendre ne pouvaient connaître de l'acte de gouvernement, cette interdiction serait illusoire, car il suffirait au pouvoir exécutif de donner cette qualification à ses actes les plus arbitraires. Les garanties du droit individuel n'existeraient plus. Dans ce sens : Ducrocq, 5^e édit, t. I, p. 181 ; Aucoc. *Conférences sur le droit adm.*, t. I, p. 445 ; Daresté. *Traité de la jur. adm.*, p. 221 ; David, Réverchon Gomel, dans leurs conclusions, etc.

1. Dall. supp. au Rép., v^o *Procédure crim.*, n^o 383.

même jusqu'à annuler l'effet de cette exécution, lorsqu'elle avait été accomplie ¹.

De telles pratiques sont plus que la confusion des pouvoirs, elles en sont le renversement. C'est l'agent d'exécution qui prend la direction de la police judiciaire, et se rend maître de l'action publique, contrairement à ce principe si souvent proclamé par les textes révolutionnaires que la force publique doit être « obéissante » ². C'est l'administration substituée à la justice, l'arbitraire à la place du droit. Dès qu'il en est ainsi, il n'y a plus pour les citoyens, dit M. Vivien, ni garanties, ni sécurité ³.

Toutefois l'administration répugne à se servir de telles armes qu'elle sait peu populaires, et elle préfère obtenir le concours de l'autorité judiciaire que leurs rapports respectifs ne permettent pas à cette dernière de lui refuser. Et d'abord, vis-à-vis du ministère public la chose est sans difficulté, comme nous venons de le voir. Le ministère n'a plus qu'à lui prescrire de requérir la mesure jugée nécessaire et l'action publique sera aussitôt mise en mouvement.

D'où pourrait donc venir la résistance du juge d'instruction ? Ce magistrat est absolument sous la dépendance du Garde des Sceaux et du procureur général. C'est le Garde des Sceaux qui le nomme et le révoque. Il est nommé pour trois ans, dit, il est vrai, l'article 56 du Code d'instruction criminelle; mais, quoique ce point ait été discuté, il est admis que cette durée ne constitue pas pour lui une inamovibilité temporaire. Dans l'usage, dit Massabiau (t. 2,

1. Morizot-Thibaut. *De l'action du pouvoir sur les magistrats*, p. 39 (Paris, Marescq, 1902). Voir aussi *Journal officiel* les interpellations Goblet et Ribot, séances des 19 janv. et 4 nov. 1884.

2. Constitutions : 24 juin 1793, art. 112; 5 fruct. an III, art. 275.

3. *Études administratives*, 3^e édition, p. 16.

n° 1598), les fonctions de l'instruction peuvent être conférées par le chef de l'État, soit à un autre juge du même siège, soit à tout autre magistrat quand et comme il lui plaît. C'est une conséquence, pense-t-on, du droit de surveillance que les articles 57 et 379 du Code d'instruction criminelle confèrent au procureur général sur les juges d'instruction.

On s'est demandé à ce propos, jusqu'où pouvait aller cette surveillance. Certains auteurs ont estimé qu'elle peut porter non seulement sur la police judiciaire et sur la bonne et prompt expédition des affaires, mais encore sur l'instruction elle-même, sur ses actes; que le Procureur général a, en un mot, la direction de l'affaire, et, par conséquent, le droit de prescrire des actes, les mesures d'instruction qu'il juge nécessaires à la manifestation de la vérité ¹.

D'autres croient au contraire que la loi du 17 juillet 1856, en attribuant au juge d'instruction les fonctions juridictionnelles qu'avait autrefois la chambre du conseil en matière criminelle, a changé cet état de choses, et lui a donné « ce qui constitue la véritable dignité de sa fonction, c'est-à-dire le droit de juger ». Or il est inadmissible qu'il soit à ce point de vue placé sous la surveillance du parquet, qui doit se réduire aux questions de forme et de régularité ².

Cette controverse est-elle bien sérieuse ? Puisqu'il appartient au ministère public de distribuer les dossiers d'information à tel juge d'instruction qu'il lui plaît de choisir, lorsqu'il y en a plusieurs, et que, d'autre part, le ministre a le pouvoir d'augmenter le nombre de ces magistrats, de leur

1. Mangin, t. 1, n° 21. Dalloz, ancien Répertoire, v° *Instruction criminelle*, n° 406.

2. Guillot. *Principes du nouveau Code d'instruction criminelle*, p. 45; Dalloz. Supplément au Répertoire, v° *Procédure criminelle*, n° 515 et suiv.

retirer arbitrairement l'instruction, de substituer un magistrat docile à celui qui tenterait de résister, quel intérêt pratique peut-il y avoir à rechercher le terrain sur lequel le juge pourrait ou non opposer légalement cette résistance ? Le résultat serait le même dans tous les cas, puisque, aussi bien le refus de faire l'acte d'information exigé que la négligence professionnelle pourraient être frappés de la même déchéance, qui serait même plus certainement encourue dans la première hypothèse que dans la seconde.

Le fait, cependant, que la question soit posée théoriquement fait ressortir une fois de plus l'illogisme de la situation que nous avons déjà signalée : d'un côté nécessité d'une justice indépendante pour qu'elle soit impartiale et protectrice de la liberté individuelle ; d'un autre côté, subordination, jalousement maintenue, du magistrat au pouvoir politique et administratif.

Il était cependant facile, sans envisager une réforme d'ensemble, de réaliser un progrès sérieux au point de vue qui nous occupe. Nombreuses ont été les propositions ayant pour but de remettre au pouvoir judiciaire la mission de déléguer à l'un de ses membres les fonctions de juge d'instruction. Soit le tribunal tout entier, soit son président, soit le premier président de la cour pouvaient être chargés de cette désignation¹. Loin de prendre l'initiative d'une réforme pareille, le pouvoir central, en bien des circonstances, comme nous l'avons dit, s'est servi des moyens judiciaires pour atteindre des fins exclusivement politiques².

Ainsi donc le juge d'instruction, loin d'être l'obstacle,

1. Des réformes en sens divers, mais visant le même but, ont été proposées par MM. Faustin Hélie, Guillot, Eyssantier, etc.

2. Voir ci-dessus, p. 242, note 1.

sera l'auxiliaire auquel le pouvoir exécutif aura le plus souvent recours ; auxiliaire non bénévole, auxiliaire à contre-cœur, c'est entendu, mais impuissant à refuser son concours aux compromissions parfois les plus hasardeuses. Et s'il le refusait, s'il ne consentait point à telles poursuites fictives contre X, à tels truquages frauduleux qu'on lui demanderait, quelle serait la conséquence ? La révocation, a répondu un haut magistrat, qui a su en même temps caractériser la fausseté de cette situation par un mot, dans lequel on n'a peut-être pas senti tout ce qu'il pouvait y avoir d'ironie attristée et d'amer sarcasme : « c'est le fait du prince », a-t-il ajouté, c'est-à-dire la force majeure, contre laquelle on se briserait inutilement ¹.

Cette appréciation pouvait du reste s'appuyer sur de nombreux exemples dans le passé, et nous en citerons un particulièrement probant, dans une affaire politico-judiciaire qui eut, en 1895, un retentissement considérable : c'est l'affaire connue sous le nom « des Chemins de fer du Sud ».

La Chambre des députés, obéissant à un louable sentiment de probité politique, exigea, par un ordre du jour, des poursuites contre les syndicataires de cette affaire. Or, il se trouvait précisément qu'une information avait été ouverte contre eux, sous la même inculpation, et qu'elle avait été close par une ordonnance de non-lieu. En conséquence, le ministère alors au pouvoir n'entrevoyant pas la possibilité d'obéir à l'ordre du jour voté, se retira.

Celui qui lui succéda se heurtait au même obstacle. Rouvrir une information contre les syndicataires, on le pouvait assurément, mais à la condition d'avoir des faits nouveaux.

1. *Journal officiel* du 23 juin 1904.

Ouvrir une information nouvelle, on le pouvait aussi, mais encore il fallait une base nouvelle, et, comme elle faisait défaut, M. le Procureur de la République ne crut pas pouvoir formuler un réquisitoire à fin d'information.

L'on n'insista pas, mais voici à quel expédient on eut recours : Une instruction contre les sieurs M... et B..., pour *faux et usage de faux*, dans cette même affaire des Chemins de fer du Sud, étant encore ouverte, l'on imagina de « greffer » sur elle la poursuite nouvelle, pour « corruption de fonctionnaires », que l'on voulait introduire. Le juge d'instruction saisi de l'affaire contre M... et B... fut donc invité, suivant une expression tombée de la tribune du Sénat, à « aiguiller » l'information conformément aux vues du ministère. Mais par quel moyen ? on était en présence du néant : on n'avait ni fait nouveau, ni qualification nouvelle, ni réquisitoire du parquet, ni enfin — et c'était le comble — ni inculpés, car cette poursuite « greffée » devait être dirigée contre X !

Ainsi qu'il fallait s'y attendre, après le procureur de la République, le juge d'instruction, saisi de l'information pour faux, refusa son concours. On lui retira purement et simplement le dossier. Mais comme on comprit que ses collègues ne se prêteraient pas davantage à de telles exigences, on nomma juge au tribunal de la Seine un magistrat qui, depuis six mois seulement, était substitut du procureur de la République au même siège. Puis, l'un des juges d'instruction, M. de G., étant en congé de maladie, le nouveau promu fut, par délibération du tribunal, chargé de l'intérim de ce cabinet et, en même temps, saisi de la procédure pour faux et usage, sur laquelle il fallait greffer la poursuite contre X !

Que fût-il advenu si d'autres incidents ne se fussent produits ? On ne saurait le dire. Mais l'abus d'autorité, exercé

par le gouvernement sur le pouvoir judiciaire, était si manifeste, qu'une interpellation à la tribune du Sénat mit un terme à ces intrigues, et permit à l'honorable interpellateur, M. Monis, d'affirmer les vrais principes ¹.

Parlant d'abord de l'information contre X, « cette information, dit-il, pouvait avoir pour conséquence des perquisitions domiciliaires, des saisies. Or, ce ne sont point là des mesures administratives destinées à faire découvrir un crime ou un délit dont l'existence est incertaine : ce sont des actes d'instruction auxquels on ne doit avoir recours que lorsque, d'une part, il est constant qu'un crime ou un délit a été commis, et lorsque, d'autre part, l'individu dans le domicile duquel on veut pénétrer est prévenu d'être l'auteur du fait criminel, ou, du moins, est présumé, d'après de sérieux indices, tenir cachés chez lui les objets relatifs au fait dont il s'agit. »

« Lorsqu'on fait dégénérer les visites domiciliaires en mesures de police administrative, dit M. Mangin, elles sont illégales, oppressives, elles ne sont plus qu'un vil espionnage. Le juge qui se les permet commet un acte arbitraire, il se dégrade, il encourt la prise à partie... »

« Savez-vous ce que dit le vieux Denisart?... « Il est défendu à ceux qui ont le pouvoir, d'instituer et de destituer les juges, d'user de ce pouvoir pour donner *un certain juge à une certaine cause*. »

Le même langage fut tenu à la tribune de la Chambre, par un éminent homme d'État ², à propos des instructions contre X dans l'affaire à laquelle il a été fait précédemment allusion ³ : « De tels procédés mettent en péril les intérêts

1. *Journal officiel*, 15 fév. 1896. Sénat, p. 141.

2. M. Millerand. Séance du 1^{er} juillet 1904.

3. Pages 242 et 289.

les plus précieux des citoyens ; une commission parlementaire croit à tort ou à raison qu'il sera permis de trouver la vérité que son devoir est de rechercher, si elle peut jeter les yeux sur la correspondance d'une personne qui n'est inculpée ni d'un crime ni d'un délit ; elle demande à M. le Garde des Sceaux s'il peut lui en fournir les moyens, et M. le Ministre de la Justice, sans paraître s'apercevoir qu'il commet sous les formes légales le plus scandaleux des abus de pouvoir, ordonne à son procureur général de requérir l'ouverture d'une instruction contre X, au cours de laquelle il *sera loisible de violer le secret du domicile de tout citoyen* qu'il plaira au juge d'instruction, ou au procureur qui le requiert, ou au ministre qui donne des ordres au procureur, de désigner... *N'est-il pas évident que sous un régime où la justice est devenue l'instrument docile du pouvoir, il n'y a plus de sécurité pour personne ? »*

« Un homme politique, s'il est accusé, a pour se défendre sa situation même. Il parle devant trente-trois de ses collègues d'opinions différentes, devant une commission d'enquête dont les débats sont forcément connus ; la défense a autant de retentissement que l'attaque. Mais que deviendra le simple citoyen, livré entre quatre murs au pouvoir d'un juge d'instruction, dès qu'il est entendu que ce juge d'instruction peut recevoir d'autres ordres, agir dans un autre intérêt que celui de découvrir la vérité. »

« Messieurs, il est temps, et grand temps de réagir contre un pareil système... *Le péril est éclatant. A se prolonger, il risquerait de devenir mortel pour le régime assez faible ou assez corrompu, pour le laisser vivre et se développer. »*

Ces citations ne sont point seulement la démonstration éloquente de nos doctrines, mais elles ont encore une valeur

d'autorité qu'elles empruntent à ceux-là mêmes qui les ont formulées, aux hommes politiques qui, non seulement ont vu les événements se dérouler sous leurs yeux, mais les ont vécus, de par leur situation même, et ont ainsi constaté les conséquences du déplorable système que nous combattons.

La même valeur de témoignage s'attache encore à l'ordre du jour qui termina l'interpellation sur l'affaire des Chemins de fer du Sud. Le sénat se déclarait résolu à faire la lumière sur cette affaire, mais condamnait les irrégularités commises dans le remplacement du juge commis à l'instruction ouverte le 6 novembre ¹.

Un autre ordre du jour, proposé par MM. le Royer, Dusolier, Franck-Chauveau, eût été la conclusion bien plus logique encore de ce débat, car il signalait la cause même de pareilles irrégularités, et le seul remède qu'elles comportent; en voici les termes :

« Le sénat, considérant que la séparation du pouvoir
« politique et du pouvoir judiciaire est la première des
« règles constitutionnelles et la garantie la plus essentielle
« des citoyens, blâme l'intervention abusive du pouvoir exé-
« cutif dans l'œuvre de la justice et passe à l'ordre du jour². »

Ce qui vient d'être dit à propos des juges d'instruction s'applique pour ainsi dire trait pour trait au mode de désignation des présidents d'assises. Ici encore la dépendance de la magistrature apparaît dans celle de ses fonctions qui exige et suppose une indépendance absolue ³.

1. *Journal officiel*, 15 février 1896. Sénat, p. 141.

2. On trouvera bien des abus de même nature signalés par notre éminent collègue M. Morizot-Thibault, conseiller à la cour d'appel de Paris, membre de l'Institut, dans son ouvrage cité plus haut : *De l'action du pouvoir sur les magistrats*. Voir notamment, p. 27, 29, 31 et *passim*.

3. Voir sur cette question l'ouvrage de M. Cruppi : *La Cour d'assises de la Seine*.

Notons d'abord que cette magistrature ne possède même pas les garanties, si insuffisantes pourtant, des autres fonctions judiciaires : elle n'a pas notamment celle de l'inamovibilité et d'un choix fait à l'avance, indépendamment, par conséquent, des affaires, ou de l'affaire à juger. La fonction de président des assises est littéralement créée pour chaque session.

Jusqu'à une époque récente, l'usage s'était établi que le président des assises fût choisi directement par le Garde des Sceaux, sur une liste de conseillers proposés pour remplir ces fonctions par les chefs de la cour.

Cet usage s'autorisait des articles 16 de la loi du 20 avril 1810 et 79 du décret du 6 juillet 1810. Mais on avait fait la règle de ce qui, aux termes du premier de ces textes, était l'exception. Une circulaire du 14 décembre 1906 a remis les choses à leur place et depuis lors, la désignation des présidents d'assises appartient au premier président de la cour d'appel. C'est assurément une simplification de forme, mais qui laisse intact le droit du ministre ; car, d'une part, le premier président ne peut exercer son choix que sur une liste de magistrats soumise à l'approbation du ministre par les chefs de la cour, et, d'autre part, le Garde des Sceaux peut, quand il le juge convenable, nommer directement lui-même le président des assises.

Or, dans quel cas usera-t-il de ce droit ? Evidemment lorsque, dans un arrondissement de cour d'assises, une situation spéciale lui paraîtra le commander. Il s'en rapportera le plus souvent, pour cette appréciation, aux avis de son subordonné immédiat le procureur général. Celui-ci, d'ailleurs, s'inspirera des vues de la Chancellerie et aussi de ses vues et de son caractère personnel. Bref, par son intermédiaire,

le Garde des Sceaux pourra choisir le *quem velit judicem* dont parle Cicéron ¹, et, en définitive, comme le dit M. Cruppi, « le choix appartient au ministre éclairé par ses procureurs généraux...le parquet apprécie, le ministre nomme ». Avec de tels procédés de nomination « une nation peut bien avoir les meilleurs agents et les meilleurs fonctionnaires..., mais elle n'a point de juges ² ».

L'opinion publique s'est à tort ou à raison émue de cette situation et ce n'est un secret pour personne qu'à l'occasion d'une affaire suivie devant la cour d'assises de la Seine ³, elle s'est élevée contre ce mode de nomination du président, et contre l'interrogatoire que le code d'instruction criminelle ne prévoit pas.

Sur ce second point nous ne saurions partager son avis. L'interrogatoire a pour avantage de poser clairement le débat pour le jury et pour l'accusé lui-même qui sait exactement ainsi sur quels faits il a à répondre. La direction du président, au moment des dépositions des témoins, empêche le désordre et la confusion, sans rien enlever à la liberté, puisque aussi bien l'accusé que le ministère public peuvent poser toutes les questions qu'ils jugent convenables.

Mais, dit-on, cet interrogatoire est trop souvent tendancieux ; c'est un premier réquisitoire ? — Redressons ce qui est défectueux sans détruire ce qui est utile : pour cela il conviendrait qu'en inscrivant au Code d'instruction criminelle l'obligation de l'interrogatoire, on fit suivre le texte d'une instruction précisant l'esprit dans lequel il doit être fait, instruction analogue à celle que ce même code adresse soit

1. Voir ci-dessus, p. 267.

2. Cruppi, *op. cit.*, ch. III.

3. Novembre 1909.

aux jurés, soit aux défenseurs (art. 311, 312, 342 du Code d'instruction criminelle).

Ce moyen serait insuffisant si l'on ne l'accompagnait de mesures propres à assurer l'indépendance du président des assises. Si l'on veut se faire une idée exacte de ce qu'elle apparaît à des yeux non prévenus, lisons ce dialogue entre un avocat français et un avocat étranger, extrait d'une étude publiée il y a une douzaine d'années¹ : « Ce magistrat espère de l'avancement ? — Sans doute. — Et qui peut le porter à de nouveaux honneurs ? L'opinion du parquet n'y sera pas indifférente. — L'opinion du parquet ! Ainsi l'accusateur, après avoir choisi le juge, peut encore servir sa carrière ou lui faire obstacle ! Comment le juge alors ne penchera-t-il pas du côté de l'accusation ? »

Notons que le défaut de condescendance du président des assises pour *les vues* du chef du parquet qu'il ne croirait pas pouvoir accepter, recevrait une sanction immédiate et directe, qui consisterait à être rayé, sans phrases, de la liste des présidents d'assises.

Il va sans dire que le président d'assises, ainsi subordonné au procureur général, l'est, à plus forte raison, au chef suprême de la magistrature qui peut, à son gré, le nommer ou le remplacer dans les mêmes conditions qu'un juge d'instruction.

Ainsi par les magistrats du parquet, par les juges d'instruction, par les présidents d'assises, le pouvoir exécutif dispose de la justice répressive. Ce pouvoir qui, par essence, doit refléter les mouvements de l'opinion publique, tient dans sa main et pourra accommoder aux variations de la politique cet autre pouvoir qui ne devrait qu'obéir à la loi et ne dépendre que d'elle.

1. Cruppi, *op. cit.*

Rarement, sans doute, le pouvoir exécutif se fera, de cette dépendance, une arme pour frapper ses adversaires du jour ; mais ce qui est plus à craindre, ce qui semble plus innocent et n'est cependant pas moins dangereux, c'est qu'il n'en fasse pour ses amis un moyen d'immunité, un palladium contre les atteintes des lois.

Or, de tous les dissolvants sociaux, l'impunité est le plus redoutable. Soit qu'elle couvre aujourd'hui telle catégorie d'infraction — le jeu, par exemple — qu'elle abandonnera demain aux rigueurs de la justice, soit qu'elle protège des personnalités plus ou moins puissantes, l'effet démoralisateur n'en est pas moins certain. Il est particulièrement funeste aux démocraties, l'histoire de tous les temps et de tous les peuples n'en fournit que trop d'exemples.

Sous cette forme de gouvernement, en effet, il n'est personne qui ne puisse se prévaloir de quelque influence, ne serait-ce que par son bulletin de vote. Depuis le simple électeur, jusqu'aux plus hauts représentants de la puissance publique, il y a toute une hiérarchie d'autorités étroitement liées. Si donc la justice ne dispose point d'une liberté absolue, toutes sortes d'interventions viendront gêner son action, même à la base si large de cette pyramide, et elles iront jusqu'à la paralyser, quand elle devra en atteindre le sommet.

Le premier effort du coupable sera d'abord d'échapper à la condamnation, et, s'il n'y est pas parvenu, il trouvera des facilités particulières pour se soustraire à la peine, dans cette circonstance que l'autorité judiciaire n'est point chargée d'assurer l'exécution matérielle de ses sentences, cette mission étant actuellement dévolue à l'autorité administrative. On verra plus loin les fâcheuses conséquences qu'entraîne cet état de choses.

Tous les gouvernements européens, jouissant de libertés publiques, se font un point d'honneur de placer au premier rang celle de la justice, et de garantir chez eux son indépendance : « il y a des juges à Berlin », disaient avec fierté les Allemands, à propos d'un procès retentissant qui se déroula devant la Cour d'assises de cette ville . Pourquoi faut-il que des institutions judiciaires, en désaccord avec notre statut constitutionnel, laissent se demander, non point si la France républicaine aurait eu des juges indépendants, — cela ne saurait faire de doute, — mais si, en pareille occasion, la justice aurait pu être appelée à se prononcer.

1. Affaire Harden, octobre 1907. — Pas toujours cependant, et là aussi les inconvénients de la dépendance du ministère public se font parfois sentir ; la preuve en est dans ce simple fait divers daté de Metz le 12 mai 1903 : « Un incident s'est produit hier au palais de justice. Une jeune fille de Metz comparaissait devant la Cour sous l'accusation de meurtre de son enfant âgé de quatre semaines. Le ministère public était en train de requérir une peine sévère, lorsque, du prétoire, une voix jeta dans l'auditoire ces simples mots : « Seck...! Sèck.. ! » Le procureur voulut faire arrêter le coupable, mais on ne le trouva pas. L'effet était produit, et quelques minutes plus tard l'accusée était acquittée. — On se rappelle l'acquittement qui se produisit la semaine dernière à Berlin. La fille du baron Seck... mise à mal par un laquais, avait jeté son enfant par une fenêtre de son palais. Elle fut acquittée sur la demande du ministère public. »

DEUXIÈME. PARTIE

ESQUISSE DES RÉFORMES

INTRODUCTION

à la deuxième partie

Au point où nous en sommes, et avant d'aborder l'examen des réformes dont nous avons essayé de démontrer la nécessité, qu'on nous permette d'attirer encore l'attention sur l'importance de cet « office du juge » que les philosophes, les écrivains politiques, les jurisconsultes de tous les temps et de tous les pays ont estimé la plus haute des fonctions sociales. Rien n'est plus essentiel, en effet, lorsqu'il s'agit de rechercher les attributions qui conviennent à un organisme d'État, que d'en apprécier toute la valeur et toute la dignité, pour fixer ensuite, d'après cette mesure, l'étendue des prérogatives dont il conviendra de le doter.

« Lorsqu'on considère ce qu'est l'œuvre de la justice, quelles éminentes et rares qualités elle suppose chez ceux qui en ont la charge, on se prend à douter qu'il puisse se rencontrer une créature humaine assez parfaite pour en accepter le fardeau. En effet, *dire droit* à son semblable, démêler la vérité entre deux affirmations contraires, dépouiller l'un

pour donner à l'autre, disposer de la liberté, de la vie, de l'honneur, c'est là une tâche au-dessus de notre faiblesse et, cependant, comme elle est une nécessité sociale, elle a toujours été remplie : elle est l'une des obligations primordiales, comme l'une des plus hautes prérogatives des gouvernements. Chacun d'eux s'en acquitte dans les formes le mieux appropriées à la nature de son pouvoir, mais en dehors du soin qu'ils apportent à se conserver et à se défendre, tous recherchent attentivement, pour ces difficiles fonctions, les citoyens les plus intègres, les plus éclairés, les plus respectés. Tous comprennent qu'il ne saurait y avoir de bon ordre véritable, ni de prospérité possible là où la loi n'est pas sainement interprétée et impartialement exécutée. »

Ainsi s'exprimait Jules Favre ¹.

« Certes, dit à son tour Jules Simon ², c'est une grande chose que de se trouver dépositaire du pouvoir social, et d'influer directement sur l'histoire et la destinée d'un peuple ; mais je ne sais si la charge du juge n'est pas encore plus sublime. Il est le seul, en ce monde, que les passions n'atteignent pas et qui prononce sur tous les intérêts. Pendant que la Société est emportée dans d'éternelles révolutions, il demeure impassible et infaillible. Il ne représente ni l'intérêt des particuliers, puisqu'il le contient dans ses limites, ni même celui de l'État, puisqu'il impose à l'État, comme au dernier des citoyens, le joug de la justice. Cette fonction d'exprimer au milieu des hommes les oracles du droit éternel constitue un véritable sacerdoce ³, elle a,

1. *De la réforme judiciaire* (op. cit., p. 16).

2. *De la liberté*, 3^e partie, chap. II, p. 256.

3. V. ci-dessus, p. 30.

elle doit avoir un caractère religieux. Les hommes ne pourront jamais l'entourer d'assez de respect. Il semble qu'on élève la moralité publique en élevant la situation personnelle des juges, la solennité de leurs audiences, la force de leurs arrêts ¹. »

Cette opinion n'est pas seulement celle des philosophes et des juristes français ; les penseurs et les juristes étrangers se font la même idée de la dignité de la justice et de la nécessité de son indépendance. Voici ce qu'écrit M. de Noailles², à propos de l'Angleterre et des États-Unis d'Amérique : « Tout notre système politique et chacun de ses organes, l'armée, la flotte, les deux Chambres, tout cela, dit l'illustre philosophe écossais David Hume, n'est qu'un moyen sûr pour atteindre une seule fin, la conservation des douze grands juges d'Angleterre. »

« Ces paroles typiques, comme le fait observer M. de Laveleye, peuvent s'appliquer également aux neuf grands juges des États-Unis. Sous une forme paradoxale, elles mettent bien en relief l'importance que les Anglo-Saxons des deux mondes attachent à la situation éminente de la magistrature, et à l'administration impartiale de la justice... »

« Défenseur naturel des libertés publiques et privées, le juge doit planer si haut que ni la faveur, ni la crainte ne puissent atteindre sa conscience et troubler l'impartialité sercine de ses jugements. Son indépendance est le fondement même des sociétés libres. En République, la majorité souveraine peut tout ce qu'elle veut, le nombre tend sans cesse à primer le droit ; quel recours resterait aux minorités sans

1. *De la liberté*, op. cit.

2. *Op. cit.*, p. 578. Voir ci-dessus, ch. I.

l'intégrité de la magistrature? Dans un gouvernement de parti, où chaque faction détient tour à tour la toute puissance, quelle autre barrière s'élèverait contre la tyrannie du parti vainqueur, trop enclin à profiter âprement d'une victoire qu'il sait éphémère? Asservissez le juge aux maîtres du jour, l'empire des lois devient une monstrueuse hypocrisie, le despotisme est fondé. »

« Ne nous payons pas de mots, dit Story, et donnons du moins aux choses le nom qu'elles méritent. Une république dépourvue d'un pouvoir judiciaire assez indépendant pour résister à l'usurpation, pour protéger les libertés publiques et les droits privés, s'appelle une démocratie absolue, exerçant par ses chefs la souveraineté despotique universelle. Ce gouvernement de tyrans, électifs sans doute, mais tyrans néanmoins, sera d'autant plus violent, vindicatif et sanguinaire qu'il engendrera forcément de nouvelles factions, ne pouvant régner que par l'écrasement des factions rivales, régime dangereux et corrompu qui se caractérisera tour à tour par la violence ou l'imbécillité. »

On pourrait multiplier les citations. Celles-ci suffisent¹ et font autorité tant par la gravité des considérations que par la valeur et la compétence indiscutée de leurs auteurs. Il convient donc de s'en inspirer sans réserve, c'est ce que l'on essaiera de faire dans la seconde partie de cet ouvrage où seront étudiées les conditions pratiques d'une organisation rationnelle du pouvoir judiciaire, tant comme organe constitutionnel qu'au point de vue de la fonction juridictionnelle proprement dite.

1. Voir en outre, ci-dessus, p. 218.

CHAPITRE PREMIER

Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire

Elles doivent se rencontrer : 1° dans son origine ; 2° dans sa constitution intérieure.

SECTION I. — DANS SON ORIGINE. — Divers modes de recrutement,

I. Nomination par le pouvoir exécutif. — Le magistrat ne serait qu'un délégué.

II. Election par le suffrage universel. — Inaptitude du corps électoral. — Exemples : les États-Unis ; la Suisse ; la France pendant la Révolution. — Juges consulaires.

III. Système du jury civil.

IV. Autres moyens de délégation du pouvoir judiciaire.

SECTION II. — DANS SA CONSTITUTION INTÉRIEURE. — Motifs généraux.

I. Inamovibilité. — Historique de la question.

II. Législation comparée. — Raison de fond. — Conditions d'efficacité.

III. Réserves dans l'application du principe de l'inamovibilité.

Le pouvoir judiciaire doit trouver des garanties d'indépendance : 1° dans son origine ; 2° dans sa constitution intérieure.

SECTION I

S'il ne trouvait dans son origine des conditions d'indépendance, celles que lui offrirait sa constitution intérieure loin d'être profitables à la justice lui seraient nuisibles. L'inamovibilité, par exemple, qui est considérée comme une des garanties les plus efficaces, pourrait consacrer et rendre définitive l'intrusion de magistrats sans autres titres que la faveur ou les exigences de la politique. Recherchons donc

quelles pourront être les garanties qui devront se rencontrer dans le procédé de nomination des magistrats.

I

Il faudra d'abord écarter, pour toutes les raisons ci-dessus déduites, la nomination par le pouvoir exécutif :

Nommés par le pouvoir exécutif, remarque M. Esmein, « les juges ne seraient que des délégués du pouvoir exécutif ». Le magistrat n'est plus dès lors qu'un mandataire dont l'autorité s'efface devant celle du mandant. Son prestige est diminué d'autant : comment le considérera-t-on comme l'homme de la loi, alors qu'il n'est que l'agent du ministère ? De plus, le pouvoir judiciaire n'étant plus qu'une délégation, le pouvoir délégrant peut en retenir ou en retirer par devers lui telle partie qu'il jugera convenable. Ce ne serait, comme le disait Duport, qu'une consultation que le pouvoir exécutif demanderait aux juges, mais dont, par conséquent, il pourrait ne tenir aucun compte. Il lui appartiendrait de leur donner des ordres, de leur prescrire de juger ou de s'abstenir, de tenir compte de leurs décisions ou de les annuler. En un mot on rétablirait, dans notre droit moderne, la théorie de la *justice retenue*, « principe éminemment monarchique et incompatible avec la liberté ¹. »

Ce premier mode de désignation des juges écarté, il convient d'examiner les autres procédés recommandés par les diverses doctrines politiques, ou en usage en d'autres pays.

II

L'élection par le suffrage universel serait assurément celui qui s'adapterait le mieux à la constitution républicaine. Mais

1. Esmein, *op. cit.*, p. 341.

il n'est pas pratiquement possible, car il est incompatible avec les conditions essentielles et vitales de l'institution judiciaire.

Le juge doit être libre de toutes relations, et notamment de celles que l'élection crée entre l'électeur et l'élu. Comment le juge sera-t-il impartial en présence de justiciables dont les uns étaient ses partisans, les autres ses adversaires de la veille ? dont les uns lui ont donné la situation qu'il occupe, les autres ont tout fait pour l'en écarter ?

Ce n'est pas tout ; le magistrat doit justifier de qualités tout à fait spéciales : honorabilité irréprochable, savoir juridique, expérience des affaires, rectitude du sens, fermeté de caractère, autant de conditions que le suffrage universel ne saurait discerner, d'autant mieux qu'elles accompagnent plutôt la modestie de la vie que la notoriété qui attire les suffrages.

Ces qualités d'ailleurs sont rares, et le personnel qui peut les présenter, en admettant qu'il ne recule pas devant les nécessités d'une campagne électorale bruyante et des engagements hasardeux qu'elle implique, en admettant aussi qu'il soit choisi par les électeurs, ce qui est au moins douteux, sera vite épuisé par les exigences de renouvellements multipliés, et pour un très grand nombre de sièges. L'on devra se contenter de choix médiocres d'abord, puis peut-être franchement mauvais. Dans tous les cas on aura sacrifié inutilement le meilleur de tous les éléments qui font le bon magistrat, cette formation d'esprit et de caractère qui ne s'acquièrent que par l'exercice même de la fonction.

Dans une grande démocratie les consultations électorales ne peuvent, en général, s'appliquer qu'au choix des mandataires du pays : l'élection des juges n'y a jamais donné de

bons résultats, ainsi qu'en témoigne l'expérience de la grande république américaine. « Élus par l'oligarchie régnante, écrivait John Adam, à propos de la magistrature des États-Unis, les magistrats se montreront obséquieux envers la majorité à laquelle ils devront leurs sièges. L'autorité judiciaire se prostituera aux manœuvres électorales, la justice ne sera plus rendue. L'innocence et la vertu ne seront des sauvegardes que pour les amis de la faction dominante, qui, par des poursuites abritées derrière une légalité menteuse, réduira ses adversaires au désespoir et à la ruine. »

On pourrait taxer d'excessives ces fortes expressions, et croire le tableau assombri à plaisir, si un autre auteur anglais ne nous le présentait sous des couleurs plus noires encore. M. James Bryce ¹, après avoir dépeint sous les plus flatteuses couleurs la magistrature anglaise, celle de la Cour suprême des États-Unis et des cours fédérales nommées par le Président de la République sur la présentation du sénat ², fait observer que tout autres seront les juges d'États. Il nous les représente, non seulement comme à la merci des agents électoraux les moins recommandables ³, mais comme leurs créatures et leurs pareils. On devine à quels honteux marchandages doivent être livrées, dans de telles conditions, et la justice civile et la justice criminelle ; autant dire qu'elles n'existent pas, et l'auteur le prouve par les exemples les plus précis et les plus nombreux. Quelques efforts que l'on ait faits pour améliorer cette situation, notamment en portant à quatorze années la durée du mandat des juges, et en leur donnant de très gros

1. *La République américaine*, tome IV, ch. II, p. 364.

2. Tocqueville, I, 122 et suiv.

3. *Wirepullers*, ce qui signifie « tireurs de ficelles ».

traitements, il semble bien que les mêmes causes continuent à produire des effets analogues. Le seul remède efficace serait de soustraire la justice à l'élection et à la corruption électorale ¹.

En Suisse, nombre de cantons élisent les juges des tribunaux de district, et surtout les juges de paix, au suffrage universel. « Mais des jurisconsultes suisses des plus compétents et admirateurs en général de leurs institutions nationales, ont porté, sur ce système, un jugement des plus sévères ². »

Le système de l'élection des juges a été essayé en France ; la loi du 16 août 1790 avait établi le mode de constitution des corps judiciaires, en l'entourant de certaines conditions d'éligibilité. Les résultats de l'expérience furent mauvais. (Voir A. Desjardins. *Questions sociales et politiques*). La Convention nationale supprima en fait l'élection, et, sous le Directoire, elle fonctionna d'une façon si défectueuse que divers décrets ou lois, d'ailleurs entachés d'arbitraire, en suspendirent plus ou moins expressément l'usage.

On ne saurait objecter l'exemple en France de la juridiction consulaire. Issue de l'élection, la magistrature consulaire et ses décisions n'ont, il est vrai, prêté qu'à peu de critiques. Mais il y a tout un ensemble de raisons spéciales et une tradition qui donnent de ce fait une explication. Les tribunaux de commerce n'ont à trancher aucune des

-1. C'est principalement dans l'État de New-York que M. Bryce signale cette subordination de la justice aux agents électoraux. Des scandales financiers qui se sont produits en 1855 et plus récemment encore (Voir *l'Economiste français* du 15 juillet 1905, p. 85) et les messages du président Roosevelt prouvent que, d'une manière générale, la corruption continue à y régner.

2. Esmein, *op. cit.*, p. 359, et les auteurs cités, notamment M. Rüttiman. V. aussi Saripolos, *op. cit.*, p. 709.

graves et délicates questions se rattachant à l'état des personnes, aux droits immobiliers, à la transmission du patrimoine, aux régimes matrimoniaux, aux garanties personnelles et réelles. Ils n'ont à s'occuper que de questions de fait, dont la loi elle-même a soin d'aplanir la solution, en proclamant que la première de toutes les règles qui doivent guider les juges consulaires, c'est la bonne foi.

Or, pour solutionner ces questions de fait, les magistrats consulaires ont une aptitude et une compétence particulières qu'ils tiennent des habitudes et des usages commerciaux et industriels, si importants pour apprécier les litiges qui s'y rattachent.

Cette compétence spéciale des élus appartient également aux électeurs, renseignés sur les qualités que doivent posséder leurs magistrats, et très intéressés à les bien choisir. L'on ne conçoit guère, dans de telles élections, les influences politiques. Jusqu'ici, au moins, elles y sont restées étrangères.

Enfin, les décisions des tribunaux de commerce sont soumises au contrôle des cours d'appel et de la Cour de cassation qui n'ont, le plus souvent, à les rectifier qu'au point de vue de l'application du droit. De bons esprits ont estimé qu'il ne serait pas inutile, en pareille occurrence, d'adjoindre au personnel des cours d'appel un certain nombre de notabilités du monde industriel et commercial. Tel est le principe des tribunaux d'échevins (Schöffengerichte) qui fonctionnent en Allemagne et paraissent donner de bons résultats. Mais loin d'être l'application du suffrage populaire à l'institution judiciaire, c'est le procédé à l'aide duquel on assure les lumières et les compétences spéciales, en des matières où elles sont indispensables.

III

Au système de l'élection des juges se rattache, comme subsidiaire, celui du jury civil qui a fait aussi l'objet de propositions diverses. Il s'agirait de composer les tribunaux civils, à peu près comme les cours d'assises, c'est-à-dire d'adjoindre à des magistrats de carrière, chargés de poser et résoudre les questions de droit, un certain nombre de citoyens à qui il appartiendrait de trancher le point de fait.

Le principe du jury en matière civile fut proposé à l'Assemblée Constituante par Duport et Barnave ; il le fut à la Convention par Siéyès. Dans la première de ces assemblées, Tronchet fit repousser la proposition : « Il n'est pas un homme, dit-il, ayant quelque expérience des affaires, qui ne convienne que, d'après la nature de celles qui se présentent dans nos tribunaux, il n'en est pas une sur cent, de celles que nous appelons questions de fait, dans lesquelles les questions de fait soient matériellement divisibles de questions de droit. »

A la Convention, Hérault de Séchelles fit remarquer, en outre, que, quelle que soit la prévoyance du législateur, « il serait impossible de comprendre dans la disposition des lois tous les cas possibles qui peuvent donner lieu à des discussions ». L'application adéquate du fait au droit sera extrêmement rare ; il faudra donc *interpréter*, c'est-à-dire appliquer aux faits les principes généraux du droit ; il le faudra surtout dans les cas nombreux où la loi est non seulement obscure, mais encore muette. Dans ces cas, en effet, le juge doit prononcer, et il ne peut pas, comme en matière criminelle, se contenter de débouter le demandeur, par la simple raison

qu'il n'y a pas de délit, sans un texte prohibitif violé, ou un texte impératif non obéi ¹.

Tels furent les motifs qui firent échouer la théorie du jury civil devant la Convention et doivent encore en écarter l'application de notre organisation judiciaire.

On s'est même demandé, de nos jours, si cette distinction du fait et du droit, rejetée en matière civile, mais reconnue applicable aux juridictions répressives, dans les diverses discussions que nous venons de rappeler, peut être admise sans conteste, et si, dans tous les cas, elle donne les meilleurs résultats dans la pratique. Ce mélange en quelque sorte indissoluble du fait et du droit que nous constatons le plus souvent dans les affaires civiles, ne se rencontre-t-il pas aussi parfois dans les affaires criminelles, et alors les difficultés qui en résulteraient devant la juridiction civile, ne se présentent-elles pas également devant la juridiction répressive ? De bons esprits l'ont pensé. Cette division entre le fait et le droit leur a paru artificielle et d'une application difficile.

La règle notamment qui interdit au jury de connaître de la peine a été imaginée, écrivait Jules Favre en 1877, « pour des abstractions, non pour des réalités. En fait elle conduit trop souvent à des méprises fâcheuses ; elle inquiète les consciences et gêne les délibérations. Elle peut expliquer certains acquittements qui étonnent l'opinion, et dont l'impuissance du juge seule a le secret. »

M. Cruppi se prononce dans le même sens dans son ouvrage que nous avons déjà cité.

Nous partageons cet avis ; il conviendrait de donner au jury le droit d'appliquer la peine, en associant à son œuvre

1. Séance de la Convention du 20 juin 1793. *Moniteur* du 22 juin.

le président des assises pour le guider sur les questions de légalité auxquelles il est nécessairement étranger. Ainsi se trouverait résolue la difficulté, réelle dans certains cas, mais, malgré tout, beaucoup plus rare que dans les affaires civiles, résultant, pour des juges sans préparation professionnelle, de la complexité des faits juridiques dont nous venons de parler.

IV

Mais en dehors de l'élection directe, ou de la nomination par le pouvoir exécutif, le peuple n'a-t-il pas d'autres moyens pour déléguer ses pouvoirs ? Le soutenir serait nier la possibilité du gouvernement républicain démocratique chez un grand peuple, dont l'administration chargée de pourvoir à des intérêts nombreux et divers, ne saurait s'accommoder d'un mécanisme aussi simple et aussi rudimentaire. Dans une machine quelconque, rarement la force initiale produit directement le mouvement cherché. Vapeur, électricité, chute d'eau, cette force n'est transmise que par une série d'organes différents. Pour tout organisme, en effet, se pose la question d'adaptation entre le mouvement initial et le résultat final, et cette adaptation ne peut se faire que par des organes médiateurs. L'homme lui-même, force intelligente cependant, a besoin, entre lui et son œuvre, d'un rapport qui est son outil, son instrument de travail. Et plus le résultat à obtenir exigera de justesse et de précision, plus le mécanisme intermédiaire devra être compliqué et savant.

Il en est de même dans l'ordre des faits moraux, et le suffrage universel, suffisant pour désigner ses mandataires, ne saurait connaître des garanties toutes spéciales à exiger de ceux, qui, chargés d'assurer les services de l'État, doivent

présenter des conditions particulières d'aptitude, pas plus qu'il ne serait en mesure de juger et de légiférer directement.

Aussi y a-t-il un autre moyen, tout aussi efficace et tout aussi légitime que le premier ; ce moyen c'est la loi régulièrement votée par les pouvoirs constitutionnel et parlementaire :

Le premier proclamera le principe, inscrira l'autorité judiciaire au rang des pouvoirs publics, organisera son mode de recrutement ; le deuxième aura mission de régler les conditions d'aptitude et d'admissibilité. Nous traiterons ce sujet avec plus de détails en nous occupant ci-après de l'organisation judiciaire.

SECTION II

Indépendant dans son origine, le pouvoir judiciaire doit l'être encore dans sa constitution intérieure, en ce sens que ses membres ne sauraient être révoqués ou déplacés au gré du gouvernement. Cela découle, évidemment, des principes que nous avons posés, car « c'est la loi, dit Henrion de Pansey, qui confère elle-même les pouvoirs, et il n'y a pas d'autorité qui puisse détruire son ouvrage, par conséquent pas de destitution arbitraire » ¹.

Le pouvoir judiciaire doit donc trouver dans son organisation intérieure des garanties qui assurent son indépendance. Dire qu'il les trouvera dans le caractère et la moralité du juge, c'est là un lieu commun oratoire dont on a beaucoup abusé, mais ce n'est pas, à coup sûr, un raisonnement sérieux et pratique. Quel gouvernement, ayant à sa discrétion un magistrat d'une vertu si haute, le tolérerait longtemps ? Poser une telle question n'est point médire des gouvernants.

¹. *Op. cit.*

mais seulement envisager les conditions ordinaires de la nature humaine, et raisonner avec les faits et le passé. En veut-on la preuve? On n'a qu'à se souvenir que tous les partis ont soutenu successivement ou combattu l'inamovibilité de la magistrature, suivant l'intérêt du moment.

I

Mais ceux qui ont combattu l'inamovibilité de la magistrature parce qu'elle contrariait leur politique et la passion du moment, ont prouvé, par cela même, que cette garantie est la seule qui puisse assurer l'intégrité du juge et l'impartialité du jugement. Or, on ne saurait trop rappeler que, de ces conditions d'une bonne justice, dépend la fortune, l'honneur, la liberté et la vie des citoyens. Ces vérités ont été reconnues à toutes les époques de notre histoire.

C'est Philippe le Bel, écrit le jurisconsulte Loyseau, qui le « premier Roy » rendit en France les offices perpétuels et non destituables en 1302.

Certains des successeurs de ce roi ayant voulu, pour des motifs politiques, porter à ce principe des atteintes plus ou moins graves, durent reconnaître qu'ils avaient fait fausse route. Ainsi Charles V ayant, pendant la captivité du roi Jean, destitué plusieurs officiers du royaume, et ayant constaté les mauvais effets de cette mesure, vint au parlement, et y prononça lui-même un arrêt par lequel il déclara que la destitution de ces officiers avait été faite *contre raison et justice*. Nous verrons Louis XI faire un aveu semblable.

Mais auparavant, en 1334, Philippe de Valois non seulement maintint le principe, mais par deux ordonnances des

5 février 1338 et 7 janvier 1400, conféra au parlement le *droit de se recruter lui-même*.

Cependant Louis XI, à son avènement à la couronne, destitua la plupart des principaux officiers. Ces destitutions produisirent un vif mécontentement, et ne furent pas étrangères aux troubles civils connus sous le nom de Ligue du bien public ; aussi, il dut revenir sur sa décision : le 21 octobre 1467 il donna une déclaration, qui fut enregistrée au parlement de Paris le 23 novembre suivant, par laquelle il ordonna qu'à l'avenir « les juges ne pourraient être destitués, ni privés de leurs charges que pour forfaiture, préalablement jugée et déclarée judiciairement, selon les termes de justice, selon les juges compétents ».

Louis XI alla plus loin, tant cette prérogative de l'inamovibilité lui parut nécessaire aux juges : non content de s'engager lui-même, il voulut lier son successeur ; il fit jurer à son fils Charles VIII de respecter cette loi, comme une des plus essentielles pour le bien et la sûreté de son État, et il fit entériner au parlement l'acte qui contenait ce serment.

De cette époque date le principe de notre ancien droit public que les *officiers royaux, pourvus en titre d'office, ne peuvent être destitués que pour la forfaiture préalablement jugée, tandis que ceux qui n'exercent leurs fonctions que par commission peuvent être destitués ad nutum* ¹.

Sous Louis XII et François I^{er}, il semble que l'inamovibilité est elle-même considérée comme une garantie insuffisante, et la magistrature en trouve une nouvelle dans la propriété et l'hérédité des charges, qui sont garanties par Henri IV dans l'édit de la Paulette.

1. Merlin, v^o *Destitution*.

Les monarques les plus absolus reconnaissent ainsi la nécessité d'assurer contre eux-mêmes l'indépendance de la magistrature. Après Louis XI, Louis XIV renouvelle la déclaration de son aïeul : l'article 15 de l'ordonnance du 22 octobre 1648 porte « *qu'interprétant et exécutant celle de Louis XI, aucun officier de Cour souveraine et autre ne pourra être troublé ni inquiété en l'exercice et dans les fonctions de sa charge* ¹. »

Cependant, sous la Régence, le principe fut attaqué, et jamais il n'avait essuyé de plus formidable assaut. La personnalité des assaillants montre bien quels sont ses ennemis ordinaires : Law, le financier, le traitant sans scrupules, et le cardinal Dubois... c'est tout dire ! Jamais aussi l'aveu de sa nécessité ne fut produit sous une forme plus saisissante que par Saint-Simon, qui se glorifie d'avoir, par deux fois, empêché la suppression de l'inamovibilité des magistrats, demandée par ces deux personnages. Il craignait, dit-il, « *malgré sa haine contre la robe, de voir briser ce dernier frein du despotisme et de l'ultramontanisme* ».

Louis XV s'approprie également le fond et la forme de la déclaration : répondant le 8 avril 1759 aux remontrances du parlement, bien instruit, dit-il, « de la loi célèbre de Louis XI, il entend que les titulaires d'offices, *tant que ces offices subsistent, ne puissent en être privés autrement que par mort, résignation volontaire ou forfaiture bien et dûment jugée, etc.* »

Sous la période révolutionnaire les fonctions judiciaires étaient électives et, par suite, temporaires, mais irrévocables pendant la durée du mandat. Dans ces conditions, sui-

1. Henri Martin. *Hist. de Fr.*, t. XV, page 54.

vant la judicieuse remarque de M. Esmein, « l'inamovibilité produisait deux effets : elle protégeait le magistrat contre le pouvoir exécutif qui ne pouvait pas le destituer, pas plus qu'il ne l'avait nommé ; elle le protégeait contre ses électeurs qui ne pouvaient pas non plus lui retirer ses pouvoirs ¹ ».

Aussi voyons-nous le principe figurer successivement dans la loi du 16 août 1790 et dans les constitutions de 1791, de l'an III et de l'an VIII.

Le Premier Empire, pas plus que les autres régimes absolus, ne crut pouvoir écarter cette garantie. Toutefois une notable restriction y était apportée. Aux termes du sénatus-consulte du 12 octobre 1807, les magistrats durent recevoir une investiture nouvelle, et cette investiture à vie n'était conférée aux juges qu'après cinq ans d'exercice de leurs fonctions.

La Restauration, après avoir porté une grave atteinte au principe de l'inamovibilité, en la suspendant provisoirement et en « épurant » le personnel judiciaire, le consacra solennellement en en faisant un article de la charte, c'est-à-dire de la loi constitutionnelle (art. 58). La charte révisée de 1830 le consacre également.

Le gouvernement provisoire croit devoir supprimer le principe de l'inamovibilité ; la mesure était justifiée par l'un de ces aphorismes vagues et sans fondement rationnel qui suffisent trop souvent en France à ébranler les constitutions les plus solides, eussent-elles la consécration du temps et de l'expérience. L'inamovibilité, disait-on, est incompatible avec le gouvernement républicain ! Il n'en fallut pas

1. Esmein, *op. cit.*, p. 360.

d'avantage pour écarter de leurs fonctions des magistrats tels que MM. Barthe, président de la Cour des comptes, Mérilhon, conseiller à la Cour de cassation. L'examen sérieux de la question, qui eut lieu dans la discussion de la loi constitutionnelle, devait amener le rétablissement du principe qui prit place dans l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848 ¹.

Il figure implicitement dans le préambule de celle de 1852, et expressément dans celle du 26 mai 1870 (art. 15). Quoique non proclamé par celle de 1875, il n'en est pas moins considéré comme l'une des bases de notre droit public, soit qu'on l'envisage comme d'une nécessité indispensable à la défense des droits individuels, soit comme faisant partie des dispositions non abrogées des constitutions antérieures.

Discuté de nouveau en 1883, le principe de l'inamovibilité reçoit une nouvelle atteinte, puisque la magistrature est soumise à une « épuration ». On n'ose pas, cependant, renverser cette garantie de justice indispensable et l'article 15 de la loi s'exprime ainsi : « Aucun premier président, président de chambre, conseiller de cour d'appel, aucun président, vice-président, juge ou juge suppléant des tribunaux de première instance ne pourra être déplacé que sur l'avis conforme du conseil supérieur. Ce déplacement ne

1. Le principe de l'inamovibilité fut cependant encore pris à partie en 1849 et fut défendu par Montalembert avec une haute éloquence. « Le passage du discours, dit Sainte-Beuve, où le sacerdoce de la magistrature est pris et interprété au pied de la lettre et où l'orateur le rapproche, socialement parlant, du sacerdoce du prêtre ; ce torrent des révolutions qui doit, en roulant, trouver au moins deux rives inébranlables, et se contenir entre le temple de la loi et le temple de Dieu, tout cela est à la fois de la haute éloquence et de l'éternelle politique. » *Causeries du Lundi*, t. 1, p. 88-89.

devra entraîner, pour le magistrat qui en sera l'objet, aucun changement de fonction, aucune diminution de classe ni de traitement. »

II

Voilà donc la leçon du passé ! Comme on le voit, jamais témoignages plus autorisés et plus désintéressés ne s'élevèrent en faveur d'une cause : d'une part, les princes absolus sentent la nécessité de cette barrière à leur toute puissance, d'autre part, l'obligation qui s'est imposée de rétablir l'inaltérabilité, après les diverses tentatives de suppression, constitue un aveu des plus significatifs.

Mais, non moins que celle du passé, la leçon du présent a son éloquence : qu'il nous suffise de faire remarquer que l'inaltérabilité des magistrats de l'ordre judiciaire existe chez toutes les nations civilisées, la *Turquie exceptée* ; qu'établie aux États-Unis, elle y est considérée, disent les auteurs du *Federalist*, « comme une excellente barrière contre les empiétements et l'oppression des corps représentatifs ». C'est, dit M. A. de Chambrun, l'inaltérabilité qui a permis à des magistrats comme John Marshall, le premier et le plus grand des magistrats américains, de jouer le rôle considérable que l'on connaît¹. »

Quelles sont donc les raisons décisives qui ont ainsi toujours imposé la même solution en dépit des passions, des intérêts contraires, des mauvais vouloirs les plus évidents ; car, ne l'oublions pas, il n'est pas un régime qui n'ait senti

1. A. de Chambrun, *Droits et libertés aux États-Unis*, p. 272.

la gêne de cet obstacle, et n'ait tenté de s'en débarrasser ? Ces raisons nous les trouvons, en 1815, dans la bouche de Royer-Collard qui défendait le principe de l'inamovibilité alors attaqué au nom des royalistes par M. Hyde de Neuville. Il s'exprimait en ces termes : « Puisqu'on peut dire avec vérité, que la société existe ou qu'elle n'existe pas, selon que la justice est bien ou mal administrée, il n'y a pour elle aucun intérêt aussi grand que l'équité et l'impartialité des jugements ; et, par cette raison, il n'y a pas de ministère aussi important que celui du juge. Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge, au nom de la société, appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : organe de la loi, soyez impassible comme elle. Toutes les passions frémiront autour de vous, qu'elles ne troublent jamais votre âme. Si mes propres erreurs, si les influences qui m'assiègent et dont il m'est malaisé de me garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements, résistez à mes séductions, résistez à mes menaces. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la loi. Le citoyen répond : je ne suis qu'un homme, et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible ; je succomberai dans cette lutte inégale. Vous méconnaîtrez les motifs de la résistance que vous me prescrivez aujourd'hui, et vous la punirez. Je ne puis m'élever toujours au-dessus de moi-même, si vous ne me protégez à la fois contre moi et contre vous. Secourez donc ma faiblesse ; affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance ; promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. Le pouvoir hésite : c'est la nature du pouvoir

de se dessaisir lentement de sa volonté. Éclairé par l'expérience sur ses véritables intérêts, subjugué par la force toujours croissante des choses, il dit au juge : Vous serez inamovible. »

Malgré cette éloquente défense, l'inamovibilité de la magistrature fut « suspendue » par le gouvernement de la Restauration, comme elle l'a été depuis encore, ce qui prouve entre autres choses que l'inamovibilité est — réduite à elle-même et sans être rattachée au principe de souveraineté dont elle est la conséquence — une garantie bien précaire et bien illusoire.

Nécessaire cependant au pouvoir contre ses propres entraînements, la garantie l'est encore au juge lui-même, pour écarter de son esprit et de sa conscience toute préoccupation étrangère à sa fonction ; elle l'est surtout au justiciable qui doit avoir confiance entière, non seulement dans les lumières, mais encore dans la fermeté et l'impartialité du juge. Ce double point de vue est admirablement mis en relief par Henrion de Pansey dans le passage suivant de son livre, et dans la citation qu'il fait, extraite du livre de la *République de Bodin*.

« Comment l'homme isolé, l'homme que rien ne recommande osera-t-il lutter contre un adversaire qui a dans sa main les destinées de celui à qui il demande justice ? Et le juge lui-même, quelle serait sa position, si son existence pouvait être à tout instant compromise ? *Alors qui serait le « sujet qui le respecterait, qui le craindrait, qui lui obéirait ? Au contraire, si l'état est perpétuel, il s'assurera et « commandera avec dignité ; il fera tête aux méchants, il « prêterait l'épaule aux gens de bien, il vengera les outrages « des affligés, il résistera à la violence des tyrans, sans peur,*

« *sans crainte, sans frayeur* qu'on le dépouille de son état « s'il n'a forfait ¹. »

Notons particulièrement le début de cette citation ; il faut y insister : oui, assurément, l'intérêt du magistrat est à considérer, et doit entrer en ligne de compte. Mais c'est surtout, — et cet aspect ne paraît pas avoir suffisamment frappé ceux qui ont examiné la question, — c'est surtout pour le justiciable lui-même, pour « l'homme isolé que rien ne recommande » qu'il convient d'assurer dans les jugements toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité au juge de qui la décision dépend. L'observation est particulièrement vraie sous le gouvernement démocratique.

Avec les autres régimes, l'influence et l'autorité sont concentrées en quelques mains qui demeurent longtemps les mêmes ; le règne d'un prince peut être long, la même politique peut être suivie et durer longtemps ; rarement dès lors l'occasion se présentera pour l'autorité judiciaire de se dresser contre ces détenteurs du pouvoir, peu nombreux et satisfaits de leur haute et durable fortune, pour protéger les faibles. En démocratie, au contraire, non seulement le pouvoir, mais surtout l'influence sont divisés, dispersés, émiettés en des milliers de mains ; à chaque instant le faible et le déshérité de la fortune sera exposé à rencontrer sur sa route un détenteur élu d'une parcelle de l'autorité, une influence locale, qui sait même ? un représentant de la presse, ce quatrième pouvoir qui occupe une place dont on ne saurait, dans un gouvernement d'opinion, contester la légitimité. Et chaque jour par le jeu même des institutions, pouvoir et influence se déplacent et pas-

1. Henrion de Pansey, *op. cit.*, ch. I.

sent en des mains nouvelles. Combien il est dès lors plus que jamais nécessaire qu'il y ait quelque chose de stable et d'immuable ; que dans ce conflit des intérêts et des passions, il y ait un pouvoir à l'abri de leur action, qui fasse respecter tous les droits et rende la justice dans le sens exact et élevé de ce mot.

Mais à quelle condition l'inamovibilité réalisera-t-elle de telles espérances ? Suffira-t-il qu'une fois nommé le magistrat soit inamovible ? Assurément non ; il faut encore le soustraire à l'influence que le pouvoir exécutif peut exercer sur lui par la nomination d'abord, par l'avancement et les distinctions honorifiques ensuite. Il est certain que l'inamovibilité n'est qu'un leurre, qu'elle n'existe pas sérieusement, tant que les rangs et les classes, permettant de multiples avancements, existeront dans la hiérarchie judiciaire, et que tout cela dépendra du pouvoir exécutif.

Ainsi donc l'inamovibilité de la magistrature est non seulement la conséquence forcée de la qualité de pouvoir public qui appartient à l'autorité judiciaire, mais encore elle s'impose, quelque opinion que l'on ait sur la question. « C'est, dit M. Esmein, la condition même de son indépendance¹. »

III

Cependant, dans une étude impartiale, on ne saurait méconnaître que le principe d'inamovibilité, sans restrictions ni réserves, peut présenter quelques inconvénients. Ils ont été mis en lumière par les publicistes ou les hommes politiques hostiles au principe ; il convient de les signaler et

1. *Op. cit.*, p. 314.

d'examiner dans quelle mesure ils méritent qu'on en tienne compte.

Entre autres raisons plus ou moins contestables que Dupont faisait valoir devant l'Assemblée Constituante contre le principe de l'inaltérabilité, il y a à retenir celle-ci : « Des
« hommes qui savent qu'une fois juges ils ne descendront pas
« de leur tribunal, sont tentés de regarder leurs fonctions
« comme une aliénation de la société en leur faveur, et eux,
« comme une classe distincte dans l'État... En rendant les
« juges perpétuels, on risque d'affaiblir en eux le sentiment
« même de la justice... »

En d'autres termes, le sentiment de la responsabilité, non seulement morale mais effective, peut être une barrière qui arrêtera le magistrat lui-même dans la voie de l'arbitraire, si le sentiment du devoir se trouve pour cela insuffisant.

« Il est certain, disait le député Dandré, conseiller au
« parlement d'Aix, qu'un magistrat assuré de conserver son
« état toute sa vie, se fait une routine, et n'étudie plus ; il
« croit n'avoir plus à apprendre, et n'avoir qu'à juger. »

M. Laferrière, à qui nous empruntons les deux citations qui précèdent, partage cette opinion et la résume excellemment : « L'inaltérabilité, dit-il, par sa nature, est bien une garantie d'indépendance qui a une grande valeur selon l'état politique de la société, mais elle n'est pas une garantie de lumières, d'impartialité, de progression morale et scientifique ; elle peut être contraire à ces qualités fondamentales du bon magistrat, elle peut en être le pervertissement. Tel homme dont les premières années de magistrature étaient tout entières au sentiment noble et pur de la justice, s'est refroidi dans ses devoirs, s'est immobilisé dans ses études, sous l'influence de l'inaltérabilité ; aussi l'Assemblée natio-

nale et Tronchet lui-même, adversaire des créations hardies de Duport, l'avaient-ils exclue de la théorie de l'institution judiciaire. »

Tronchet sentait, en effet, la nécessité de trouver un moyen terme entre la dépendance absolue du juge et son inamovibilité : « Le juge ne doit pas être inamovible, ni abandonné à l'inconstance de la faveur populaire. *Je crois, qu'il peut être subordonné à une révocation possible, pourvu qu'elle ne se fasse pas d'une manière trop injurieuse, et que ce ne soit que par une très grande majorité de suffrages qu'elle puisse être provoquée.* »

Enfin le grand magistrat que nous avons déjà cité, le président Henrion de Pansey, établit, après Montesquieu, une triple distinction suivant la forme du gouvernement : si le gouvernement est despotique les offices de judicature ne doivent être donnés qu'en commission, c'est-à-dire avec révocation possible à tout instant. Ainsi l'exige une constitution dans laquelle tout doit dépendre du souverain, et où rien ne saurait s'opposer à ses volontés absolues. Si le gouvernement est monarchique, c'est-à-dire tempéré par des lois et des institutions qui limitent l'autorité royale, les juges doivent être inamovibles : « *Sans cela il serait à craindre que le prince ne s'immiscât dans l'exercice de l'autorité judiciaire, car celui qui dispose des juges est facilement soupçonné de disposer des jugements.* » De plus, dans une monarchie, le trône est entouré de princes, de puissants personnages qui tiendraient dans leurs mains le sort des juges, et, par conséquent, disposeraient de la justice elle-même, soit pour eux, soit pour leurs protégés.

Mais cela dit, la conclusion d'Henrion de Pansey est remarquable, car il présente les deux faces du problème qui

nous occupe avec une singulière précision : « *Dans les républiques, c'est la loi qui confère les pouvoirs, et il n'y a point d'autorité qui puisse détruire son ouvrage, par conséquent point de destitution arbitraire ; d'un autre côté, si les fonctionnaires étaient inamovibles l'habitude du pouvoir éveillerait leur ambition et la liberté publique serait en danger*¹. »

Où sera donc la conciliation entre ces principes contraires ? quel sera le moyen terme qui assurera à la fois la pleine indépendance du magistrat, sans exciter son ambition ou favoriser son inertie ?

Et, d'abord, demandons-nous d'où vient l'antinomie. La réponse nous paraît facile : elle provient de ce qu'on a méconnu la véritable nature du pouvoir judiciaire ; de ce qu'on a voulu en faire une simple fonction, tout en reconnaissant qu'il était nécessaire de l'entourer des garanties et des prérogatives inhérentes seulement à un véritable pouvoir. Il fallait une grande autorité morale, pour représenter cette grande chose : la justice ; une autorité en imposant à tous par la dignité du caractère, l'unité de la vie, l'irréprochabilité de la conduite, et on a tari la source de tout cela par un mode de recrutement et d'avancement laissés à l'arbitraire, offrant la prime à l'ambition et sollicitant l'intrigue. Il fallait de l'indépendance, et la magistrature a été placée dans la dépendance du pouvoir exécutif. Il fallait une magistrature savante, laborieuse, et une inamovibilité sans réserve a compromis ces qualités. Tout a été faux et contradictoire dans l'œuvre, parce que tout était faux et contradictoire dans le principe d'où on est parti. De là une création illogique, incohérente, valant encore par ses anciennes traditions, mais

1. Henrion de Pansey, ch. IX.

qui ne tarderait pas à en perdre le dépôt et le souvenir, à ne plus répondre au but même de l'institution : la justice, première des nécessités sociales, ou plutôt objet même de la société.

La difficulté ne sera résolue qu'en rendant au pouvoir judiciaire son véritable caractère, et cela, pour une organisation correspondant à la haute mission qu'il est appelé à remplir¹. Quelle sera cette organisation?

1. V. ci-après, p. 333.

CHAPITRE II

Esquisse d'un plan d'organisation judiciaire

La fonction judiciaire fut toujours considérée comme partie de la souveraineté. — Magistrats choisis d'après la loi.

I. — Conseil supérieur de la magistrature. — Rôle à cet égard de la Cour de Cassation. — Mode d'élection de ses membres. — Fonctions du conseil supérieur.

II. — Division de la France en *ressorts*. — Conseils de ressort ; leur composition ; leur rôle pour les présentations.

III. — Objection relative à la reconstitution de l'esprit de caste. — Précédents historiques.

Henrion de Pansey expose de la manière suivante les conditions essentielles d'une bonne organisation judiciaire :

« Que le prince ne puisse déléguer cette autorité qu'à des
« mandataires dont l'aptitude et la liberté soient garanties
« par la double restriction qu'il ne les choisira qu'entre
« ceux que *la loi désigne*, et qu'il sera dans l'impuissance
« de révoquer les pouvoirs qu'il leur conférera ; que l'ordre
« des juridictions soit invariable ; que l'on ne connaisse ni
« les commissions, ni les évocations ; que l'honneur, la
« liberté, la vie et la fortune des citoyens soient invariable-
« ment sous la garde des formes judiciaires, et quelque
« mauvais, d'ailleurs, que soit le Gouvernement, on le sup-
« portera, et même l'habitude pourra le faire aimer. »

Ce texte renferme et justifie les solutions pratiques que

nous avons à proposer ; nous allons donc l'analyser avec soin.

I

« Que le prince... » Dans une grande république démocratique comme la nôtre, le souverain c'est la nation, dont les volontés sont exprimées, nous l'avons déjà dit, par ses représentants.

« ... ne puisse déléguer cette autorité... » Sur le mode et l'étendue de cette délégation, notre auteur fait les judicieuses réflexions suivantes qui font ressortir le caractère essentiellement constitutionnel du pouvoir judiciaire.

« Cette importante fonction est si *essentiellement inhé-*
« *rente à la royauté* (lisons : fait si essentiellement partie de
« la souveraineté publique) que, pour concilier l'obligation
« de la remplir avec la nécessité de la déléguer, la loi se
« prête à une fiction fort remarquable : elle identifie le
« juge avec la personne du prince, et suppose que c'est le
« prince lui-même qui parle par l'organe des juges. »

Ainsi, comme le législateur fait la loi, le juge l'applique au nom du peuple. Cette fonction est tellement importante, tellement essentielle au salut de l'État qu'on a de tout temps jugé nécessaire de l'entourer de la majesté et de l'autorité qui s'attache au souverain lui-même, qu'il soit roi ou libre nation. C'est ce que fait encore remarquer Henrion de Pansey : « Cette fiction qui est une vérité légale, *et qui expli-*
« *que l'usage de placer le nom du prince à la tête des juge-*
« *ments*, établit une différence bien frappante entre les fonc-
« tions judiciaires et les autres fonctions publiques : *Les dé-*
« *légués du prince, dans toutes les autres fonctions, agissent*

« en son nom... mais c'est le prince lui-même qui proclame
« les décisions de ses délégués dans l'ordre judiciaire. »

En d'autres termes, les fonctions publiques, en général, constituent une charge, une mission particulière conférée par le souverain ; les fonctions judiciaires sont une délégation directe et véritable de pouvoirs, parce que, et cela est surtout vrai sous un régime de liberté, la personnalité du citoyen, partie lui-même de la souveraineté, y étant essentiellement respectable, une décision de la nation elle-même peut seule attenter légitimement à son honneur, à sa vie, à sa liberté, à sa fortune.

« ... Qu'à des mandataires dont l'aptitude et la liberté soient garanties, par la double restriction qu'il ne les choisira qu'entre ceux que la loi désigne, et qu'il sera dans l'impuissance de révoquer les pouvoirs qu'il leur confèrera... »

Voilà bien tout le programme d'une bonne organisation judiciaire. Nous parlerons des garanties d'aptitude en traitant du mode de recrutement ; mais remarquons que les conditions essentielles doivent être fixées par la loi constitutionnelle, sauf ensuite à déterminer les détails d'application par une loi organique ordinaire.

C'est donc la loi constitutionnelle qui posera le principe, marquera sa place à l'autorité judiciaire, lui donnera cette haute investiture de pouvoir public qui convient à son objet et à sa mission : La justice, dira-t-elle, s'exerce au nom du peuple et par délégation à ceux qui sont chargés de la distribuer.

Elle indiquera ensuite les grandes lignes de l'organisation judiciaire que l'on peut esquisser de la manière suivante :

1° Création d'un conseil supérieur de la magistrature qui

sera en quelque sorte sa manifestation vivante comme pouvoir public.

Cette attribution appartient naturellement à la Cour de cassation, l'esprit et le but de son institution la désignent pour remplir ce rôle analogue à celui de la Cour suprême des États-Unis.

N'oublions pas, en effet, que la Cour de cassation n'est pas un degré de juridiction, qu'elle n'existe que secondairement dans l'intérêt des justiciables, mais principalement dans l'intérêt de la loi. Sa mission est d'en assurer le respect, et de maintenir, aussi constante que possible, l'unité d'interprétation et de jurisprudence qui ne tarderait pas à être détruite par les divergences de juridiction à juridiction. « La loi peut être violée, disait Barrère dans la discussion sur le principe de l'institution, et il faut empêcher la violation de la loi. Il faut donc établir un tribunal chargé de réprimer cette violation. » « Un tribunal de révision est un régulateur dans le pouvoir judiciaire, disait à son tour Clermont-Tonnerre ; il prononce si le juge ne s'est pas écarté de la loi. Quels sont ces caractères ? La constance dans sa doctrine, la profonde connaissance des lois, l'éloignement parfait des intérêts particuliers des justiciables. L'uniformité de doctrine est indispensable ; les *membres de ce tribunal doivent avoir une profonde connaissance des lois.* »

C'est pour ces raisons diverses que dans la pratique on donne à la Cour de cassation les titres de la *Cour suprême*, *Cour régulatrice*.

Disons, en passant, que ces principes, mettant une fois de plus dans une vive lumière la grandeur du rôle du pouvoir judiciaire et du corps qui en est le sommet, font sentir la nécessité de son indépendance.

Mais la conséquence que nous voulons d'abord en tirer c'est que la Cour régulatrice, qualifiée pour maintenir l'unité de jurisprudence, l'est également pour maintenir la même constance dans l'esprit et la discipline de tout le corps judiciaire. A ce titre elle doit constituer essentiellement et à elle seule le grand conseil de la magistrature. A elle seule, disons-nous, et que l'on ne s'effraie pas de cet exclusivisme, parce que nous pensons aussi que les conditions de son recrutement doivent non seulement satisfaire à tous les principes, mais encore rassurer les préoccupations légitimes d'ordre politique et social.

Ce mode de désignation des membres de la Cour suprême devrait être la cooptation¹ mais la cooptation mitigée par l'adjonction d'éléments étrangers à la Cour elle-même. M. Jules Favre proposait un corps électoral composé de la manière suivante : 1° des membres de la Cour de cassation ; 2° d'un conseiller délégué par chaque Cour d'appel ; 3° des professeurs de l'École de droit de Paris (ou mieux d'un professeur délégué par chacune des Écoles de droit de la République) ; 4° du Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de cassation ; 5° de neuf sénateurs et de neuf députés désignés au scrutin de liste par les bureaux de chaque assemblée.

Les présidents seraient nommés par la compagnie elle-même pour trois ans, avec faculté de réélection. On reviendrait ainsi au principe établi par l'Assemblée Constituante,

1. On sait qu'à partir du xv^e siècle le parlement de Paris se recrute par voie de cooptation, c'est-à-dire élit lui-même ses propres membres. Ce mode n'est d'ailleurs pas sans exemple dans notre organisation actuelle : les conseillers à la Cour de cassation qui doivent constituer le tribunal des conflits sont élus par leurs collègues, et ceux-ci élisent eux-mêmes leur président au scrutin secret. Ce système, de l'aveu de tout le monde, a donné les résultats les plus satisfaisants.

et maintenu d'ailleurs par le décret du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800). Aux termes de ces documents législatifs, le tribunal de cassation nomme son président, chaque section élit le sien.

Le corps électoral ainsi composé garantissait la valeur à la fois professionnelle et scientifique de l'élu, choisi qu'il serait par des magistrats pris entre les meilleurs et par des professeurs de droit. L'intervention du Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de cassation concourrait au même but et contribuerait aussi à maintenir l'unité de la jurisprudence. Ces divers éléments permettraient également d'élargir le champ dans lequel les choix pourraient s'exercer. Tour à tour la magistrature, les facultés de droit, le barreau apporteraient leur contingent d'hommes de haute valeur et d'expérience éprouvée.

Enfin dix-huit membres du parlement assureraient à l'élément politique une juste influence dans la nomination des conseillers à la Cour suprême, influence d'autant plus légitime que, nous l'avons montré, la Cour de cassation collabore dans une certaine mesure, à l'œuvre du législateur ; il convient donc qu'elle soit aussi animée de son esprit¹.

A la Cour suprême, au grand conseil de la magistrature ainsi constitué, appartiendrait l'élection de son chef, du Garde des Sceaux lui-même, dont le rôle se cantonnerait dans la haute direction de l'action publique et disciplinaire, et dans la nomination des membres des parquets sur une liste restreinte de candidats présentés par les cours.

Le Grand conseil aurait les pouvoirs disciplinaires sur tout l'ordre judiciaire, soit comme juridiction directe pour

1. Voir ci-dessus, p. 222 et 223.

la magistrature des cours, soit comme juridiction d'appel pour la magistrature des tribunaux ordinaires. A ce titre, ses pouvoirs seraient souverains pour prononcer les révocations ou les déplacements motivés par des manquements professionnels, *prévus par les lois et règlements positifs*, que l'intérêt de la bonne administration de la justice exigerait. Telle serait la seule restriction qu'il conviendrait d'apporter à l'inamovibilité des juges. Le Grand conseil autoriserait aussi les mutations de magistrats de ressort de cours d'appel, sur la demande des intéressés.

Enfin, il lui appartiendrait d'agréer les candidatures proposées par les conseils de ressort dont nous allons parler, et de nommer définitivement les magistrats, ainsi indiqués à son choix, pour les diverses fonctions de l'ordre judiciaire.

Mais le rôle d'arbitre du pouvoir judiciaire désignerait la Cour suprême pour une fonction plus haute, celle de procéder à la révision des élections politiques. Tout le monde reconnaît que les hommes politiques, statuant sur le sort d'amis ou d'adversaires, ne sauraient être considérés comme des juges et rien ne ressemble moins en effet à un acte de justice qu'une décision influencée par le groupe politique, et non par la seule impression de débats que, parfois même, celui qui en décide n'aura pas suivis. La Cour suprême, ou, si l'on veut, le Grand conseil statuerait en connaissance de cause, comme un haut tribunal indépendant, sans souci de l'opinion des candidats, et sans autre préoccupation que le droit et la légalité ¹.

1. Voir ci-dessus, 1^{re} partie, ch. VI, *in fine*.

II

2° Division de la France en un certain nombre de ressorts judiciaires, moindre que celui qui existe actuellement, et de chaque ressort en un nombre égal d'arrondissements judiciaires. Le chiffre de la population devrait servir de base à cette délimitation tant du ressort que de l'arrondissement. On a objecté, il est vrai, que ce procédé pourrait parfois avoir l'inconvénient d'éloigner le justiciable de la justice ; objection vaine aujourd'hui avec les facilités de communication de toute nature, et qui le serait davantage encore grâce à une bonne organisation des justices de paix et à l'extension aujourd'hui acquise de leur compétence. En revanche, il aurait l'avantage de permettre la suppression de la division par classes des tribunaux et de limiter à l'avancement hiérarchique l'ambition des magistrats qui ne viseraient plus à l'avancement de classe à classe. Et comme tous les ressorts comprendraient le même nombre de tribunaux, les magistrats n'auraient aucun intérêt de carrière à être dans l'un plutôt que dans l'autre.

3° Etablissement auprès de chaque cour d'appel d'un conseil du ressort, exerçant les pouvoirs disciplinaires sur tous les magistrats de première instance, chargé de dresser les listes de présentation au Grand conseil, en vue des nominations et promotions. La composition de ce conseil pourrait comprendre, outre les membres de la cour, le procureur général, les avocats généraux, le bâtonnier et plusieurs anciens bâtonniers de l'ordre des avocats de la cour, le doyen de la faculté de droit.

Les éléments étrangers à la cour, et très à même de don-

ner un avis éclairé sur les questions d'entrée et de promotion dans la magistrature, devraient être écartés lorsqu'il s'agirait de statuer disciplinairement. C'est, en effet, honorer un grand corps que de lui laisser le soin de relever et sanctionner les défaillances qui peuvent se produire dans son sein; ce serait, au contraire, le rabaisser que de le supposer insuffisant pour sauvegarder son honneur et sa dignité professionnelle, et d'admettre à cette œuvre des personnalités étrangères ou d'un moindre rang dans la hiérarchie judiciaire.

Mais cette réserve faite, l'admission au Grand conseil, pour les présentations et les autres délibérations intéressant la justice, des représentants du barreau et de la faculté de droit aurait, outre l'avantage déjà signalé, celui d'éviter le soupçon, pour les magistrats, de limiter leurs choix à leur propre domaine.

Les présentations par les chefs de la cour offrent, d'ailleurs, des inconvénients depuis longtemps signalés, et l'un d'eux, en ce qui concerne surtout les magistrats des cours d'appel, apparaît aux regards les moins clairvoyants : rappelons que les magistrats des cours sont appelés à délibérer sur un pied d'absolue égalité et d'une complète indépendance dans les causes qui leur sont soumises avec l'un des chefs de la cour, le premier président, et qu'en ce qui concerne l'autre, quoique le ministère public soit le représentant de la société, il n'en est pas moins, vis-à-vis du juge, un simple justiciable, exposé à voir son action déclarée mal fondée, et ses réquisitions non suivies. Or, si le caractère des premiers magistrats d'une cour les met le plus souvent au-dessus des petites faiblesses de l'amour-propre, des froissements que produit la contradiction la plus courtoise, ou un échec d'audience, il

pourra n'en être pas toujours ainsi. Dans tous les cas, les caractères faibles peuvent croire les chefs accessibles à de tels sentiments, et se trouver, par là même, gênés dans leur indépendance.

De plus, « les présentations, observe M. Jules Favre, se préparent dans l'intimité du cabinet des premiers présidents, présidents, procureurs généraux ou procureurs de la République, assaillis par des sollicitations de toute nature... On devine sans peine les luttes d'influence, les brigues de tous genres, les sollicitations, les intrigues, les compromis qui peuvent résulter de cet état de choses ¹. » Ici, également, la dépendance des chefs eux-mêmes de la magistrature vis-à-vis du pouvoir peut exercer sa fâcheuse influence, et faire craindre que leurs choix ne soient moins déterminés par la valeur des candidats, que par le désir de faire réussir leurs présentations, en proposant des candidats agréables aux puissances ou aux influences du moment.

Pour éviter ces suspicions, concluons-nous avec le même auteur, il faut élargir le cercle, et associer le conseil du ressort à la présentation.

L'idée n'est pas nouvelle, d'ailleurs : elle était proposée par la commission nommée par l'Assemblée nationale, en vue de la réforme judiciaire, et défendue avec toute l'autorité qui s'attachait aux personnalités éminentes, membres de cette commission, composée de MM. Corne, Bidard, Delille, Tailhaud, Bigot, Depeyre, Luro, Paris, Lespinasse, Leblond, Berthaud, Vente, Merveilleux-Duvignaux.

Ce système de présentations et de nominations, émanant de la magistrature elle-même, assurerait les meilleurs choix,

1. Voir sur ce point l'ouvrage de M. le Procureur général Borely : *De la justice et des juges*, t. I, page 23.

satisferait à l'esprit de justice et donnerait au corps tout entier, la force et la cohésion nécessaires pour qu'aucun obstacle ne puisse s'opposer à son action légitime ¹.

III

Mais de cet ordre d'idées lui-même naît une objection : ne serait-il pas à craindre que cette force ne fût trop grande, et n'inspirât au pouvoir judiciaire la tentation de dangereux empiétements ? que cette cohésion ne fît renaître l'esprit de caste des anciens parlements, et une sorte d'exclusivisme anti-démocratique et anti-égalitaire ?

De telles appréhensions sont aujourd'hui sans fondement.

L'omnipotence des parlements tenait à un ensemble de circonstances dont la première était le défaut de délimitation de tous les pouvoirs. Chacun d'eux s'était tracé son domaine un peu au hasard, et l'autorité judiciaire devait plus que tout autre bénéficier de cette incertitude d'attributions, parce que le besoin social de justice sollicitait naturellement et motivait son intervention. Bien plus, le pouvoir central lui-même, la royauté, comme on l'a déjà vu ², don-

1. Antérieurement, ce procédé avait été proposé par une commission nommée par le gouvernement de la défense nationale, le 18 septembre 1870. Elle était composée de MM. Crémieux, Arago, Faustin Hélie, Marc Dufraisse, Valette, Chaudy, Duréste, Albert Liouville. De tous temps de vives réclamations se sont élevées contre les nominations arbitraires de magistrats ; les cahiers des États généraux demandaient que dans chaque cour, dans chaque siège royal les juges présentassent à chaque vacance trois noms au roi qui choisirait (*Journal des États généraux*, p. 681, 682). C'est par un procédé analogue que sont élus aux États-Unis les juges fédéraux et ceux de la Cour suprême. Mais cette vieille garantie, dans l'ancienne monarchie et dans une république libre, n'est plus devenue chez nous, depuis 1878, « qu'un vain simulacre ». (Morizot-Thibaut, *op. cit.*, p. 15 et 16.)

2. Ci-dessus, p. 56, 313 et suiv.

nait son adhésion à cette omni-ingérence et la favorisait lorsque cela pouvait servir ses desseins.

Mais cette situation devait cesser du jour où une science politique plus avancée distingua les divers éléments constitutifs de l'État moderne et assigna sa place à chacun d'eux. Dans cette sorte de répartition, le pouvoir judiciaire, loin d'avoir à revendiquer la première place, a dû la céder à celui qui représente plus particulièrement la souveraineté nationale dans une démocratie : le pouvoir législatif. Depuis que l'Assemblée Constituante a consacré ces principes, ils n'ont fait l'objet d'aucune contestation sérieuse ¹.

La hiérarchie des pouvoirs établie, leurs attributions furent définies à leur tour, et, à cette occasion, les limites du pouvoir judiciaire furent tracées avec une précision minutieuse. En une brève formule l'article 5 du Code civil fixe le domaine judiciaire : « Il est défendu aux juges, dit ce texte, de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. » Telle est la barrière, l'obstacle matériel qui, en même temps qu'il interdit à la magistrature, des ambitions inopportunes, doit dissiper toutes les craintes et rassurer toutes les susceptibilités ².

Quant au danger de voir se produire, au moyen d'un certain exclusivisme dans les choix, une sorte d'esprit de caste, il est tout aussi chimérique : l'esprit de caste ne peut naître que de privilèges véritables, défendus par des garanties

1. Tel était l'avis des auteurs de la constitution américaine, qui estimaient que, des trois pouvoirs, le judiciaire serait nécessairement le plus faible « parce qu'il ne tient ni l'épée, ni la bourse ». Esmein, *op. cit.*, p. 354.

2. L'intervention de l'ancienne magistrature, dit M. de Noailles, était *préventive*, et, par suite, indiscrete et exagérée. Il n'en peut plus être ainsi aujourd'hui. Voir ci-dessus, p. 222.

réelles, telles que l'hérédité. D'ailleurs, l'adjonction d'éléments étrangers, pris dans les assemblées politiques et les facultés de droit, ainsi qu'il a été dit pour le Conseil supérieur; pris dans les facultés de droit et dans le barreau, comme on l'a indiqué pour les conseils du ressort, serait, contre cet abus, l'assurance la plus efficace.

L'événement, d'ailleurs, a confirmé ces appréciations. « La Cour de cassation étant souveraine en matière d'interprétation des lois, dit M. Dalloz, et ne relevant à cet égard d'aucun pouvoir supérieur, elle aurait pu arbitrairement étendre son domaine, c'est ce qu'elle n'a pas fait. Si, dans l'origine, elle a pu céder un moment à ce penchant naturel de tous les grands pouvoirs, elle s'est hâtée de rentrer dans les limites naturelles de son institution et, on peut dire aujourd'hui qu'elle reste en général en deçà, plutôt qu'elle ne s'étend au dehors de son domaine légal ¹. »

On aurait pu admettre que le conseil du ressort constitué, comme il a été dit, nommât directement aux postes vacants dans la magistrature du ressort, et ne fût pas seulement investi du droit de présentation au conseil supérieur, mais ce procédé aurait eu l'inconvénient de donner à la magistrature un caractère trop local, et de tenir plus de compte des convenances individuelles que des nécessités de service.

Les attributions du conseil du ressort devraient comprendre encore le droit de connaître au premier degré de toutes les réclamations que les magistrats pourraient avoir à élever, soit dans leur intérêt personnel, soit dans celui de l'administration judiciaire. Mais à la cour d'appel seule il appartiendrait d'élire ses présidents. La commission de 1871 était

1. Dalloz. Répertoire, v^o *Cassation*, § 3.

de cet avis, et estimait que les premiers présidents et présidents devaient être élus pour trois ans par leurs pairs.

L'organisation dont l'ensemble vient d'être esquissé est loin d'être une nouveauté : La royauté depuis Philippe le Bel a, à diverses reprises, remis soit au Grand conseil, soit au parlement, la nomination des officiers de justice, précisément pour se prémunir contre son propre arbitraire et les sollicitations des gens de Cour. Par sa grande ordonnance du mois de mars 1302, Philippe le Bel statua que les baillis seraient élus et institués par délibération du Grand conseil : *Elegantur et instituantur ex deliberatione nostri magni consilii*. Charles V defend aux conseillers, maîtres des requêtes, chambellans, etc., de lui demander, à part et en particulier, aucune place de bailli ou de sénéchal ou autres officiers de justice ; « mais, ordonne-t-il, ils nous le feront savoir, afin que sur ce, nous puissions avoir avis et connaissance des mérites des personnes qu'ils voudraient pourvoir à aucun des dits offices, et en parler sur ce aux gens du Grand conseil ; *car c'est notre intention de pourvoir aux offices et non pas aux personnes* ». Cette mesure n'ayant pas suffi à mettre les rois à l'abri des surprises, il en fut pris une plus efficace par un édit du mois de janvier 1404, ce fut d'attribuer aux parlements le choix des baillis et sénéchaux ¹.

1. Henrion de Pansey, t. I, p. 135.

CHAPITRE III

Réformes juridictionnelles

- I. Suppression des classes. — Identité de garanties due à tous les justiciables.
- II. Relations à établir entre les divers ordres de tribunaux. — Assimilation des juges de paix aux juges de première instance. — Justice familiale d'autrefois. — Point de vue différent aujourd'hui. — Utilité de l'assimilation précédente.
- III. Question du nombre des juges. — Du juge unique. — Nombre nécessaire au 1^{er} degré; au 2^o degré. — Réductions proposées. — Discussion de ces propositions.
- IV. Du ministère public. — Origines de cette magistrature. — Mercuriales. — Indépendance nécessaire. — Doit-il avoir le privilège exclusif d'exercer l'action publique? — Développement nécessaire de la procédure accusatoire, conforme aux mœurs des républiques. — Tendances nouvelles. — Garanties d'indépendance.

Les conditions générales d'organisation déterminées, il convient d'entrer dans le détail des réformes qui assureront au pouvoir judiciaire l'unité, l'harmonie, le bon fonctionnement.

I

A ces divers points de vue, la première modification de l'état actuel des choses, qui s'impose, est la suppression des classes dans chaque ordre de juridiction.

Rien n'est plus anormal au premier abord et plus choquant

que l'existence, entre magistrats des tribunaux de même degré, de classes laissant supposer une différence correspondante dans la valeur de la justice qu'ils distribuent.

Mais le principal vice de ce système est de maintenir le juge dans la dépendance étroite du pouvoir exécutif, et on ne saurait d'ailleurs lui trouver une autre explication : laisser au magistrat, comme au fonctionnaire de tout ordre, la préoccupation de faire son chemin, multiplier à cet effet les échelons dans la carrière, l'obliger ainsi à tout attendre du ministre, tel est bien l'esprit qui a présidé à toute l'organisation administrative de l'an VIII, et aux lois de 1810 sur l'organisation judiciaire. Ainsi l'on créera six classes de tribunaux de première instance et quatre classes de cours d'appel (depuis la loi de 1883, il n'y en a plus que quatre et deux, Paris compris). Pour franchir chacune d'elles, il sera nécessaire que le magistrat attire l'attention du gouvernement et se concilie sa bienveillance. « Le magistrat, écrivait M. Béranger en 1870, est obligé de s'adresser au ministre tous les quatre ou cinq ans, s'il ne veut pas voir son avenir injustement borné. »

Une telle conception est la méconnaissance la plus complète des conditions de la fonction judiciaire.

Son premier inconvénient est de tenir en éveil les ambitions, et de substituer trop fréquemment les préoccupations personnelles aux préoccupations professionnelles, qui devraient n'avoir pour objet constant que la science du droit et la justice. Il en résulte aussi un certain abaissement du caractère et de la dignité de la fonction qui, — ce qui est très grave, — déconsidère l'œuvre de la même justice, aux yeux des justiciables.

Une seconde conséquence est de détruire l'indépendance,

que n'assure plus un semblant d'inaltérabilité. On ne saurait trop insister sur l'importance de cette indépendance, et, aux considérations déjà exposées, il faut ajouter cette dernière, qu'elle est la caractéristique même du pouvoir judiciaire. Tandis que les fonctionnaires de tout rang, soumis au pouvoir exécutif, ont le devoir d'obéir aux ordres de leurs chefs, le plus humble des juges n'en doit recevoir de personne. C'est là ce qui pose nettement la limite de deux pouvoirs, exécutif et judiciaire ; qui marque leur hétérogénéité et ne saurait permettre leur confusion sous aucun rapport. La condition essentielle du judiciaire est l'indépendance pour assurer la justice ; l'exécutif a besoin, au contraire, de hiérarchie et de subordination pour assurer préventivement dans la société l'ordre et la règle.

Malesherbes constatait cette incompatibilité lorsqu'il écrivait : « Les qualités nécessaires pour remplir une charge de magistrature ne sont point celles qui conviennent à un administrateur, et il est rare qu'elles soient réunies. » (*Mémoires sur la librairie*.) Il fut, en effet, lui-même un grand magistrat et un des plus beaux caractères de notre histoire, mais un médiocre administrateur.

Et que l'on n'essaie pas d'établir de distinction entre le devoir de juger et d'autres obligations auxquelles, comme fonctionnaire, le juge serait astreint ; ces obligations on ne les voit, on ne les conçoit nulle part. D'ailleurs la liberté est ici une chose indivisible comme l'homme lui-même qui ne peut être subordonné sous certains rapports sans l'être totalement. Le juge ne doit être comptable que de ses actes délictueux ou contraires aux devoirs professionnels, et cela devant les juridictions répressives ou disciplinaires.

Mais l'indépendance vis-à-vis du pouvoir n'est pas la seule

garantie que le magistrat doit présenter; il convient d'y ajouter les lumières, la sagesse, l'expérience pratique et l'impartialité pour tous les justiciables, sans distinction d'aucune sorte. L'office du juge étant de distribuer une justice égale, elle doit être telle pour tous, sans acception de temps, de lieux, ni de personnes. Les intérêts du dernier et du plus pauvre des arrondissements de France exigent le même respect et la même sollicitude que ceux des contrées les plus riches et des cités les plus peuplées. On ne saurait donc comprendre que les premiers fussent moins bien partagés que les seconds au point de vue du personnel judiciaire, et que des jeunes gens inexpérimentés et insuffisamment rétribués fissent, aux dépens des uns, une éducation professionnelle dont bénéficieraient les autres.

Il faut bien, nous objectera-t-on, que le magistrat débute quelque part. A cela nous ferons deux réponses : la première c'est qu'il dépendrait d'une organisation bien faite d'assurer, par des épreuves, des stages, certains travaux préparatoires l'éducation professionnelle des futurs magistrats, avant leur entrée en fonction ; nous examinerons ce point avec plus de détails en nous occupant ci-après des conditions d'aptitude. La seconde, c'est qu'il conviendrait d'imiter sur ce point l'exemple de l'Angleterre qui, en dotant les charges judiciaires de traitements assez élevés, assure à la justice le concours des jurisconsultes les plus distingués par le savoir, l'expérience et l'honorabilité.

L'œuvre de la justice ayant partout la même portée morale et sociale, les distinctions de classe entre tribunaux et magistrats ne peuvent donc se concevoir.

II

Un second moyen de donner au corps judiciaire plus d'unité et d'homogénéité consisterait à établir, entre les divers ordres des tribunaux, des relations nécessaires, parfois même des assimilations de rang et de grade, qui feraient de leurs attributions, aujourd'hui distinctes, de simples modalités de la même fonction.

Le premier pas dans cette voie doit consister à élargir les attributions des justices de paix, et à les faire entrer dans le cadre de la magistrature ordinaire.

L'organisation actuelle, même améliorée par la loi du 12 juillet 1905, ne correspond plus à notre état social contemporain. OEuvre de l'Assemblée Constituante (décret du 16-24 août 1790), elle était destinée à d'autres hommes et à d'autres milieux. Sans doute, on risquerait bien des erreurs et des exagérations à juger la France d'alors par les descriptions, sentimentales à l'excès, des orateurs et des écrivains du temps ; mais on ne saurait soutenir que ces peintures fussent de tout point inexactes. Si l'on songe que la vie locale existait alors beaucoup plus qu'elle n'existe aujourd'hui, que les longs voyages étaient rares et les relations renfermées dans un cercle restreint, presque familial, on comprendra mieux la conception que se faisaient les constituants du juge de paix qu'ils créaient : « Magistrat populaire, disait Thouret, dont le « tribunal est l'autel de la Concorde, qui prononce vite et « sans frais, c'est un père au milieu de ses enfants. Il dit un « mot et les injustices se réparent, les divisions s'éteignent,

« les plaintes cessent ; ses soins constants assurent le bonheur
« de tous : voilà le juge de paix. »

Que nous sommes loin de cette idylle ? De nos jours les compétitions plus nombreuses et plus vives, les luttes pour la vie plus ardentes entre gens vivant moins ensemble et moins intéressés, par conséquent, à se ménager, s'accommoderaient mal d'une justice faite de bonhomie, et s'exerçant plus par la persuasion que par la contrainte. D'un autre côté, les intérêts économiques ont changé d'objet et de forme, sont devenus nombreux, compliqués, et si les litiges qu'ils soulèvent exigent encore plus qu'alors une justice prompte et peu coûteuse, ils supposent chez celui qui la rend un esprit avisé et sans faiblesse, des lumières générales sur toutes choses et des connaissances spéciales de droit et de jurisprudence. Certes, le champ de sa compétence tel qu'il était délimité par la loi du 25 mai 1838 et les lois antérieures et postérieures, jusqu'à celle du 12 juillet 1905 était déjà bien vaste ; il a été encore agrandi par cette dernière loi : non seulement le taux de la compétence du premier et du dernier ressort a été élevé, ce que les changements survenus dans la valeur de la monnaie et des choses rendaient indispensable, mais des matières nouvelles et délicates sont maintenant soumises à la décision des juges de paix. Les difficultés que soulèvent les actions possessoires, les actions préjudicielles, les exceptions, l'interprétation des règlements administratifs ne sont plus les seules ; un grand nombre de questions posées par la législation ouvrière, les lois sur les grèves, les syndicats professionnels, l'électorat municipal, les contestations nées à l'occasion de valeurs déclarées ou recommandées, de colis postaux, de vices rédhibitoires, de saisies foraines, d'autorisations de femmes mariées, etc., relèvent de la juridic-

tion cantonale qui touche de la sorte à presque tous les modes de l'activité économique et humaine.

A ces difficultés considérables, provenant de l'étendue même du domaine juridictionnel, s'en ajoute une, non moins grande, résultant de la constitution même du tribunal : Le juge de paix est un juge unique ; devant lui, point d'auxiliaire qui prépare la cause, qui élucide les questions de droit ; seul il doit démêler le vrai du faux, faire la lumière là où les plaideurs ont, volontairement ou non, jeté l'obscurité, connaître la loi à appliquer et la jurisprudence qu'il faut suivre, et cela loin de tout conseil, dans un chef-lieu de canton où il ne trouvera que les livres et les recueils qu'il y aura apportés lui-même. Enfin, seul il doit prendre la décision dont il sera responsable devant sa conscience, devant l'opinion publique, devant les juridictions supérieures. Est-il un juge des tribunaux de première instance ou d'appel dont la tâche soit aussi délicate et aussi ardue, suppose autant d'initiative, de ressources personnelles, de savoir et d'expérience professionnelle que celle qui incombe au juge de paix ? Et s'il en est ainsi, la solution ne s'impose-t-elle pas ? c'est qu'il faut que le juge de paix soit l'égal par le rang et la dignité du juge de première instance ; qu'il présente les mêmes garanties de mérite et de capacité spéciale, qu'en un mot il soit juge de première instance, et ceci renferme toute notre thèse :

Nous voudrions que les justices de paix fussent rattachées étroitement au tribunal de première instance dont elles relèvent, et que la qualité, la mission et les prérogatives de membre de ce tribunal appartenissent au magistrat cantonal, non point seulement *ad honorem*, mais d'une manière effective : le tribunal d'arrondissement se composerait d'un nom-

bre de juges égal au nombre des justices de paix qui en dépendent, augmenté des magistrats nécessaires en plus à la juridiction centrale de première instance. A des périodes déterminées, annuelles, bisannuelles ou triennales, ses membres seraient délégués soit au siège de première instance, soit à chacune des justices de paix de l'arrondissement, par voie d'un roulement auquel présiderait le conseil du ressort de la cour d'appel¹.

C'est vraiment dans leurs passages aux justices de paix, que les magistrats de première instance acquerraient les qualités essentielles du juge : d'abord l'esprit de conciliation dont la pratique constitue l'une des plus importantes fonctions de la justice de paix ; les habitudes de labeur assidu, d'initiative et de décision que supposent les multiples attributions énumérées ci-dessus. Enfin le juge de paix est chargé de la police judiciaire dans son canton, soit qu'il agisse de son initiative propre dans les cas déterminés par la loi, soit sur commission rogatoire ; là encore il trouve la meilleure préparation aux fonctions du parquet, à celles de juge d'instruction, de juge correctionnel ou de cour d'assises.

Cette organisation pourrait favoriser une autre combinaison fort utile au point de vue budgétaire ; elle consisterait à n'établir dans les tribunaux de première instance peu occupés, qu'un président et un seul juge chargé de l'instruction qui, à des périodes déterminées, siégerait au tribunal de

1. Le roulement est essentiel pour la constitution périodique des formations judiciaires dans chaque ordre de juridiction : Loin d'être une simple formalité d'ordre intérieur, il est une garantie essentielle et un principe fondamental de l'organisation judiciaire. Il faut que la juridiction soit constituée par un système impersonnel et, en quelque sorte, automatique, afin que l'on ne puisse pas dire que le personnel en a été choisi en vue d'une cause déterminée.

première instance avec le juge de paix du chef-lieu d'arrondissement et les magistrats appelés à tour de rôle des cantons voisins.

Bien d'autres avantages résulteraient de cette organisation : le juge du canton du domicile des parties plaidant en première instance pourrait encore être chargé des enquêtes, visites des lieux, des règlements d'ordre et distributions par contribution. On réaliserait ainsi pour les parties des économies considérables de frais et de déplacements¹.

Disons enfin que la désignation périodique du président du tribunal appartiendrait au corps entier des magistrats de l'arrondissement. L'innovation proposée serait sans doute considérable, chose grave dans notre pays où l'on n'aborde qu'avec circonspection, et où l'on ne réalise presque jamais les réformes d'une utilité indiscutable et qui n'ont rien d'aven-

1. Pour bien comprendre la portée et l'utilité de l'innovation proposée, il faut avoir vu naître les procès au lieu de leur origine et les avoir vus se dérouler ensuite devant les divers degrés de juridiction; d'une phase à l'autre, leur physionomie change de forme par la mauvaise foi et la ruse. L'élément essentiel qui leur fera le plus souvent défaut, c'est le milieu, c'est le caractère local, en un mot le cadre du débat. Et d'abord les parties elles-mêmes : tel homme, de mauvaise foi, difficile de caractère, voisin processif, aura su modifier son allure et paraître tout autre pour des juges étrangers. Quant au fond du différend, il est grossi, exagéré, dénaturé. Si le tribunal veut se rendre un compte exact de la réalité, il devra recourir à des enquêtes, à des expertises qui ne donneront peut-être que résultats approximatifs, les choses pouvant être avec le temps, préparées, truquées, les témoins circonvenus. Mais supposez au contraire le magistrat local intervenant dès le début, connaissant les parties et leurs caractères, pouvant se transporter sur les lieux et apprécier de *visu et de auditu*..., d'abord que de procès évités! — Supposez ensuite que ce magistrat (n'ayant, bien entendu, pas connu de l'affaire comme juge de paix) puisse être appelé à faire partie du tribunal statuant sur le fond, combien de situations éclairées, de doutes écartés, de difficultés aplanies! Quel concours précieux et désintéressé! — On le voit, si le point de vue ancien, consistant à faire du juge local un juge paternel et conciliateur, a perdu aujourd'hui de sa valeur et de sa raison d'être, le point de vue nouveau a une importance non moins pratique.

tureux, mais elle ne serait pas aussi inédite que l'on pourrait le croire : l'ordonnance d'Orléans de 1661, rédigée sous l'inspiration du chancelier L'Hospital, décidait que les tribunaux inférieurs, prévôtés, viguerie, etc., seraient supprimés dans les villes possédant des bailliages et sénéchaussées, assimilant ainsi, en quelque sorte, les magistrats des deux ordres de juridiction ¹.

Quoi qu'il en soit, cette réforme supposerait une mesure préalable, la réorganisation des justices de paix. Ce préliminaire a été tenté et si le projet présenté au parlement par l'honorable M. Cruppi eût été voté, il eût déjà constitué par lui-même une réforme des plus considérables et des plus utiles. Mais il échoua par les raisons qui viennent d'être dites, ou plutôt, il n'aboutit qu'à une réforme tronquée, à cette loi du 12 juillet 1905 qui, contrairement à la logique et aux vues de son promoteur, augmente la compétence des juges de paix sans s'assurer au préalable leur valeur professionnelle, par de sérieuses garanties de recrutement et d'indépendance ².

1. Cette réforme, proposée par nous dans notre 1^{re} édition (1895) a été depuis reprise par d'autres auteurs, et a même fait l'objet d'une proposition de loi.

2. Ce ne fut que pour aboutir sans délai, que M. Cruppi invita la chambre à voter le projet du sénat supprimant les garanties de capacité et d'indépendance que la chambre avait admises. Mais l'honorable rapporteur laissait deviner ses regrets dans un rapport déposé à la séance de la chambre du 4 décembre 1899 ; il s'exprimait ainsi : « Nous ne pouvons cependant laisser subsister une législation qui permet de nommer le premier venu, sans titres et sans garanties, à des fonctions qui intéressent déjà, et intéresseront plus encore demain (avec l'extension de compétence proposée), tous les justiciables français. » On trouve l'expression des mêmes regrets dans la proposition de M. le député Flandin demandant à la chambre d'inviter le gouvernement à n'user qu'exceptionnellement de la faculté d'appeler aux fonctions de juges de paix des candidats ne justifiant pas de connaissances juridiques suffisantes.

Ainsi, par cet ensemble de réformes, serait réalisée cette homogénéité du corps judiciaire qui, sans détruire la hiérarchie, établirait cependant entre les magistrats de tous les ordres une égalité dans la dignité, tenant à la nature même de la fonction, et, de ce même fait, deux autres résultats considérables seraient obtenus : l'unité de jurisprudence et l'activité du rôle.

L'activité du rôle !... tel est en effet le but à poursuivre pour éviter, comme le disait le député Dandré, que *le juge ne se fasse une routine de sa fonction*. Or, la nécessité de pourvoir, dans les conditions que nous venons de décrire, au service des justices de paix, réaliserait déjà en très grande partie ce *désideratum*, à la condition toutefois que chaque magistrat y serait astreint et que nul ne pourrait s'y soustraire. Du reste, les divers modes de l'activité judiciaire présenteraient, sous la même condition, des moyens nombreux pour atteindre le même but : que, par exemple, le service de l'instruction et celui des ordres, dans un tribunal de première instance, soient attribués à des magistrats différents¹ ; que ces missions, ainsi que celles qui ont pour objet les distributions par contribution, les enquêtes, les présidences des jurys d'expropriation, soient l'objet d'un roulement périodique, ne souffrant que des exceptions accidentelles, de

1. En ce qui concerne l'instruction, le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et la loi du 27 ventôse an VIII édictaient une semblable mesure. Ces lois décidaient que, dans les tribunaux civils d'arrondissement, le service de l'instruction serait, tous les six mois, confié à un nouveau magistrat du tribunal. Nous ne sommes pas partisan de la spécialisation du service, qui pourrait créer ce qu'on a appelé avec une grande exagération : « la déformation professionnelle ». Il y a dans toutes les œuvres de la justice une solidarité telle que celui qui y concourt doit, dans chacune d'elles, apporter le même esprit de mesure et d'exactitude.

force majeure et d'une durée limitée par la loi ; que dans les cours d'appel, chaque conseiller soit tenu de présider à tour de rôle les assises du ressort, sans exception possible, si ce n'est dans les termes ci-dessus ; l'activité de la fonction judiciaire ne le cédera en aucun autre, et chaque magistrat sera tenu de justifier le rang qu'il occupe par son labeur et sa capacité.

L'uniformité dans les décisions est un résultat non moins désirable, car rien n'est plus contraire à l'autorité de la justice et à l'efficacité même de son œuvre que des divergences trop grandes et trop fréquentes dans la jurisprudence. On l'obtiendra, comme nous venons de le dire, par l'homogénéité du corps judiciaire, par l'ordre dans la hiérarchie et la régularité établie dans les mouvements du personnel.

III

A cette question des divers modes de l'activité judiciaire se rattache celle du nombre des juges nécessaires aux audiences de chaque juridiction. Cette question est, on peut le dire, à l'ordre du jour puisqu'elle a fait l'objet de plusieurs projets de loi. Son importance capitale par l'influence qu'elle aurait sur les destinées mêmes, heureuses ou néfastes, de la justice, mérite le plus sérieux examen, et exige un large développement.

Elle s'est posée même pour les tribunaux de première instance que certains voudraient doter du « juge unique », et pour les cours d'appel où l'on propose de réduire à trois le nombre des magistrats nécessaires à l'examen des causes et à la validité des arrêts.

Les textes qui régissent actuellement la matière sont les articles 1^{er} et 4 de la loi du 30 août 1903. Le premier décide que les arrêts des cours d'appel seront rendus par cinq juges au moins, président compris ; le second, que les jugements des tribunaux de 1^{re} instance seront rendus par trois juges au moins. Cette loi a constitué un premier pas dans la diminution du nombre des juges nécessaires aux jugements et arrêts. Les lois antérieures fixaient ce nombre, pour la Cour de cassation (ordonnance du 15 janvier 1825, art. 3), à onze membres au moins, pour les cours d'appel (loi du 27 ventôse, an VIII), à sept au moins, et pour les tribunaux de première instance (décret du 18 août 1810, art. 6) à trois au moins.

L'idée générale qui domine la théorie du « juge unique », pour les tribunaux de première instance, est qu'il importe avant tout de concentrer le plus possible les responsabilités, et de ne pas les éparpiller sur un certain nombre de têtes : un seul magistrat chargé de connaître d'une affaire, de l'instruire et de la juger, y apportera plus de soins, plus de réflexion que ne le ferait chacun des juges composant un même tribunal.

Avec la pluralité des juges chaque magistrat s'en remet aux lumières des autres. Il n'a qu'une opinion à demi formée, mais voyant qu'elle se rapproche de celle de ses collègues, il pense qu'elle est aussi la plus voisine de la raison et de la justice, puisqu'elle apparaît telle à la majorité. En sorte que personne n'approfondit l'affaire ; on se contente d'une apparence souvent trompeuse et que l'on reconnaîtrait fausse si l'on y regardait de plus près. La confiance que l'on a dans les lumières et la raison de ses collègues est un oreiller commode sur lequel la conscience repose en paix. Et si, après avoir considéré cette responsabilité que l'on peut appe-

ler du for intérieur, on examine celle du for extérieur, c'est-à-dire la responsabilité devant l'opinion publique ou devant les chefs, il est évident qu'elle pèse bien peu de chose avec la pluralité des magistrats.

Qu'est-ce, en effet, qu'un jugement rendu par trois, quatre, cinq ou un plus grand nombre de juges ? C'est une œuvre absolument impersonnelle. La majorité qui a rendu la décision, est un être de raison tout à fait indépendant de la personne des juges. Ce n'est pas de Messieurs tels ou tels qu'elle émane, non, c'est du tribunal ou de la cour qui ont prononcé, à la majorité des suffrages. Qu'importe donc ce qu'en pensera l'opinion dont, d'ailleurs, la justice ne doit pas se préoccuper, puisque cette opinion ne peut nominativement désigner personne soit au blâme, soit à l'éloge. Et quel est également le chef qui aura le droit de demander compte à l'un des membres d'un tribunal, d'une faute lourde commise dans une décision judiciaire soit par collusion, soit par ignorance ? Il faudrait, pour cela, qu'il fît ce qui lui est formellement interdit, qu'il pénétrât le secret des délibérations. Le chef qui provoquerait ou seulement recevrait une pareille confiance, commettrait une transgression coupable. Donc, pas de contrôle possible, nous ne disons pas au point de vue de la décision, qui doit être libre et indépendante, mais au point de vue de la capacité et de l'intégrité du magistrat, où il serait utile et même indispensable.

Ce contrôle est facile, avec le juge unique, d'autant que rien n'est plus propre à faire apprécier un homme qu'un jugement qui est son œuvre absolument personnelle. On peut reconnaître là, en effet, l'esprit profond ou superficiel, confus ou net et méthodique, savant ou ignorant. Voyez deux ou trois décisions d'un magistrat unique, et vous aurez une

très juste mesure de sa valeur intellectuelle. Ce qui se passe pour les justices de paix, disent les partisans de cette thèse, vient donner à notre affirmation la consécration de l'expérience faite. Il est peu de fonctionnaires dont les chefs connaissent plus exactement le degré d'aptitude.

L'absence de responsabilité conduit bientôt à l'indifférence et même au dégoût de sa profession que le magistrat finit par considérer comme une charge, comme une sorte de servitude personnelle qui l'astreint à passer quelques heures assez ennuyeuses par semaine, moyennant quoi, il est libre de se livrer complètement à sa fantaisie, tout en percevant ses appointements. Il cultivera ses terres s'il aime l'agriculture, il s'adonnera aux arts et à la littérature, s'il a des goûts artistiques ou littéraires, il ne fera rien du tout, si son tempérament lui fait trouver l'oisiveté la plus douce des choses. Et qu'on ne lui en fasse pas un reproche ; c'est l'effet ordinaire de l'irresponsabilité. Il est si facile de penser que ses collègues auront étudié « la question » et, dès lors que leur opinion ne s'écarte pas de trop de ce que semble indiquer le bon sens vulgaire, on s'y range. Au surplus les avocats plaident, le ministère public conclut, et l'on voit suffisamment à l'audience ce dont il s'agit. Pourvu que l'on soit à même de donner un avis plus ou moins vague, cela suffit, puisque l'on n'a pas à rédiger le jugement et à mettre sa pensée sous une forme précise.

Ainsi tout le travail du juge consiste à prêter une certaine attention. Dans cette sorte de passivité continuelle, l'esprit le plus actif perd, presque fatalement, toute énergie et toute puissance. Il en est, à ce point de vue, des facultés intellectuelles, comme des organes du corps. Placez ces derniers dans des conditions telles qu'ils n'aient absolument aucun

effort à faire, aucune initiative à prendre, ils perdront toute vigueur et finiront par s'atrophier. Les facultés de l'âme ne s'exerçant pas s'affaiblissent également.

Celui qui n'a pas à penser, par lui-même, mais à écouter les conceptions d'autrui, se déshabitue de penser. A ce point de vue le rôle du juge et celui de l'avocat ont des résultats absolument contraires, au point de vue de la physiologie intellectuelle. Autant le rôle du premier doit rendre son esprit paresseux, autant celui du second doit donner au sien du ressort et du nerf.

Mais, dira-t-on, en dehors de ses occupations professionnelles, le juge peut travailler, exercer son intelligence, soit dans la science du droit, soit dans toute autre, et donner les fruits de son expérience. Sans doute, mais il le fera rarement, parce que l'activité humaine veut avant tout un but, et n'aime pas à s'exercer dans le vide. Il faut que le travail ait un stimulant, soit la nécessité, le devoir ou le sentiment de la responsabilité. Sans cela il traîne, il se diffère et porte en lui la trace d'une conception alanguie et diffuse. Voyez d'ailleurs quels sont les hommes qui produisent les plus nombreux et les plus grands travaux. Ce ne sont pas en général ceux qui ont des loisirs, oh non ! Ce sont au contraire ceux qui ont à suffire aux labeurs du professorat, ou d'une carrière tout aussi militante. Leur esprit mis en mouvement et pour ainsi dire entraîné par une activité continuelle, sent les idées naître, surgir subitement, avec une abondance toujours nouvelle. L'œuvre est chaude et vigoureuse et ne ressemble en rien aux froides et pâles compilations, fruit d'un travail sans but, sans mobile, sans excitant. Nous ne voulons pas dire qu'il n'existe nombre d'œuvres excellentes sorties de la plume des magistrats du siège ; il y en a, certai-

nement, et des meilleures, mais dans une proportion minime, eu égard au nombre de ces magistrats, parmi lesquels se trouvent beaucoup d'esprit d'élite. Ces œuvres sont d'autant plus méritoires, que la profession de leurs auteurs n'a rien, nous le répétons, qui excite, ou même qui encourage au travail.

La pluralité des juges entraîne un autre inconvénient qu'on aurait beaucoup plus de chance d'éviter avec des tribunaux qui ne seraient composés que d'un seul magistrat. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le plus minutieux examen et le plus grand discernement devraient être apportés dans les choix. La responsabilité serait lourde, et tel qui n'hésiterait pas aujourd'hui à prendre place dans un siège de juge ou de conseiller, reculerait devant les difficultés d'une tâche éminemment propre à faire ressortir son insuffisance. Alors, en effet, pas d'effacement, pas de dissimulation possibles. Ainsi, ce qu'est aujourd'hui obligé de faire le président d'un tribunal, le juge unique se verrait obligé de payer de sa personne et plus encore : à lui la direction des débats ; à lui seul l'étude de l'affaire et la décision à prendre ; à lui le prononcé en public du jugement qu'il aura à motiver en termes clairs, nets et précis ; à lui enfin la rédaction. Il est évident que le juge devra, non seulement être capable de remplir ces lourds devoirs, mais encore, présenter les ressources intellectuelles nécessaires pour faire face à tous les incidents imprévus de l'audience. Un gouvernement, quel qu'il soit, n'oserait nommer le premier venu dans un poste aussi en lumière, et pour remplir un rôle aussi délicat et aussi périlleux.

En est-il de même en l'état actuel des choses ? Les gouvernements qui se sont succédé n'ont-ils jamais confié les

fonctions judiciaires à des hommes peu dignes de les occuper ? Hâtons-nous de dire que cela n'a été que l'exception et qu'en général, le personnel de la magistrature est à la hauteur de sa mission. Mais de même qu'il serait injuste de ne pas lui rendre ce témoignage, de même il serait puéril de nier que l'abus signalé ne se soit produit. Que devient, dans ces cas-là, l'argument le plus fort de la doctrine contraire, c'est-à-dire la nécessité d'une délibération éclairée ? Supposons — et nous avons le droit de le faire, puisqu'en définitive le cas pourrait se présenter avec l'organisation actuelle, — supposons que les deux juges qui, avec le président suffisent à composer le tribunal, n'aient eu d'autres titres à leur élévation que la faveur d'un ami puissant, ou encore, qu'ils la doivent à des considérations d'ordre purement politique. De deux choses l'une : ou ces magistrats seront des hommes sans volonté et sans initiative ; ou ils voudront, au contraire, avoir un avis et le faire prévaloir. Dans la première hypothèse — et c'est celle qui présente le moins de dangers — il n'y aura, en réalité, qu'un seul juge, le président, à qui la décision appartiendra tout entière ; les autres membres du tribunal seront là pour la forme et, pour ainsi dire, comme des comparses. Alors que devient la dignité de la justice ? Par le fait on se trouve ramené à la solution du juge unique, moins les avantages qu'elle présente. En effet, le juge unique qui a, dans l'espèce, toute la décision, n'a pas la plénitude de la responsabilité. Il n'en a même qu'une faible part, puisqu'après tout il peut se dire que si son avis prévaut le plus souvent, c'est que ses collègues l'adoptent comme étant le meilleur, et en acceptent toutes les conséquences.

Dans la seconde hypothèse, ce sera alors l'intérêt de la

justice qui sera sacrifié au caprice, à l'ignorance présomptueuse et opiniâtre qui voudra, coûte que coûte, faire prévaloir l'avis qui lui paraîtra préférable.

Le système de l'unité de juge, obligeant le magistrat à faire ses preuves à chaque instant, ne permettrait pas que l'on introduisît des choix semblables dans les rangs de la magistrature, et fermerait, au moins dans une certaine mesure, la porte au népotisme et à la brigue politique. Bien plus, il faut reconnaître que dans les tribunaux, même les plus éclairés, généralement l'opinion d'un seul est prépondérante. C'est, le plus souvent, le président qui par l'ascendant naturel de sa situation, par une plus exacte connaissance de la cause, par plus de savoir et d'activité d'esprit, fait pencher la balance de son côté. Que gagne-t-on alors à la pluralité des juges ? Absolument rien. On y perd beaucoup au contraire en prolongeant les débats et en disséminant les responsabilités.

Mais, dira-t-on, un seul peut se tromper, peut voir les choses à un point de vue faux ; qui pourra alors rectifier l'erreur et faire reconnaître la vérité ? On répondra, l'erreur est moins à craindre de la part d'un seul juge qui examine une affaire à fond et avec compétence, comme l'y engagera le sentiment de sa responsabilité, que de la part de plusieurs qui n'en verront que la surface, par les causes que nous avons déjà déduites.

Telles sont les raisons que l'on fait valoir en faveur de la thèse de l'unité du juge, auxquelles nous avons essayé de donner toute leur valeur.

A ce système, nous répondrons d'abord par deux observations d'ensemble : la première, c'est que l'organisation actuelle a donné des résultats généraux satisfaisants ; que la

justice est rendue en France, il faut le reconnaître, de la manière la plus conforme aux principes du droit et de l'équité. Or, disons-le, il faut être bien sûr de l'excellence et de l'efficacité d'une réforme, pour la substituer à une institution déjà éprouvée et qui répond aux besoins pour lesquels elle a été établie. « Il y a grand doute, pense Montaigne, s'il se peut trouver si évident profit au changement d'une loi reçue, telle qu'elle soit, qu'il y a de mal à la remuer : d'autant qu'une police, c'est *comme un bastiment de diverses pièces jointes ensemble d'une telle liaison, qu'il est impossible d'en esbranler la moindre que tout le corps ne s'en sente* ¹. » Voilà une maxime dont bien des réformateurs ne sont pas suffisamment pénétrés. Les partisans de l'unité de juge oseraient-ils affirmer que leur système offrirait les mêmes avantages que ce qui existe, et ne présenterait point, une fois mis en pratique, des inconvénients importants et multiples ?

Notre deuxième observation, c'est que la plupart des objections que l'on oppose ne sont pas essentielles au principe de la pluralité des juges, et bon nombre des imperfections indiquées pourraient être évitées par tout autre moyen que la réduction à un seul du nombre des magistrats devant composer un tribunal. La suite de cette étude fera ressortir l'exactitude de cette observation.

L'une de ces objections, cependant, semble viser plus directement le principe de la pluralité des juges, c'est celle qui a pour objet la trop grande division de la responsabilité soit morale, soit hiérarchique. L'argument sera exact, si l'on veut supposer une magistrature absolument composée d'hommes ignorants ou oublieux de leurs devoirs. Dans le cas con-

1. Montaigne, édit. Jouaust, 1873, t. I, page 107.

traire, le juge saura que, bien qu'il ne soit pas seul à rendre une décision, il doit cependant en accepter toute la responsabilité; que cette responsabilité pèse entière, non seulement sur tout le tribunal, mais encore sur chacun de ses membres et l'on pourrait en dire comme de l'hypothèque : « *Est tota in toto, et tota in qualibet parte* »; qu'il est moralement coupable de toute erreur commise par ses collègues, si, lui-même peut avoir quelque négligence à se reprocher et s'il n'a pas apporté, dans l'examen de l'affaire qui lui est soumise, toute l'étude et toute l'attention qu'il y eût apportées s'il se fût trouvé seul juge. La magistrature, moins que tout autre corps, ne saurait se passer de qualités et de vertus professionnelles; rien ne saurait les remplacer et parer aux inconvénients de toute nature et de toute gravité qui résulteraient de leur absence. Il faut donc, très certainement, que le magistrat ait ces qualités et ces vertus. La recherche des moyens les plus propres à les découvrir, à les faire naître, à les maintenir, n'a rien de commun avec la question du nombre des magistrats, et en est même tout à fait indépendante.

Si nous nous plaçons au point de vue de la surveillance hiérarchique et de l'appréciation qui doit être facilitée aux chefs, de la valeur de leurs subordonnés, l'opinion contraire n'est pas plus fondée. Nous dirons d'abord qu'il serait essentiellement mauvais de vouloir donner, pour base à cette appréciation, les décisions judiciaires elles-mêmes prises soit séparément, soit dans leur ensemble. Ce serait enlever à la justice son autorité et son indépendance. Le juge surveillé se sentira amoindri. Sachant que sa sentence sera contrôlée, il ne la rendra qu'en tremblant, et sans cette sûreté et cette liberté d'esprit qui en garantissent, à la fois, l'équité

et le respect. Le jugement reflétera ses hésitations, tandis que le magistrat, sur son siège, ne devrait avoir qu'une seule préoccupation, la justice, en qui se résume l'application des principes de la loi et de l'équité. Il doit laisser l'homme à la porte de son prétoire, c'est-à-dire, non seulement les acceptions de personnes en ce qui touche les plaideurs, mais encore les soucis de sa carrière et de son avenir.

Et d'ailleurs, à notre tour, ne pourrions-nous pas supposer le pire de ce qui peut arriver? Ne pourrions-nous pas supposer une autorité sans scrupules, voulant imposer ses volontés à ceux mêmes qui ne doivent relever, dans l'accomplissement de leur ministère, que de Dieu et de leur conscience? Ne pourrions-nous pas également supposer des hommes assez faibles ou assez pervers pour se laisser imposer ou pour accepter, de plein gré, de honteux compromis? Et si la première partie de notre supposition se réalisait, la deuxième ne se réaliserait-elle pas très certainement? Cette autorité ne ferait-elle pas en sorte d'écarter les caractères indépendants et fermes, pour n'avoir que des agents à sa dévotion? Oh! sans doute, il serait beau, alors, de voir le juge seul, résister aux sollicitations ou aux menaces du pouvoir, mais toute sa consolation serait de tomber glorieusement et en laissant le fortifiant exemple du devoir noblement et courageusement accompli. Faudrait-il, à côté de cela, compter les défaillances de caractère? Hélas! elles se rencontrent partout où il y a à compter avec l'humanité.

Le régime de la pluralité présente à cet inconvénient, sinon un empêchement absolu, du moins un obstacle très sérieux. La personne du juge est protégée par l'impersonnalité de sa décision et par le secret qui doit envelopper les

délibérations. On ne pourra plus lui faire un reproche direct et personnel à propos de tel jugement qui pourrait paraître déplaisant à l'autorité, ou, ce qui n'est pas toujours la même chose, contraire à la justice et au droit.

Que restera-t-il alors pour juger de la valeur intellectuelle et morale du fonctionnaire ? Il restera, ce qui est suffisant, l'ensemble général de sa conduite, sa réputation de science, de droiture d'esprit, d'intégrité. Voilà les seuls éléments qui doivent entrer en ligne de compte et non le fait, ou l'acte, ou la décision isolés. Il n'est pas besoin d'une longue expérience pour être convaincu de la sûreté de ce mode d'investigation. Tout homme appelé à jouer un certain rôle est bientôt coté et estimé, non seulement par ceux qui ont, sur lui, droit et obligation de contrôle, mais encore par ses pairs et ses collègues. On ne sait peut-être pas ce qu'il a fait dans tel cas particulier, mais ce qu'il a dû faire, étant donné la force de son esprit et sa ligne générale de conduite.

Ce moyen est sûr, nous ajoutons qu'il est légitime. Si le pouvoir n'a pas le droit de se préoccuper d'un acte à part, de contrôler une décision particulière du juge, il a incontestablement le devoir d'exiger de lui l'accomplissement des devoirs généraux et de demander compte de son attitude habituelle à celui qui juge et prononce en son nom.

Par les mêmes raisons, la pluralité des juges affranchit un tribunal de la pression de l'opinion publique dont il ne doit pas s'occuper. Il faut qu'il soit également insensible aux approbations ou au murmure des foules : « Il y a aucuns juges, disait le chancelier d'Aguesseau au parlement de Rouen dans une circonstance solennelle, il y a aucuns juges qui craignent la réputation et opinion du peuple, disant » si

« je juge autrement qu'au désir du peuple, que dira le peuple ? » Il est écrit dans l'Exode : *Judicio non sequeris turbam, neque plurimorum sentientiæ acquiesces ut a vero devies.* »

Tel doit être le juge : indépendant dans ses jugements du peuple et du pouvoir ; telle est la seule garantie d'une bonne justice qui disparaîtrait si l'on supprimait la pluralité des magistrats à l'audience.

Avec le système de la pluralité, ce ne sera point seulement l'impersonnalité du jugement qui assurera l'intégrité du juge, ce sera encore le nombre lui-même : par hasard malheureux, un homme indigne du titre de magistrat s'est introduit dans une compagnie judiciaire ; c'est, par exemple, un homme vénal, accessible à la corruption, quel danger ne fera-t-il pas courir à la justice, s'il a seul entre les mains les destinées des plaideurs ? Ici à l'appui de notre sentiment nous trouvons la grande autorité de Montesquieu¹. « On voit dans l'histoire romaine, dit-il, à quel point un magistrat unique peut abuser de son pouvoir », et l'auteur rappelle, d'après Tite-Live, la décision inique que la passion dicta à Appius investi sur son tribunal d'une autorité sans limites.

A cela M. Cruppi répond par cette réflexion un peu sceptique que « si Appius avait eu des assesseurs, ceux-ci, on peut le craindre, auraient opiné du bonnet et trouvé de grands torts à la fille de Virginius² ».

Nous ne pouvons partager l'avis de l'éminent magistrat.

Oh ! certainement l'abus qu'il signale existe, mais il n'est pas aussi fréquent qu'il le croit, et s'il se produit trop souvent encore, cela tient au vice de l'organisation judiciaire

1. Livre VI, chap. IX. *Du magistrat unique.*

2. Cruppi. *La Cour d'assises de la Seine.*

et à l'absence de garanties suffisantes dans le recrutement du personnel. Le jour où les nominations ne seraient plus livrées à l'arbitraire, on ne rencontrerait pas de juges indifférents à leur fonction, ou incapables de la remplir, s'en remettant, par conséquent, à celui qui en impose le plus par son rang ou son caractère. Mais même en l'état actuel des choses, nous pensons qu'Appius eût difficilement rencontré des assesseurs, qui, comme juges, égaux en pouvoir avec lui, eussent consenti à se faire les complices d'un crime que l'omnipotence d'un seul rendait possible. Il faut donc bien reconnaître que rien n'est plus redoutable que l'autorité du juge unique, que l'on considère en effet quel immense pouvoir vous remettez entre ses mains ! Seul il peut disposer de l'honneur, de la liberté et de la fortune des citoyens et cela, sinon sans appel, du moins sans responsabilité personnelle, sans qu'on puisse le rechercher à raison de sa décision. Il est inamovible, il a tous les attributs de la souveraineté. Son âme, quelque trempée qu'elle soit, résistera-t-elle aux enivrements d'une pareille puissance ? Résistera-t-elle aux suggestions perfides de la flatterie, qui s'empressera de toutes parts ? Quelle faible barrière sera pour lui une loi dont il sera le seul interprète ! Qui peut dire qu'il ne finira pas par se persuader que la loi c'est son bon plaisir ? Et alors ce ne sera plus le droit, qui fera pencher la balance, mais la faveur ou l'intérêt ou l'ambition, ou la passion d'un Appius.

Mais admettons un instant que l'hypothèse précédente soit chimérique, ou du moins, tellement rare qu'elle ne puisse pas présenter un danger sérieux. Supposons, simplement, un caractère faible, n'ayant pas l'énergie suffisante pour résister à une pression de quelque côté qu'elle vienne, que de concessions ne lui seront pas arrachées ? Que de sophis-

mes ingénieux ne trouvera-t-il pas, ou ne lui seront pas suggérés pour calmer les scrupules de sa conscience? L'homme isolé, abandonné à ses seules ressources est moins fort et moins courageux que lorsqu'il est soutenu par ses semblables. C'est là une vérité d'expérience, exacte dans le domaine des faits matériels, comme dans l'ordre des faits moraux et métaphysiques. Cette responsabilité que l'on veut concentrer sera peut-être bien lourde pour une seule tête; êtes-vous bien sûr qu'elle ne fléchira pas? Et si la passion populaire, si la main du pouvoir, si même l'intérêt personnel viennent solliciter le magistrat unique, pense-t-on qu'il trouvera, en lui seul, assez de fermeté pour ne pas dévier du droit chemin. N'a-t-on, hélas! jamais vu, non seulement des tribunaux mais des assemblées, se laisser dicter des lois? Et, pareilles occasions se représentant, serait-ce trop de trois, de quatre ou d'un plus grand nombre de consciences fortes, pour résister à de pareils assauts¹.

1. Nous trouvons dans une intéressante brochure de M. Louis de Lamy, juge à Nérac, sur la réforme des justices de paix, la suggestive anecdote suivante : Un juge de paix fut saisi comme juge de simple police d'une contravention dressée par un garde champêtre sur la plainte d'un député maire, influent par conséquent, d'un chef-lieu de canton. La contravention lui parut peu fondée. Mais pour être mieux fixé, il consulta un juge de ses amis et le procureur de la République de l'arrondissement; ces deux magistrats furent d'avis que la contravention n'existait pas. Cependant le maire-député insistait; de son côté le juge de paix atermoyait par tous les moyens possibles; mais il fallut bien finir par juger. Quelques jours plus tard le juge de paix revit les deux magistrats de première instance. — Eh bien! lui dirent-ils, et votre affaire? — J'ai jugé. — Vous avez prononcé la relaxe? — Non, je vous ai laissé ce soin, car vous me reformerez. — Comment, vous auriez condamné alors que vous étiez d'accord avec nous que la contravention n'existait pas? — Eh! oui, j'ai eu cette faiblesse, *parce que j'étais seul, tandis que vous serez trois pour me redresser*, et supporter, en bloc, la colère de notre maire-député.

Quand bien même l'âme du juge serait assez forte, sa conscience assez droite pour résister aux suggestions mauvaises d'un pouvoir aussi étendu, il est un autre écueil, et celui-là sera inévitable : s'il est vrai que la moyenne des hommes ait ce qu'on appelle le sens droit, ou le sens commun, il ne l'est pas moins que chacun de nous a, avec lui, un certain bagage d'idées fausses, un certain nombre de vues inexactes, résultat, avant tout, de l'infirmité humaine, puis de l'éducation, des préjugés, de l'influence des milieux, des goûts ou des passions. Bien plus, notre manière d'envisager les choses est influencée par la « disposition d'esprit » du moment, disposition essentiellement changeante et dont l'action se fait plus ou moins sentir suivant le tempérament de chacun. Ces deux causes, sont la source de toutes les erreurs humaines. Comment les évitera-t-on, si l'on n'a qu'un seul juge ? Qui corrigera sa manière de voir inexacte ? Quelle raison servira de contrepoids à la sienne un moment déviée ?

Et encore ne supposons-nous pas un esprit naturellement faux, comme il en existe, comme il s'en rencontrera nécessairement. Voilà donc à quels hasards on livrerait les plus hauts, les plus précieux intérêts des citoyens, leur honneur et leur fortune ? Cela peut-il paraître admissible quand on songe à la complexité et à l'importance des questions qui se présentent devant les tribunaux ! Et dans les procès de cette espèce, est-ce que l'on ne voit pas les hommes les plus droits, les plus judicieux, les plus éclairés laisser échapper certains faits ou certains détails importants dont l'absence modifie la physionomie de l'affaire ? N'est-il pas alors utile que le juge ait à côté de lui des collègues pour lui dire : « Prenez garde, vous ne tenez pas compte de tel acte au

procès, de telle circonstance de la cause, de tel argument produit ! »

Enfin dans les questions délicates, douteuses, controversables, est-ce que la discussion n'est pas indispensable ? Est-ce qu'il n'en surgit pas, le plus souvent, la raison décisive qui eût peut-être échappé à l'examen d'un seul ? Est-ce qu'elle n'est pas, d'ailleurs, exigée et pratiquée dans toutes les branches où s'exerce l'activité humaine ? Partout des réunions, des assemblées, des conseils pour chaque affaire importante, pour tout résultat à chercher et à atteindre. Et cette discussion reconnue, ailleurs, comme la seule et indispensable garantie d'une bonne et sûre décision, serait bannie des sujets qui exigent le plus de sagesse et de maturité ! Pense-t-on qu'aussitôt qu'il a revêtu le caractère et les insignes du magistrat, l'homme ait acquis, par là même, cette plénitude de science qui n'ignore rien ? A cette condition seulement la solution du juge unique pourrait paraître acceptable. Mais hélas ! l'esprit de l'homme ne voit, au dehors de lui-même, que par d'étroites échappées, et ses facultés limitées ne peuvent ni tout saisir ni tout connaître.

Du reste, ici encore la pratique confirme la théorie. Il suffit d'avoir pris part aux délibérations judiciaires pour savoir qu'il est peu de litiges tranchés à l'unanimité des avis. Presque toujours les opinions sont divergentes et soulèvent des discussions parfois longues et vives. Aucun juge ou juré ne nous démentira et l'expérience vaut bien qu'on la consulte.

Mais, s'il en est ainsi, livrer une cause à un seul magistrat c'est purement et simplement la livrer au hasard, au sort des dés comme disait Rabelais : suivant en effet la désignation du juge, la solution sera différente. Or, nous le deman-

dons, un pareil résultat serait-il un progrès ? Réaliserait-il une amélioration ? C'est le contraire qui est la vérité ; ce serait un pas en arrière dans la bonne administration de la justice, et non de peu d'importance.

Sans doute, lorsque la majorité est d'une seule voix, cette voix, à elle seule, fait la décision, mais le cas sera assez rare et le sera d'autant plus que le nombre des juges sera plus grand. Mais même dans le cas où une seule voix fait la majorité il y a plus de garantie parce qu'une discussion a été possible et, qu'étant donné la difficulté de la question, c'est une bonne raison qui a déterminé la majorité. Bien souvent dans ces délibérations, des opinions se sont modifiées ou ont changé du tout au tout, et, lorsqu'il en a été ainsi, on a une œuvre de raison, pas infallible, sans doute, mais toujours préférable à une œuvre de hasard.

Ce serait faire œuvre inutile et puérile que de démontrer qu'aucun homme ne peut posséder la vérité absolue ; les axiomes ne se démontrent pas. Que faire donc pour s'en rapprocher le plus possible ? Il faut appliquer ce que nous appellerons la loi des moyennes : on ne saurait contester que, sur une proposition donnée, la plupart des individus émettront une opinion à peu près semblable et qu'en outre cette opinion aura le plus de chances de se rapprocher de la vérité et de la justice. On obtiendra donc ce résultat en prenant l'avis de la majorité des personnes consultées, qui sera réputé être celui de toutes et constituera ainsi un avis moyen. Quant aux dissidents, il pourra s'en présenter de deux espèces : ou bien ce seront des hommes supérieurs au vulgaire qui démontreront que la vérité n'est pas où la plaçait l'opinion commune, et ils rallieront à eux cette opinion ; ou bien ce seront des hommes à l'esprit naturelle-

ment ou accidentellement faux, et alors se trouvant en minorité, leur avis ne prévaudra pas ; ils devront subir la loi de l'opinion moyenne, c'est-à-dire de la majorité. Dans tous les cas, le régime de la pluralité des juges aura été d'un heureux effet, soit en faisant prévaloir la solution la plus conforme au sens commun, soit en rendant possible une discussion d'où sera sortie la solution la plus éclairée.

Si maintenant, après avoir considéré le point de vue du droit civil, nous nous plaçons à celui de la juridiction pénale, ce qui n'était tout à l'heure qu'une éventualité redoutable devient un danger terrible. C'est qu'en effet, il ne s'agit plus seulement ici de la fortune des citoyens, mais de leur honneur et de leur liberté ; et quel est celui qui voudrait remettre ces biens inappréciables entre les mains d'un seul homme, s'en trouvât-il, présentant les garanties de moralité désirables, qui voulussent assumer une pareille responsabilité ? Conçoit-on bien cela ? deux hommes en présence l'un de l'autre. L'un est le juge, l'autre accusé. Le premier a quelques connaissances que n'a pas le second, un esprit un peu plus développé, mais tous les deux ont cette même fragile raison humaine, sujette à tant d'erreurs, à tant de défaillances, à tant de perversions, et cependant, l'une de ces raisons va juger l'autre ! Celle-là ose se prévaloir vis-à-vis de celle-ci d'une présomption d'infailibilité monstrueuse, en vertu de laquelle elle décide que tel individu doit être à jamais flétri et perdre, pour un temps qui peut être fort long, ce droit qu'il tient de la nature, le droit à la liberté.

Avec quelle force et quelle impérieuse logique ne se présentent point ici les arguments que nous avons fait valoir, tirés de la fausseté habituelle ou accidentelle de l'esprit, de l'ignorance plus ou moins profonde, mais toujours inévita-

ble dans une mesure quelconque, de la perversité, de la corruption possible, de la faiblesse de caractère. Suivant le tempérament du juge, la répression sera ou violente ou énermée, ou lente ou précipitée, ou équitable ou partiiale; en un mot, toute garantie sérieuse disparaîtra, et tout sera à craindre de la part de celui qui aura entre les mains une puissance aussi redoutable, soit pour l'État, soit pour les particuliers. Nous ne croyons pas que nous ayons à insister pour faire ressortir un danger aussi manifeste, et qui ne saurait échapper à personne.

Le principe de la pluralité des juges, non seulement n'avait jamais été contesté, mais, de tous temps et à toutes les époques de notre histoire, il avait été proclamé comme essentiel et indiscutable. « Sous les deux premières races, dit Henrion de Pansey, c'était une règle inviolable qu'aucune affaire ne pouvait être jugée par un homme seul; en conséquence les seigneurs des fiefs étaient obligés de s'adjoindre un certain nombre de leurs vassaux; et les comtes avaient des assesseurs auxquels on donnait la dénomination de scabins, *scabini*. Ces officiers, au nombre de sept au moins, composaient le tribunal du comte... Un capitulaire de Charlemagne nous apprend que dans certaines circonstances, plusieurs comtes se réunissaient pour former un tribunal. » Cependant lorsque les bailliages et les prévôtés eurent succédé à la justice directe du comte, les baillis et prévôts jugèrent seuls à l'origine. Mais l'on s'aperçut bientôt des vices de cette manière de procéder, et Philippe-Auguste, en 1220, leur donnait des assesseurs: « Les baillis établiront par prévôté quatre hommes sages et de bonne renommée, sans le conseil desquels ou de deux au moins, aucune affaire ne sera traitée, à l'exception qu'à Paris il y aura six personnes nom-

mées par le roi.» Cette mesure était prise, précisément, pour parer à l'un ces inconvénients que nous avons signalés, à savoir, que l'intérêt particulier pourrait entrer en quelque chose dans la décision du juge. Il faut dire, il est vrai, qu'un vice de l'organisation judiciaire d'alors rendait ce danger particulièrement redoutable. Il était de règle, en effet, que les amendes prononcées par les officiers de justice, l'étaient à leur profit ; l'on pouvait donc craindre qu'ils ne fussent portés à exagérer leurs sévérités et pour parer à cet abus possible, on avait pensé que la pluralité des juges était le plus sérieux et le plus sûr de tous les moyens ¹.

La réforme révolutionnaire qui, cependant, modifia si profondément l'organisation judiciaire, ne pensa pas que l'unité du juge fût une solution présentant quelque avantage. Et au milieu de vicissitudes qu'ont subies soit le mode de recrutement, soit l'étendue des attributions de la magistrature, le principe de la pluralité a toujours été maintenu sans discussion. C'est que ce principe offre seul les garanties d'impartialité et de saine appréciation qui sont les éléments primordiaux de toute bonne justice. Quant à l'objection tirée de l'incapacité ou de l'inactivité des magistrats, elle vise, peut-être, le mode de recrutement des juges ou la répartition de leurs attributions, mais non point leur nombre à l'audience. L'on conviendra donc qu'il serait parfaitement

1. Henrion de Pansey, *ibid.*, p. 127. — Au xv^e siècle, dit M. Imbart de la Tour, *op. cit.*, p. 141, l'unité de juge soulevait les plus vifs mécontentement : «... Si expert qu'il soit, il décide seul, ni enquêtes, ni discussions de témoins, ni conseillers qui délibèrent, contrôlent, rédigent la sentence. Siégeant dans une chambre, sous un arbre, il prononce plutôt en arbitre qu'en magistrat. On devine ce que peut être une justice ainsi rendue. Aussi les plaintes sont-elles générales, et le discrédit de la justice seigneuriale la condamne d'avance à toutes les entreprises des hommes de loi, qui sont en même temps les hommes du roi. »

absurde de supprimer une institution dont la nécessité est démontrée, sous le prétexte qu'elle présente un vice de détail, auquel il peut être porté remède, sans détruire l'ensemble.

Déjà, dans l'ancienne jurisprudence, on avait cherché à parer à ces inconvénients, sans mettre en question les institutions elles-mêmes qui, cependant, présentaient des côtés autrement défectueux que notre organisation actuelle l'article 113 de l'ordonnance de 1454, enjoint aux juges de se livrer à l'étude de la jurisprudence et, notamment, des anciens arrêts ; « et si aucuns, dit le texte, étaient de tout point, incurieux de ce, voulons que nos présidents les admonestent et induisent à ce faire, et, si besoin est, nous en advertissent pour donner telle provision qu'il appartiendra, sans acception de personnes ». L'ordonnance de Louis XII de l'année 1499, article 78, va encore plus loin : elle exige que chaque juge, dans l'année de sa nomination, se procure le recueil des ordonnances des rois, et qu'il en fasse l'objet de ses méditations. Ce même article ajoute : « Voulons qu'en aucune chambre et auditoire, il y ait un livre des ordonnances, afin que si aucune difficulté y survient, on ait promptement recours à icelles. » Les grandes compagnies judiciaires, telles que les parlements, n'admettaient dans leur sein que des hommes éprouvés, et après s'être assurés de leur capacité intellectuelle : « Il y a aucuns de nos parlements, dit un ancien auteur, quand ils ont à recevoir des officiers, qui les examinent seulement sur la science ; les autres y ajoutent encore *l'essai du sens* en leur présentant le jugement de quelque cause. »

Qu'est-ce à dire, sinon qu'il faut exiger des juges le caractère et la capacité personnelle que suppose leur fonction, et non point, sous prétexte qu'ils n'auraient pas ces quali-

tés, enlever à la justice et aux justiciables des garanties indispensables à d'autres points de vue ?

On objecte enfin que le système du juge unique a fait ses preuves dans la juridiction des référés ; que chaque jour, en cette matière, un seul juge rend des ordonnances qui n'ont pas soulevé plus de critiques que les autres décisions judiciaires.

Ici, qu'on nous permette de le dire, on compare des choses qui ne sont en rien comparables. Quelle différence entre une mesure provisoire, qui n'aura pas de lendemain, qu'une nécessité urgente motive, qui peut d'ailleurs être l'objet d'un appel immédiat, et une décision qui liera désormais les parties, tranchera leurs intérêts les plus permanents et sera désormais leur loi. Là, presque un acte d'arbitraire, nécessaire sans doute ; ici un acte de justice dans la véritable acception du terme et qui doit, par conséquent, se réclamer, non seulement de la force matérielle, mais de l'autorité morale. Qu'on ne l'oublie pas, en effet, il ne s'agit pas dans un jugement de traduire la pensée des parties, de s'en inspirer comme doit le faire un notaire, mais de contraindre leur volonté, de la plier au joug de la loi. Or, pour que cette soumission soit acceptée, pour que l'on s'incline devant la décision il faut non seulement qu'elle ne soit pas suspecte, mais encore qu'elle s'impose à la conscience et à l'esprit du plaideur. Et cette autorité appartiendra plutôt à l'opinion de plusieurs qu'à l'opinion d'un seul qui, elle, pourra être plus facilement suspectée de partialité, ou tout au moins d'erreur.

Si la théorie du juge unique a des partisans, elle n'apparaît pas comme ayant encore cause gagnée et comme prête à entrer dans le domaine de l'application pratique. Il en est autrement de la proposition de réduire à trois le nombre

des magistrats pouvant connaître des litiges en appel :

Dans son rapport sur le budget général du ministère de la justice pour l'exercice de 1907, l'honorable M. Cruppi¹ présentait l'éventualité de cette réduction comme aussi désirable en elle-même qu'utile au point de vue budgétaire. Il la montrait d'une réalisation facile et prochaine. Ne serait-il pas désirable, au contraire, dans l'intérêt de la justice

1. Voici les termes mêmes du rapport de M. Cruppi (Documents parlementaires de la Chambre des députés, *Journal officiel*, 1906, p. 1181) : L'augmentation de crédit réclamée par le Gouvernement est la conséquence de la loi du 27 avril 1906 qui a porté de 14 à 17 le nombre des conseillers à la cour d'appel de Toulouse. Le crédit de 21.000 francs correspondrait au traitement de ces trois nouveaux magistrats. La commission a refusé de voter cette nouvelle dépense ; elle estime au contraire que le chapitre des cours d'appel est l'un de ceux où il est possible de réaliser des économies. Et s'il est vrai que le rôle de quelques cours se trouve encombré, elle propose d'y porter un remède en permettant aux cours d'appel de siéger avec trois magistrats. Actuellement, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 30 août 1883 la présence de cinq magistrats est nécessaire pour que les cours d'appel puissent siéger. Nous proposons par un article à la loi des finances de décider que désormais la présence de trois conseillers sera suffisante.

Votre commission n'ignore aucune des objections qui peuvent être faites contre cette proposition, mais elle ne s'y est pas laissé arrêter. Elle ne pense pas qu'une décision judiciaire gagne en force et en valeur avec le nombre des magistrats qui la rendent, elle sait au contraire que dans les compagnies judiciaires nombreuses, quelques membres ont toujours eu un rôle prépondérant alors que les autres restent absolument inactifs. Et nul n'ignore qu'aucune juridiction ne fonctionne mieux que celle des référés où pourtant siège un juge unique. Moins les magistrats sont nombreux et plus individuellement ils sentent le poids de leur responsabilité.

Cette nouvelle disposition permettra dans un avenir prochain de diminuer le nombre des magistrats des cours d'appel et de faire quelques économies sur notre chapitre. Dans notre pensée, d'ailleurs la réforme des cours d'appel ne doit pas s'arrêter là, de grosses économies seraient encore facilement réalisables si on voulait se décider à retoucher la carte judiciaire de la France. Avec les nouveaux et rapides moyens de communication, la moitié des cours d'appel pourrait disparaître sans inconvénient. Nous ne saurions trop vivement engager M. le Garde des Sceaux à mettre cette réforme à l'étude

qu'elle fût ajournée et définitivement abandonnée ? C'est ce qu'il convient d'examiner :

Une première et très importante considération s'élève contre le projet en question, tirée du respect et de l'autorité qui doivent s'attacher aux décisions de la justice.

C'est une chose grave que de réformer un jugement ; c'est une atteinte profonde au prestige du tribunal qui l'a rendu ; elle ne doit lui être infligée qu'à bon escient, et il faut, pour se la permettre, que la juridiction d'appel offre des garanties réelles d'une justice meilleure que la juridiction du premier degré. Or, où les trouvera-t-on, si ce n'est dans le nombre des magistrats ? et en dehors de cette condition, sur quel fondement prétendra-t-on que la deuxième décision vaut mieux que la première ?

Et d'abord, la rectitude du sens, qualité essentielle du juge, n'est pas plus le privilège d'une juridiction que d'une autre. Quant à l'expérience, celle du juge d'appel sera plus longue, mais le juge de première instance aura peut-être en compensation plus d'activité d'esprit. Pour la science, celui-ci étant plus près de ses études aura moins oublié ! Enfin il l'emportera sur son collègue de la cour par cet avantage que, plus rapproché des plaideurs et du lieu où s'agite le litige, il en voit mieux la physionomie générale.

Le plaideur malheureux en appel, après avoir gagné son procès en première instance, aura donc de sérieux motifs de prétendre qu'après tout les deux juridictions se valent, et qu'aucune bonne raison ne permet d'affirmer que les trois premiers magistrats avaient moins bien vu que les trois seconds.

De là un double et fâcheux résultat : atteinte au prestige de la justice, atteinte dans l'esprit du justiciable à la con-

fiance que doit lui inspirer, lui imposer même la chose jugée. Sans cette confiance, en effet, l'objet de la justice n'est pas réalisé, et l'œuvre judiciaire est compromise dans l'une de ses parties essentielles : l'apaisement des esprits, la résignation nécessaire, quoique si difficile, à celui qui perd son procès.

Pour que ce résultat soit atteint, il est indispensable qu'à l'autorité de la juridiction supérieure s'ajoute celle du nombre des juges. C'est ce qu'avait compris et ce qu'avait voulu le législateur de l'an VIII quand il prescrivit que « les jugements des tribunaux d'appel ne pourraient être rendus par moins de sept juges ». En décidant ainsi il prit assurément en considération nos habitudes, notre mentalité spéciale de peuple de race latine qui ne sait point voir l'autorité séparée de formes et d'un extérieur imposants ; mais plus encore il considéra que les affaires portées en appel sont ordinairement délicates et douteuses, et que, si dans certains procès une décision prompte est surtout nécessaire, c'est principalement une décision éclairée qui est désirable en appel. Or, le nombre est une garantie, non seulement parce qu'il offre plus de chances de rencontrer des hommes judicieux et compétents, mais aussi parce que la majorité étant prise sur plus d'individus, la probabilité d'erreur sera moindre. Il est évident que dix seront plus difficilement abusés que cinq, le nombre de ceux qui pourront reconnaître l'erreur et la signaler étant plus grand.

D'ailleurs, il faudra, et cela est d'évidence, que la délibération soit sérieuse et bien dirigée ; que la préoccupation d'en finir avec une affaire, n'impose pas une discussion immédiate, alors que l'examen et l'étude individuels seraient nécessaires. Les impressions premières de l'audience sont, en

effet, souvent trompeuses et il importe que la réflexion permette d'en éliminer ce qui n'était que spécieux et de ne retenir pour la solution que les arguments utiles et décisifs. Enfin toute discussion confuse doit être soigneusement évitée; il suffira pour cela que le président, suivant le vœu de la loi, prenne successivement l'avis motivé de chacun de ses collègues. Avec une telle méthode la décision se dégageant, — non point d'une *réunion d'hommes*, ce qui est mauvais — mais d'une série d'opinions individuelles, l'on peut être certain que le nombre des magistrats est une très réelle garantie d'une exacte justice, disons même la plus sûre et la meilleure.

A l'inverse, le nombre trop restreint de magistrats, en cour d'appel, peut produire les plus fâcheux effets, et, l'un d'eux qu'il importe de signaler, c'est que l'arrêt pourra n'être souvent que l'œuvre d'une minorité. Le cas peut se produire avec le régime actuel de la loi du 30 août 1883, à plus forte raison le verra-t-on se réaliser avec un nombre moindre de magistrats :

Une chambre de cour d'appel, par exemple, peut être composée de six magistrats ; le partage égal entre deux opinions devient possible. Sans doute le conseiller le moins ancien n'ayant que voix consultative, le parti auquel il appartiendra s'inclinera, mais sans autre raison qu'une raison de pur hasard ; par conséquent, aucune présomption plus grande d'exactitude ne s'attachera à l'opinion victorieuse. La présomption contraire sera même la plus forte si l'on veut bien supposer que le ministère public a conclu dans le sens qui n'a pas prévalu.

La même singularité se produira à l'occasion de jugements réformés en appel, et ici encore la présomption du

bien jugé qui résulte du plus grand nombre de suffrages pourra être en faveur du jugement réformé. Voici un jugement rendu par trois juges de première instance, réformé par une cour de cinq conseillers : Si sur ce dernier nombre deux ont été d'avis opposé, le procès n'en sera pas moins perdu pour le justiciable qui a eu pour lui cinq voix sur huit, c'est-à-dire une forte majorité. Que si, au contraire, le nombre des magistrats, jugeant en appel, est de sept, la majorité la plus réduite, quatre, dépassera toujours la majorité du tribunal, fût-elle l'unanimité, c'est-à-dire trois.

Aux raisons que nous venons de donner, non seulement pour maintenir en juridiction d'appel le nombre de magistrats prévus par la loi de 1883, mais encore pour établir — nous le dirons tout à l'heure — le nombre prescrit par les législations de l'an VIII et de 1810, quelles raisons oppose-t-on ? Nous les trouvons dans l'exposé des motifs d'un projet de loi présenté par M. le Garde des Sceaux Vallée, en 1904. Pour ne pas encourir le reproche de les affaiblir en les interprétant, nous transcrirons les passages de l'exposé des motifs qui les contiennent.

« Avant la loi du 30 août 1883, les arrêts de Cour d'appel n'étaient valables que s'ils émanaient de sept magistrats au moins. On s'est aperçu que ce nombre était excessif et on l'a ramené à cinq, malgré la vive opposition de ceux qui soutenaient que la qualité d'un arrêt est en proportion du nombre des magistrats qui y ont pris part. Le résultat a démontré combien étaient vaines de pareilles appréhensions. Les arrêts rendus de nos jours par cinq magistrats valent certainement ceux qui étaient autrefois l'œuvre de sept ou de neuf et la jurisprudence de cour d'appel a plutôt, depuis vingt années, gagné en science juridique et en autorité. »

On nous accordera sans peine que tout ceci a la valeur d'une affirmation, à laquelle on pourrait opposer une simple négation. L'auteur de l'exposé des motifs éprouverait sans doute quelque embarras s'il était obligé de nous dire quand et comment « on s'est aperçu » que le nombre des magistrats était excessif avant la réforme de 1883, à quelle balance il a pesé les arrêts d'aujourd'hui et les arrêts d'autrefois, quels termes de comparaison il a eus, quels motifs, en un mot, d'une appréciation, que, du reste, il nous paraît aussi difficile de contredire que d'admettre.

« Le motif d'une décision judiciaire, continue l'exposé, dépend beaucoup plus de la capacité des juges que de leur nombre. Le nombre des délibérants peut être une cause de confusion. »

Nous venons de nous expliquer sur ces points, nous n'y revenons pas.

« Il est difficile de rencontrer sept ou cinq magistrats, voyant et entendant de la même manière ; la diversité des opinions émises en chambre du conseil ne permet pas toujours de dégager nettement une majorité dans un sens déterminé. »

Cette considération milite, au contraire, dans le sens de notre opinion ; si sur trois magistrats, trois avis différents se forment, la situation peut être irréductible ; mais s'il y en a cinq ou sept, il s'en trouvera parmi le nombre qui départageront les autres, et, dans la complexité des manières de voir, on pourra éliminer les points de détail qui divisent, pour se rattacher aux motifs essentiels qui toujours trouvent une majorité. Ensuite l'objection ne tient pas compte de la pratique judiciaire ; elle oublie que la juridiction doit statuer sur des conclusions précises, c'est-à-dire,

en définitive, par un oui ou par un non, et qu'il est d'usage constant qu'en général les motifs appartiennent au président ; il importe donc assez peu que les magistrats se décident par des raisons différentes pourvu que ce soit dans un même sens. Ce n'est, d'ailleurs, qu'une règle générale, car évidemment les motifs doivent traduire les raisons de décider qui ont déterminé le plus grand nombre, dans la majorité elle-même.

« Peut-être, poursuit l'auteur de l'exposé, l'inconvénient n'existerait pas, si les conseillers, participant à un arrêt, apportaient tous la même méthode de jugement, tirée d'une pratique identique des affaires. Mais telle n'est point la situation. Les membres des cours d'appel sont recrutés à la fois parmi les avocats généraux, les avocats, les présidents, les juges d'instruction. De là viennent les divergences qu'il n'est point aisé de mettre d'accord et qui aboutissent parfois à faire prévaloir l'opinion la moins exacte et la moins autorisée. »

L'auteur de ces réflexions nous semble poursuivre un idéal quelque peu chimérique ; il ne saurait l'atteindre, quel que soit le nombre des magistrats, parce que leur formation intellectuelle différera toujours : trois pourront avoir, autant que cinq, sept ou neuf des origines, une éducation professionnelle diverses. S'astreindra-t-on jamais à composer tel tribunal uniquement de magistrats du siège, tel autre d'anciens membres du parquet, tel autre d'anciens avocats, tel autre de professeurs de droit ? Qui oserait soutenir qu'une telle idée soit pratique et même raisonnable. Et le fût-elle, quelle serait celle de ces catégories qui détiendrait le privilège d'un droit et sain jugement ? Quel serait aussi le sort des cours et tribunaux pourvus des autres catégories,

voués qu'ils seraient par conséquent aux décisions boiteuses ou fausses ?

De telles raisons ne résistent pas à l'examen. La vérité est au contraire que les mêmes manières de voir se rencontrent plus facilement sur ce fond commun qui est le sens vulgaire, le bon sens ; qu'elles s'agenceront, se combineront plus aisément dans une réunion d'hommes plus grande que dans une plus resserrée et plus étroite. La seule chose désirable est une délibération sérieuse, méthodique, et que tous les magistrats y prenant part possèdent les conditions essentielles de la profession ; ceci est une question de choix et de recrutement. Mais ce point obtenu, on ne peut espérer ni même désirer, pour chaque cour d'appel, des esprits et des consciences fondus dans le même moule.

Il est enfin une raison qui, en la matière qui nous occupe, doit dominer toutes les autres, c'est que le nombre est incontestablement une garantie d'indépendance, une garantie telle, qu'elle est pour l'ensemble ce que l'inaliénabilité est pour l'individu. Le Premier Consul l'avait bien compris lorsque, ne songeant qu'à reconstituer la France, il reconnaissait qu'une magistrature indépendante était indispensable et que pour l'obtenir, il fallait que les cours d'appel fussent « de grands corps » forts de leur nombre... » Cette vérité est si évidente qu'un gouvernement qui poursuivra la diminution de ce nombre se défendra difficilement, quelle que soit la pureté de ses intentions, du soupçon de vouloir diminuer l'indépendance de la juridiction, c'est-à-dire attenter à la liberté dont cette indépendance est la sauvegarde.

Est-il nécessaire de scruter bien profondément la psychologie humaine et sociale pour être pénétré de l'exactitude

de cette proposition ? N'est-ce pas un axiome que l'homme isolé se sent faible ? Nous l'avons démontré par l'expérience, en parlant du juge unique et des juges de paix. N'est-il pas d'expérience aussi que la réunion de plusieurs volontés produit une force bien plus considérable que la somme des forces individuelles qui la composent ? Pourquoi cela ? Quel secret ressort de la nature humaine rend l'homme plus fort lorsqu'il est uni à ses semblables, et lorsqu'il veut avec eux, que lorsqu'il est seul ? C'est une des lois mystérieuses dont il est plus facile de constater les effets que les causes. Ce qui est bien certain, c'est que les corps constitués prennent d'eux-mêmes une conscience collective, et qu'ils sont d'autant plus forts, et par suite d'autant plus indépendants, qu'ils sont plus nombreux. Cependant ils ne doivent pas excéder les proportions *qui conviennent* à l'objet proposé et au but poursuivi, au point de diminuer dans l'être individuel le sentiment de l'être collectif.

D'ailleurs, un pouvoir, quel qu'il soit, hésitera bien davantage à frapper un corps nombreux et fortement constitué qu'un corps composé d'un nombre réduit d'individualités. Il sait qu'il rencontrerait des résistances redoutables. Aussi la fameuse maxime : diviser pour régner, a toujours été l'A B C de la théorie du despotisme. Diviser ou réduire le nombre, n'est-ce pas une seule et même chose ?

Le magistrat lui-même sera moins tenté d'en user librement avec la loi, soit par intérêt personnel, soit par amour d'une malsaine popularité : « Un autre moyen de prévenir les crimes, dit Beccaria (*Des délits et des peines*, § XVIII), c'est d'écarter du sanctuaire des lois jusqu'à l'ombre de la corruption, c'est d'amener les magistrats à trouver plus d'intérêt à conserver, dans toute sa pureté, le dépôt qui leur est

confié, qu'à l'altérer dans ses moindres objets. *Plus le tribunal sera nombreux, moins seront à craindre les usurpations sur les lois*, parce que, entre plusieurs hommes qui s'observent mutuellement, l'avantage d'accroître sa propre autorité diminue en raison de ce que la proportion qui en reviendrait à chacun sera plus petite, surtout en la comparant aux dangers de l'entreprise. »

Armés contre l'arbitraire et l'usurpation, les corps bien constitués le sont également contre la malveillance et la calomnie. Quel est aujourd'hui l'homme ou l'institution qui sont à l'abri de leurs atteintes ? Qui n'a pas été accusé de parti pris, de mauvaise foi et de vénalité ? Si ces reproches ont été parfois justifiés, combien plus souvent n'étaient-ils pas mal fondés ! Or ils perdent en vraisemblance contre une personnalité morale, ce que celle-ci gagne en nombre d'unités composantes. De même qu'il est plus difficile d'en imposer par intimidation à trois individus qu'à un seul, à cinq qu'à trois, à sept qu'à cinq, etc., de même il est plus difficile de les corrompre. Il y a, en effet, non seulement une surveillance réciproque, mais une tenue, une probité corporative qu'il deviendra d'autant plus difficile d'entamer et de suspecter que la personnalité morale se composera de plus d'individus.

Demandons-nous maintenant quel devra être ce nombre, car il faut en tout trouver la juste mesure. Nous sommes d'avis que la loi du 27 ventôse an VIII et l'ordonnance du 15 janvier 1825 en avaient très exactement fixé les proportions et qu'il conviendrait de faire revivre l'ensemble de leurs dispositions à cet égard.

Onze magistrats pour chacune des chambres de la Cour de cassation constituent le nombre au moins nécessaire pour

rendre des décisions qui feront presque loi pour les juridictions inférieures.

Avec sept magistrats au minimum pour les cours d'appel on évitera presque infailliblement l'inconvénient que nous avons signalé de rencontrer des minorités formant, jointes à la majorité du premier degré, majorité d'opinions. Pour qu'il en fût autrement il faudrait un concours de circonstances rare au point d'être négligeable. Ce nombre pourra être porté jusqu'à neuf comme maximum. Celui-ci ne sera presque jamais atteint, vu la nécessité de détacher toujours plusieurs magistrats pour les assises, enquêtes, supplément d'information, chambre des mises en accusation et autres services de la cour.

Enfin pour les tribunaux de première instance le nombre de trois juges au minimum et de cinq au maximum nous paraît réunir les meilleures conditions possibles d'une bonne justice.

IV

Un dernier ressort essentiel complète notre organisation judiciaire, c'est le ministère public, institution d'une importance capitale dont il convient maintenant de préciser le but social et le rôle auprès des tribunaux.

« Considérez, a dit Merlin, que la justice qui cherche la vérité, qui protège, qui gouverne, est cependant une puissance qui ne peut se mouvoir elle-même ; il lui faut un guide qui provoque ses opérations, qui les aplanisse, qui les dirige. Quel est le guide qu'on a donné à la justice ? C'est l'homme de la loi et du public ; c'est un ministre qui prépare tout et ne consomme rien : par là, deux autorités se

servent et se balancent sans cesse ; par là, la justice agit partout sans sortir de son immobilité ; par là, enfin, elle s'appuie sur un ordre judiciaire bien conçu ; par là elle trouve toujours devant elle une voie tracée et un but certain ¹. »

Telle est, en effet, la mission du ministère public ; il est l'agent actif de la justice pour tout ce qui a trait à l'intérêt général. Parmi les lois qui nous régissent, les unes règlent les rapports des particuliers entre eux, et alors c'est aux particuliers qu'il appartient de réclamer le bénéfice de leur application ; les autres ont pour objet l'ordre, la paix, la moralité publique ou simplement l'utilité, mais sont toutes assorties de sanctions qui ne peuvent, ni doivent apparaître comme de vaines menaces. En un mot, il est un droit sanctionnateur que la société doit mettre en action par l'un de ses organes ; cet organe est le ministère public. C'est à lui qu'il appartient, suivant l'expression consacrée, de mettre l'action publique en mouvement.

D'autre part, quand la justice a prononcé, il ne faut pas que ses décisions restent lettre morte ; si les individus auxquels elles s'adressent refusent d'y obéir, le ministère public a le droit de requérir la force armée pour assurer leur exécution, soit sur la demande des parties intéressées, soit d'office lorsque ses décisions ont pour objet la protection ou l'utilité générale.

Il est évident, d'après cela, que le rôle du ministère public est surtout coercitif et répressif. C'est, en effet, dans l'exercice de la répression qu'apparaît le plus en lumière son caractère d'homme de la loi et de défenseur des intérêts généraux de la société. Mais de cette prérogative elle-même découle,

1. *Vo Min. pub.*, § 4.

comme conséquence, une autre partie de sa mission : pour que l'ordre et la justice règnent dans l'État, il faut que la loi étende également sa protection sur toutes les personnes, même sur celles qui, soit à raison de leur nature, soit à raison d'une incapacité quelconque ou du défaut de ressources, se trouvent placées dans l'impuissance d'agir d'une manière efficace. Telles sont les personnes morales, les mineurs et interdits, les femmes mariées, les indigents. Le ministère public est chargé de veiller sur elles, de leur fournir les moyens de se défendre, et au besoin prendre en main leur défense.

Cette institution, que Montesquieu appelle admirable, n'a pas existé de tout temps. Où s'en trouve la source ? Est-ce à Rome ou même en Grèce, comme l'ont prétendu certains auteurs ? Nous ne le croyons pas. Il est certain que chez ces peuples anciens, les besoins qui l'ont fait naître chez nous, existaient également. Mais il y était pourvu de manières diverses et différentes. Dans tous les cas, si certaines magistratures de la Grèce et de Rome possédaient quelques-unes des attributions de notre ministère public, il n'y a là que des analogies issues du même ordre de causes et d'idées, et non le point de départ de ce qui existe chez nous.

A Rome, par exemple, on ne saurait nier que les fonctions de la censure dont l'objet était de veiller au maintien des bonnes mœurs, et dont la conséquence était de fréquentes accusations contre les citoyens prévenus d'attentats publics ou privés, n'eussent de nombreux traits de ressemblance avec notre ministère public. Il en était de même de l'édilité. Dans les attributions des édiles entraient un droit de surveillance et de police générale. Mais ce n'étaient là que de purs accidents, et notre ministère public, avec l'ensemble

de ses attributions, avec son unité et son caractère défini, n'eut chez les peuples anciens aucun équivalent.

Toutefois, il existait sous l'Empire une fonction qui aurait pu donner l'idée d'une magistrature semblable et y conduire par une progression naturelle. Cette fonction était celle de l'avocat du fisc¹ chargé de défendre le trésor impérial dans toutes les contentions où il pouvait se trouver intéressé. Comme nous le verrons, une fonction à peu près analogue, bien que ne se rattachant à la précédente par aucun rapport de filiation, fut en France le premier germe et la véritable origine du ministère public, par suite de l'extension qu'elle reçut avec le temps. A Rome, au contraire, la fonction d'avocat du fisc ne sortit pas de la sphère étroite de ses attributions primitives, et encore ici, on ne saurait voir autre chose qu'une analogie toute fortuite.

Les périodes soit mérovingienne, soit carlovingienne ne sauraient, plus que le droit romain, fixer longtemps notre attention. La coutume germanique qui laissait à la victime et à sa famille le soin de la poursuite et de la vengeance par la guerre privée, qui admettait le système des compositions en argent, « Wergheld », entre les parties, se perpétua sous les Carlovingiens et pendant les premiers siècles qui suivirent l'établissement définitif du régime féodal.

Ce n'est que vers le commencement du xiv^e siècle que l'institution du ministère public a véritablement pris naissance. A la fin du xiii^e le parlement se détache du conseil ou cour de justice du roi pour former un corps judiciaire et politique distinct. Alors seulement le roi peut avoir des avocats et des procureurs devant le parlement, pour y dé-

1. *Patronus fisci*, l. 21, au code « *Si adversus fiscum* ».

fendre ses intérêts privés ou ceux de la couronne. Auparavant s'il évoquait, pour les examiner, devant lui-même et son conseil, même les affaires dans lesquelles il était partie intéressée, il n'avait pas, à proprement parler, des avocats et des procureurs pour soutenir, dans ces conditions, ses propres causes. Cela est si vrai que postérieurement à la création des parlements, lorsque le conseil du roi évoquait une affaire dont on ne voulait pas leur laisser la connaissance, ou était érigé en tribunal de cassation de leurs arrêts, il n'y avait pas de ministère public auprès de ce conseil, parce que le roi était censé juger lui-même. Et quand le nombre des évocations et des pourvois devant le conseil du roi nécessita la création d'un tribunal de cassation, détaché comme les parlements eux-mêmes du conseil du roi, l'on créa auprès de lui un ministère public et une organisation à peu près analogue à celle des parlements.

L'établissement du ministère public auprès des parlements coïncida donc avec leur organisation en compagnie indépendante. Dès cette époque, le roi fit présenter et soutenir ses causes par des procureurs et des avocats qui n'étaient point encore uniquement voués à ses intérêts, mais qui n'en prirent pas moins, comme un honneur et une prérogative, le titre d'avocat ou de procureur du roi. Les registres du parlement, à la fin du XIII^e siècle, faisaient déjà mention de cette qualification, et l'ordonnance du mois de mars 1302, de Philippe le Bel, qui établit, pour les terres de son obédience, un parlement à Paris, un autre à Rouen, un troisième à Toulouse, semble déjà considérer les fonctions de procureur du roi comme une véritable magistrature. Ils doivent, en effet, prêter le même serment que les magistrats (art. 15), « faire justice aux grands et aux petits et à toutes

« personnes de quelle condition qu'elles fussent et sans au-
« cune exception ; ils conserveront les droits du roi, sans
« faire préjudice à personne ; enfin ils ne recevront ni or,
« ni argent, ni aucun autre don, quel qu'il fût, si ce n'est
« des choses à manger ou à boire et en petite quantité, de
« manière que, sans excès tout pût être consommé en un
« jour. » La même ordonnance leur défend d'occuper pour
d'autres parties, si ce n'est pour leurs proches.

Il n'est pas question de l'avocat du roi, dans cette ordonnance, mais l'existence de ce titre, à cette époque, n'en est pas moins certaine, quoique il ne correspondit peut-être pas encore à une magistrature publique. Ces fonctions semblent cependant avoir été érigées en office dès l'an 1334, et être devenues permanentes. On trouve dans les registres des parlements de la même année des lettres du roi qui nomment Gérard de Montaigne, avocat du roi au parlement pour la défense de ses causes civiles. Il y avait, en effet, deux avocats du roi, l'un clerc pour les causes civiles, et l'autre laïque pour les causes criminelles.

Cependant, depuis longtemps déjà le procureur du roi au parlement avait le titre de procureur général, que l'avocat du roi ne se nommait encore qu'avocat du roi près le parlement. On appelait avocats généraux les avocats ordinaires, parce qu'ils plaidaient pour tout le monde, et cela par opposition à l'avocat du roi qui ne soutenait que les causes dans lesquelles le roi était intéressé. La désignation d'avocats généraux semble n'appartenir définitivement et exclusivement aux avocats du roi près le parlement, que vers la fin du xvi^e siècle.

Dès le xiv^e siècle, le ministère public a déjà l'initiative des poursuites. Jean Bouteiller signalait à cette époque qua-

tre modes de poursuites : « soit en dénonçant, soit en partie formant, soit à cause d'office à la requeste du procureur d'office ». Mais, comme on le voit, l'ancienne action privée existait encore.

Au xvi^e siècle, l'ordonnance du 16 mai 1579 impose « l'obligation aux procureurs généraux en cours de parlement « et leurs substituts en chacuns sièges et semblablement « aux procureurs fiscaux des seigneurs, de faire diligente « poursuite et recherche des crimes sans attendre qu'il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile ». (Art. 184.) L'on comprend que dès lors, l'action publique dût appartenir presque exclusivement au procureur du roi ; l'ancien accusateur privé ne fut plus qu'une partie civile « demandant réparation de son intérêt civil qu'il a souffert à cause du délit commis en sa personne ou ses biens »...

Les attributions du ministère public sont déjà parfaitement définies et limitées au xvii^e siècle, dans les ordonnances de 1667 et de 1670. Ses représentants doivent, dit la première, être entendus dans « les affaires qui intéressent le roi, l'Église, le public, les mœurs ». L'article 34, titre 5, les autorise à attaquer, par voie de requête civile, les jugements sur ces matières, où on aurait omis de les entendre.

En matière criminelle, l'ordonnance de 1670 leur prescrit l'initiative des poursuites : ils auront le droit de faire assigner les témoins et de requérir communication des procédures. « Aucun décret ne peut être rendu, aucune mise en liberté prononcée sans leurs conclusions. La procédure terminée, ils donnent leurs conclusions dans un écrit cacheté et ces conclusions ne doivent énoncer aucun motif ; ils peu-

1. Jean Imbert. *Pratique judiciaire*.

vent seuls requérir l'application des peines, et veillent à l'exécution des arrêts. »

Après ces ordonnances l'institution du ministère public est un fait acquis et définitif. Elle existe avec ses droits, ses attributions, ses prérogatives. Le temps, les mœurs, les changements politiques pourront bien y apporter des modifications de détail, mais désormais son but, son utilité sont reconnus.

Enfin l'ordre public aura un défenseur, et les intérêts généraux un protecteur toujours prêt et toujours vigilant. Institution admirable, en effet, et d'autant plus durable qu'elle n'est point une œuvre d'un seul jet, mais le produit de l'élaboration des siècles ; qu'elle est née progressivement des besoins sociaux qui lui ont imprimé sa forme et sa direction définitives. Elle a pris racine dans notre sol judiciaire dont elle formera désormais partie intégrante et indispensable. Établie d'abord auprès des parlements et des grandes cours où il y a un procureur général, deux ou trois avocats généraux et des substituts du procureur général, elle s'étend aux bailliages et sénéchaussées. Mais ce n'est que sous Henri II qu'elle s'établit près des prévôtés. Plus tard les tribunaux d'attributions, tels que les tribunaux militaires et les juridictions ecclésiastiques, auront leur ministère public ; devant les conseils de guerre, c'est le major du régiment qui en remplit les fonctions ; devant les officialités épiscopales, c'est un magistrat spécial.

Le ministère public ainsi constitué possède une certaine autonomie ; il est placé près des compagnies judiciaires plutôt qu'il n'en fait partie. Il a ses chefs et sa hiérarchie propre, le tout distinct des chefs de la cour ou du tribunal. Le ministère public a, vis-à-vis d'eux, de précieuses préro-

gatives. Il ne doit pas être interrompu par qui que ce soit quand il a la parole, car il parle au nom du souverain, et il est de « maxime au palais que l'on n'interrompt point le roi quand il parle, c'est-à-dire qu'on n'interrompt point ses gens lorsqu'ils portent la parole ». (Merlin.)

Bien plus, le parquet exerce sur les cours une surveillance et même un pouvoir de censure qui lui impose l'obligation à certaines époques de l'année, de prononcer « la mercuriale » devant les chambres assemblées. Nous ne saurions passer sous silence cette grande institution, ni omettre, alors que nous nous occupons de la magistrature du ministère public, de prononcer le nom illustre de d'Aguesseau dont les mercuriales sont l'un des plus beaux titres de gloire.

L'usage des mercuriales fut introduit par Charles VIII en 1493. L'ordonnance de François I^{er} de 1539 en définit clairement le but : « Elles se tiendront de mois en mois, sans y faire faute et par icelles seront pleinement et entièrement déduites les fautes des officiers de ses cours de quelque ordre et de quelque qualité qu'ils soient, il y sera incontinent mis ordre par la cour ; Sa Majesté en sera avertie et les mercuriales et l'ordre mis sur icelles lui seront envoyés tous les trois mois. »

Les mercuriales, comme leur nom l'indique, devaient avoir lieu, dans le principe, les premiers mercredis de chaque mois. Elles devinrent ensuite trimestrielles et enfin simplement bisannuelles, aux rentrées « de la Saint-Martin et de Pâques », dit l'ordonnance de Blois en 1579.

Et que l'on ne croie pas que l'exercice de cette censure ne fut qu'une vaine et inutile formalité ; il faut voir dans les mercuriales de d'Aguesseau avec quelle austère sincérité, avec quel sévère et courageux langage ce magistrat incompara-

ble savait signaler les abus, découvrir les faiblesses de caractère, flétrir les vices qui menaçaient d'envahir et de corrompre les compagnies judiciaires ; avec quelle autorité il rappelait aux traditions et aux anciennes mœurs ! Ainsi se perpétua dans nos parlements cet esprit de corps, cette noble indépendance, cette dignité de conduite, cette intégrité de caractère qui ont fait leur grandeur. Nous ne pensons pas qu'il soit de livre plus utile, même pour notre magistrature moderne, et plus digne de méditations que les mercuriales de d'Aguesseau.

Nous voici parvenus au seuil de l'ère contemporaine qui commence à la Révolution. Les destinées du ministère public, pendant la période intermédiaire, ne présentent que peu d'intérêt ; l'institution fonctionne sous des titres différents, auprès des juridictions diverses qui furent successivement organisées à cette époque ; mais elle était désormais acquise, avec son but précis d'exercer l'action publique et de veiller aux intérêts généraux de la société et avec sa forme définitive. La législation consulaire et impériale rétablit cette magistrature d'après son ancienne tradition, telle qu'elle existe encore actuellement. Il n'a point cessé d'être, et il est demeuré de règle que le ministère public a non seulement le droit d'intervenir dans toutes les affaires, mais qu'il en a le devoir dans celles où le législateur a vu un intérêt d'ordre public. Bien plus, non seulement au criminel, mais encore en matière civile, dans un très grand nombre de cas, il doit prendre l'initiative de l'action et saisir lui-même la justice. C'est une institution bien nationale ; on n'en trouve d'analogue ni dans les législations anciennes, ni à l'origine des nombreuses législations étrangères qui nous l'ont empruntée.

Toutefois, l'organisation actuelle du ministère public, telle qu'elle nous a été ainsi léguée, a soulevé un double problème : 1° Le ministère public doit-il dépendre du ministère, soit dans l'exercice de sa fonction, soit pour les conditions d'admissibilité et de nomination des magistrats qui le composent. 2° Doit-il avoir le privilège exclusif d'exercer, « de mettre en mouvement l'action publique » ?

Sur le premier point, on a déjà constaté (voir ci-dessus, 1^{re} partie, chap. VII) les inconvénients de fait, les abus de toute nature que peut engendrer la dépendance du ministère public dans l'exercice même de sa fonction vis-à-vis du pouvoir exécutif. Si ce pouvoir ne dispose pas de la décision, tout au moins, il dispose par là de l'action, du droit de l'intenter, de la modérer ou de la paralyser à son gré, ce qui constitue déjà un bien grave danger pour la liberté et la sécurité des citoyens.

Les principes exigeraient non moins, que le ministère public en fut indépendant : la règle de la séparation des pouvoirs une fois admise, en effet, elle ne saurait souffrir que le pouvoir exécutif ait dans sa main une institution d'ordre essentiellement judiciaire. Et ici, qu'on le remarque bien, il ne s'agit point d'une simple querelle de forme, mais bien de ce qui constitue la distinction juridique et traditionnelle entre les deux pouvoirs et qui est la suivante : à l'exécutif la mission de *prévenir* les infractions aux lois ; au judiciaire la mission de les *réprimer* quand elles ont été commises. Peut-on concevoir une distinction plus nette, et n'est-il pas évident que chacun des deux pouvoirs sort de son rôle, si l'exécutif exerce l'action répressive, ou si le judiciaire s'ingère de faire des actes de police générale ?

Mais, dira-t-on, il est de principe que le ministère public

représente l'État dans toutes les affaires qui intéressent l'ordre public. Sans doute, mais on ne voit pas bien ce que l'indépendance du ministère public vis-à-vis du pouvoir exécutif aurait de contraire à cette règle. En défendant l'État et les autres personnes publiques, soit comme partie principale, lorsque la loi lui donne ce rôle, soit comme partie jointe, le ministère public remplit purement et simplement sa fonction, sans qu'il ait à être mis en demeure autrement que par la loi, ou par les injonctions de la cour d'appel, de la Cour suprême ou du Garde des Sceaux.

Cette indépendance n'aurait même rien de contradictoire avec l'obligation qui pourrait s'imposer aux parquets de présenter aux tribunaux, sous la forme de réquisitions écrites et sous la réserve de conserver toute liberté dans leurs réquisitions orales, les revendications de l'autorité exécutive. Il est de toute convenance qu'elle ait ainsi auprès des tribunaux un représentant direct et attitré, organe de ce contact, de cette communication, de ces relations nécessaires qui doivent exister, nous l'avons reconnu, entre les pouvoirs publics.

Cet accès des tribunaux pourrait même, sous une autre forme, recevoir des facilités nouvelles, soit pour l'administration, soit pour d'autres personnalités morales, soit peut-être pour les particuliers ; que l'on nous permette à ce point de vue d'ouvrir une parenthèse qui rencontre ici sa place naturelle.

La forme de nos institutions impliquerait un certain développement de la procédure accusatoire et des facilités plus grandes de saisir la justice criminelle, non seulement pour obtenir la réparation d'un préjudice privé, mais encore pour provoquer, dans l'intérêt public, l'application des lois pénales. Cette innovation serait conforme aux mœurs de la démo-

cratie et elle existe dans tous les pays libres, tels que l'Angleterre et les républiques américaines, comme elle existait dans les démocraties grecques et romaines. Montesquieu en donne la raison : « Cela était établi, dit-il, selon l'esprit de la République, où chaque citoyen doit avoir pour le bien public un zèle sans bornes, où chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains ¹. » Il y avait du reste, à Athènes comme à Rome, deux sortes de délits auxquels correspondaient deux sortes de jugements, les délits et les jugements publics, les délits et les jugements privés. Dans les premiers tout citoyen pouvait se porter accusateur, dans les seconds, celui-là seulement qui avait été directement lésé dans ses intérêts moraux ou matériels.

Sans doute, cette forme de procéder peut présenter des dangers, et il est à craindre que les passions individuelles n'en profitent pour se donner carrière et molester injustement des personnes honorables et sans reproche. Les législations anciennes l'avaient prévu, et, en rendant ces accusations périlleuses pour l'accusateur, elles avaient donné contre leur abus les plus sérieuses garanties ². Ces garanties existent également aujourd'hui dans les pays libres ci-dessus mentionnés.

Les mêmes raisons avaient fait s'établir chez les nations barbares le double principe de la liberté des accusations et de leur publicité. Le premier de ces principes disparut avec l'établissement de la féodalité supprimant les anciennes solidarités et la communauté d'intérêt qui en étaient la raison d'être. Le second, la publicité des audiences, plus concilia-

1. *Esprit des lois*, liv. VI, ch. VIII.

2. Montesquieu. *Esprit des lois*, livre XII, chapitre XX ; Faustin Hélie *Instruction criminelle* (édition 1845), p. 20 et 30.

ble avec les règles féodales, se perpétua jusqu'à l'heure où la monarchie absolue eut définitivement supplanté ce régime. « Il semble, dit à ce sujet M. Faustin Hélie, qu'à mesure que le pouvoir central se développe, il repousse devant lui et le droit d'accusation et la publicité des débats. Aussi ces deux règles vont successivement s'affaiblir et s'éteindre ; il n'en restera plus aucune trace au xvi^e siècle ¹. »

Cette observation justifie donc la proposition émise, que notre constitution nécessiterait un retour vers la liberté d'accusation, sans porter bien entendu aucune atteinte à la procédure *per inquisitionem* qui a pour objet de réunir et de conserver les preuves. Dans les nations asservies, le peuple, désintéressé du gouvernement, en attend les biens comme les maux ; il est gouverné, administré, jugé par le pouvoir, auquel il reste étranger. Les peuples libres, au contraire, véritables détenteurs de l'autorité, doivent en avoir, dans une certaine mesure, l'exercice. Et si ceux-là qui ont mission d'exercer l'action publique omettent, par une défaillance coupable, de remplir les obligations de leur charge, l'on comprend très bien que le simple citoyen puisse, sous sa responsabilité, poursuivre les Catilina et les Verrès modernes.

Il semble que cette manière de voir ait, dans ces derniers temps, fait quelques progrès et que l'on en ait fait ou tenté d'intéressantes applications.

Déjà la jurisprudence avait reconnu aux syndicats professionnels, autorisés, par la loi du 21 mars 1884, à « ester en justice », le droit de défendre devant les tribunaux, non seulement le patrimoine et les intérêts généraux du syndi-

1. *Op. cit.*, p. 410.

cat, mais encore les intérêts particuliers en vue desquels il est constitué, et qui n'auraient pu autrefois être revendiqués que par ceux qu'ils concernaient.

Sans doute, lorsqu'une telle action est poursuivie devant les tribunaux criminels par les syndicats, ils n'ont d'autres droits que ceux conférés à toute partie civile par les articles 1^{er}, 2, 63, 64, 66 et suivants, 182 du Code d'instruction criminelle ; il n'en est pas moins déjà remarquable qu'un tiers, autre que le ministère public, puisse prendre en main devant la justice un ensemble d'intérêts privés, par la seule raison qu'ils revêtent un caractère de *généralité* ; c'est le renversement de l'ancienne maxime, jusqu'alors réputée intangible, que « nul en France ne plaide par procureur »¹. Diverses lois sont venues, d'ailleurs, consacrer cette jurisprudence (loi du 24 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, art. 92 ; loi du 5 août 1908 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises, falsifications des denrées alimentaires et produits agricoles, art. 2).

Un projet de loi dû à l'initiative de MM. Bérenger, Ribot, Paul Strauss, Cazot, Milliard, Ferdinand Dreyfus, Audiffred, déposé sur le bureau du Sénat le 27 mai 1909², propose d'aller plus loin dans cette voie, et d'accorder le droit de citation directe, devant les tribunaux de répression, à des associations ayant pour objet, non plus la protection d'intérêts privés, mais la défense d'intérêts moraux et sociaux, tels que la sauvegarde de la moralité publique, la protection

1. Arrêt de la Cour de Bordeaux, 4 février 1897. D. P. 98.2.129 ; *Id.*, Pau, 28 juillet 1902. D. P. 1903.2.27.

2. *Journal officiel* des 24 juin et 25 juillet 1909, Exposé des motifs, Sénat, documents parlementaires, p. 224 et suiv. Rapport sommaire, 15 juin 1909. Sénat, doc. parlem., p. 235 (voir à l'appendice, note IV).

des enfants du premier âge, la répression de l'ivresse, etc. Il y aurait, entre l'objet des poursuites permises aux syndicats et l'objet de celles que le nouveau projet rendrait possibles, comme un ressouvenir de l'antique distinction entre les délits privés et les délits publics.

Certes, l'innovation se présente avec des allures sages et plutôt timides : les associations n'auraient ni le droit de verbaliser, ni de requérir la peine, droits qui resteraient *intacts aux mains du ministère public* et de ses auxiliaires ; mais elles auraient celui de saisir les tribunaux par la citation directe, ce qui serait déjà un pas et un progrès considérables, et comme un apprentissage de l'usage prudent de cette prérogative nouvelle, aux personnalités collectives. Outre l'approbation d'éminents jurisconsultes dont l'exposé des motifs fait connaître les noms, ce projet a obtenu les suffrages du Congrès du droit pénal, tenu à Rennes le 21 mai 1910.

Une telle institution serait une garantie de plus pour l'indépendance du ministère public ; car il ne servirait de rien au gouvernement d'y porter atteinte, si une association de simples citoyens entreprenait des poursuites, saisissait les tribunaux d'attentats que l'on aurait voulu couvrir ¹.

L'indépendance du ministère public assurée vis-à-vis du pouvoir exécutif, ses membres doivent avoir la même origine que les autres magistrats, car, à y regarder de près, les fonctions ne sont point différentes : la conscience et le sentiment profond de la responsabilité sont aussi bien la règle de l'officier du ministère public que celle du magistrat du siège ; décider une poursuite et la requérir, c'est prendre

1. Voir à l'appendice note IV.

une décision, accomplir un acte presque aussi grave qu'un jugement ou qu'un arrêt de justice.

Dans les poursuites criminelles, le ministère public est le premier juge de l'action qu'il soutient. Sans doute il l'abandonnera si, après l'avoir intentée, l'instruction lui démontre qu'elle n'est pas fondée, mais l'on sent quelles conséquences fâcheuses seront déjà produites, quel trouble profond dans l'existence d'un citoyen aura été déjà le résultat d'une simple inculpation. L'on comprend aussi quelle hauteur de conscience et quelle fermeté de caractère il faut attendre d'un homme, pour être certain que, sans hésitation, il se déjugera, il se désistera du procès commencé et dans lequel seront engagées déjà son initiative, sa réputation, toute sa responsabilité, s'il reconnaît avoir fait fausse route.

Devant les juridictions civiles, il doit non seulement assister, mais conclure, c'est-à-dire donner publiquement un avis motivé. Celui qui, sous prétexte de travaux administratifs, ne va pas à l'audience et ne s'intéresse pas aux affaires, manque à l'un de ses principaux devoirs et perd une grande partie de son autorité, de cette autorité que donne surtout la science du droit civil. Il est même à désirer que le magistrat ne se spécialise pas trop dans l'une ou l'autre fonction, mais soit également apte à les remplir toutes. A ce point de vue de fréquents échanges de personnel entre la magistrature assise et la magistrature debout sont souhaitables, et aussi une égale indépendance.

Reste la question des garanties : les officiers du ministère public doivent-ils avoir l'inamovibilité de la fonction et de la résidence à l'égal de leurs collègues de siège ?

Ici d'autres considérations doivent entrer en ligne le compte, et faire repousser l'inamovibilité : le magistrat du

ministère public est un administrateur ; il faut donc qu'il ait l'entière responsabilité de ses actes, et que cette responsabilité se traduise en une sanction immédiate. Il le faut d'autant plus qu'il n'engage pas que lui-même, mais encore ses collègues, ses chefs, en un mot le ministère public tout entier, en vertu du principe de l'indivisibilité. Si l'acte d'un simple substitut peut avoir d'aussi graves répercussions vis-à-vis de ses chefs, comment ceux-ci pourraient-ils s'en désintéresser, et comment ne leur en devrait-il pas un compte ?

D'ailleurs les fonctions du ministère public sont nombreuses et variées ; elles sont non seulement judiciaires, mais, nous venons de le dire, administratives, tous les postes n'exigent pas les mêmes aptitudes. Ici les qualités de l'orateur seront indispensables, là celles de l'administrateur sagace et clairvoyant plutôt de mise. Il faut donc que chaque siège soit pourvu selon les besoins du service, et qu'une autorité hiérarchique dispose en conséquence des valeurs et des compétences du personnel à sa disposition.

Mais s'il convient d'écarter l'inamovibilité pour les membres du parquet, on ne saurait exclure l'esprit de justice dans la direction de leur carrière. D'abord, et comme nous l'avons déjà dit, ils ne sauraient être à la discrétion du gouvernement. Ils ne doivent dépendre que d'un Garde des Sceaux issu du pouvoir judiciaire lui-même, et des autres chefs hiérarchiques, mais seulement au point de vue administratif de leurs fonctions. Au contraire, leur avis à l'audience ne peut relever que de leur conscience et il conviendrait que la vieille maxime : « La plume est servie, mais la parole est libre », fût rigoureusement respectée et non point un vain mot. Or, qui oserait dire qu'elle l'est et même qu'elle peut l'être ? Le magistrat conclura-t-il librement à l'audience, si

le fonctionnaire a à redouter les conséquences de son indépendance.

Nous admettrions donc, suivant en cela une tendance qui semble se faire jour et dont l'excès seulement pourrait devenir dangereux, que les membres du ministère public puissent être admis à se pourvoir contre une disgrâce imméritée, à plaider leur cause et à rappeler leurs services.

Toutefois, à ce point de vue, comme à tout autre, c'est à la juste mesure qu'il convient de s'arrêter. Il est peut-être excessif qu'un fonctionnaire ait la possibilité que lui accorde l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, d'avoir la communication intégrale de son dossier. C'est la porte ouverte aux récriminations, aux haines, aux représailles possibles, et, par suite, à la circonspection excessive, sinon au manque de sincérité, dans l'expression de la pensée des chefs sur leurs subordonnés ; c'est la destruction de l'autorité nécessaire dans toute hiérarchie, et la prolongation de conflits de chefs à subordonnés, dont l'administration elle-même a beaucoup à souffrir et auxquels il importe de mettre, le plus promptement possible, un terme définitif. On peut concevoir, au contraire, que certaines réclamations puissent être portées devant une section du grand conseil chargé d'examiner les questions relatives au personnel ; qu'un rapporteur ait la mission de faire connaître à l'intéressé l'ensemble des griefs portés contre lui, et que celui-ci soit admis à s'en défendre, à les expliquer, à s'en justifier ; qu'enfin les sanctions nécessaires soient prononcées, soit contre une réclamation téméraire, soit contre l'erreur du chef ou son déni de justice.

CHAPITRE IV

Importance des formes judiciaires

- I. Pas de juridiction d'exception. — Ce qu'elles furent sous l'ancienne monarchie ; aux époques contemporaines : tribunal révolutionnaire, commissions militaires, cours prévôtales, commissions mixtes.
- II. Formes de la justice : — Critiques qu'elles ont soulevées. — Conséquences de leur violation. — Affaire Dreyfus.
- III. Comment les sauvegarder ? — Institution d'inspections générales.

Les lignes générales, ainsi tracées, il convient de préciser quelques règles essentielles qui doivent guider le pouvoir judiciaire, constituer son esprit ou diriger son action.

I

Et d'abord il pourvoira seul à tous les besoins de la justice sans, qu'il soit permis à des organismes anormaux ou parasites de se substituer à lui. Tel était le principe posé par Henrion de Pansey, guide auquel il faut revenir et qui l'exprimait en ces termes :

« ... Que l'ordre des juridictions soit invariable ; *que l'on ne connaisse ni les commissions ni les évocations...*¹ »

Cette règle était inspirée par de trop fréquents exemples

1. *Ibid.*

de notre histoire : rarement, en effet, la justice régulière a pu suffire aux exigences du despotisme, et tout attentat à la liberté fut caractérisé par une mainmise sur la justice. En fausser tous les ressorts, supprimer les garanties de son indépendance n'a même pas toujours paru suffisant ; il est de certaines obéissances auxquelles des tribunaux réguliers ne sauraient se plier ; l'habitude du droit conquiert l'esprit du juge et suscite chez lui des répugnances et des inaptitudes qui ont souvent trompé l'attente d'un maître impérieux.

Aussi, en pareilles circonstances, l'ancienne monarchie avait-elle recours contre la résistance des parlements, aux « lits de justice » dont le nom avait fini par devenir synonyme de coup de force et de violence aux lois. Dans les procès particuliers qui pouvaient l'intéresser, elle avait recours aux commissions extraordinaires, elle nommait des commissaires, « avec charge de se prononcer sur une affaire déterminée : tribunal suspect, car ceux qui le composent sont moins des juges que des exécuteurs de la volonté du roi ou des ministres, tribunal odieux dès lors, et tout désigné pour les procès politiques. Des chambres de justice composées de membres des cours souveraines sont constituées presque toujours pour examiner les actes des agents financiers..., des chambres ardentes pour juger les criminels d'État. Voie commode pour se défaire des personnages politiques suspects ou gênants, tout en sauvegardant les apparences ¹. » « Juges de tyrannie », disaient les anciennes chroniques, que personne n'a jamais confondus avec la véritable justice ou tout simplement la justice.

1. M. Brissaud, le très savant et très regretté professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse : *Histoire générale du droit français*, t. I, p. 865.

François I^{er} eut, un jour, l'occasion de s'en convaincre : visitant l'église des Célestins de Marcoussis, le moine qui l'accompagnait lui montra le tombeau de Montaigu, surintendant des finances et grand-maître de la maison de Charles VI. Le duc de Bourgogne l'avait fait arrêter, juger par commissaires malgré qu'il se réclamât de la justice des parlements, condamner à mort et exécuter aux Halles. « Il fut condamné par justice ? demanda le roi. — Non, sire, répondit le moine, par commissaires ¹. »

A toutes les époques de notre histoire la nation avait réclamé contre cet abus : bien avant la Révolution et en 1484, les États généraux réclamaient les *garanties individuelles*, et notamment « le droit pour chacun d'avoir des juges, la suppression des procédures sommaires et illégales, des commissions extraordinaires, des confiscations, etc. ².

Notre siècle a connu, sous divers noms, de trop fréquents exemples de ces tribunaux de circonstances, tribunal révolutionnaire, commissions militaires du premier empire, cours prévôtales de la Restauration, commissions mixtes du second empire, tous ont laissé, dans notre histoire, le plus triste souvenir, le souvenir du droit vaincu, de la justice violée, du sang iniquement répandu. Justices d'exception ne sont pas la justice ; elles en sont la négation ³.

1. Voltaire. *Histoire du parlement*.

2. Jules Simon. *De la liberté*, t. II, p. 265.

3. Imbart de la Tour. *Les origines de la réforme*, p. 46 (Hachette, 1905) ; Masselin. *Journal des États généraux*. Documents inédits, *passim*.

II

Une justice unique, normale est donc la seule sauvegarde des citoyens. Mais cela même ne suffit pas ; il faut encore qu'elle soit identique à elle-même, et invariable dans ses procédés : « ... Que l'honneur, la liberté, la vie et la fortune des citoyens, dit notre auteur, soient inviolablement sous la garde des formes judiciaires... » C'est qu'il y va de tout cela, en effet, on ne saurait trop le faire remarquer.

Et cependant, les formes de la justice et leurs lenteurs, que de colères et de sarcasmes n'ont-elles pas soulevés ! Combien l'esprit français s'est exercé sur ce sujet, avec ses qualités et ses défauts ! La *foorme*, a dit Beaumarchais, après Rabelais, et la chose utile, aussi bien que l'excès répréhensible, ont été jugés sur une plaisanterie, condamnés par un bon mot ; et la foule de suivre répétant la *foorme*, comme le marquis de *l'École des femmes* répétait : « Tarte à la crème. »

Voyons cependant ce qu'il y a sous cette forme tant décriée et si elle est dépourvue de tout mérite et de toute utilité : remarquons d'abord d'une manière générale que la forme est la manifestation extérieure des choses ; en dehors d'elle, il n'y a que des abstractions¹. Or, comme l'homme est un être physique, il faut bien reconnaître que la forme est pour lui de quelque importance. Comme elle est le signe de l'être, elle est aussi le signe du droit et sa plus sûre garantie. Elle

1. *Forma dat esse rei*. Rabelais (liv. III, ch. XLII) prend cette glose de la loi Falcidie comme texte de ses plaisanteries. Voir au Digeste, L. *Si is qui...* ad legem Falcidiam. Liv. XXXV, tit. II, § 80.

affirme, certifie, par un procédé apparent et sensible, que les règles protectrices n'ont pas été violées. Qu'est-ce que ces deux bornes, entre lesquelles s'étend une ligne imaginaire séparative des deux héritages ? une forme. Votre droit est en deçà, le mien au delà. Pourquoi cet officier de police n'a-t-il pas le droit de m'arrêter ? Parce qu'il n'est pas porteur d'un titre délivré contre moi, portant des formules, des signatures, un timbre particulier. Forme que tout cela cependant, appelée mandat d'arrêt, mais qui est nécessaire pour attenter à ma liberté et qui garantit qu'elle sera sauve en dehors des cas prévus par la loi. Pourquoi la loi accumule-t-elle les délais et les causes de nullité entre l'heure où le créancier commence les poursuites en expropriation contre son débiteur, et celle où il aura définitivement réalisé son gage ? Pourquoi tant de formes rigoureusement prescrites : 1° pour obliger le créancier à établir clairement son droit ; 2° pour empêcher qu'il n'en abuse ; 3° pour attester que le débiteur, dûment et préalablement averti, n'est dépouillé que dans l'un des cas où la loi le permet, et sous les conditions qu'elle détermine.

« Si vous examinez, dit Montesquieu, les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen de se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu, et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers mêmes de la justice *sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté*... Aussi lorsqu'un homme se rend plus absolu, songe-t-il d'abord à simplifier les lois... Dans les républiques il faut au moins autant de formalités que dans les monarchies :

dans l'un et l'autre gouvernement, elles augmentent en raison du cas que l'on y fait de l'honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens ¹. »

Paroles prophétiques, semble-t-il, et vérifiées de tout point encore par un événement contemporain qui a pris la proportion d'une crise nationale. Au début de « l'affaire Dreyfus » une première et très grave irrégularité fut commise : des documents jusqu'alors tenus secrets, décisifs, pensait-on, pour entraîner la condamnation de l'accusé, furent communiqués confidentiellement à ses juges, sans qu'il eût été appelé préalablement à les connaître et à les discuter. On sait quel trouble, quelle agitation funeste jeta dans le pays, pendant des années, cette violation des formes protectrices de la liberté et de la justice. Ce ne fut malheureusement pas la seule : indiscrétions coupables et communications à la presse des documents les plus importants du dossier, perquisitions, visites domiciliaires chez des personnes non inculpées, sous le plus vain prétexte (incident Picquart), arrestations arbitraires (incident Cuignet), faux témoignages, soustractions, altérations de pièces, etc. Ainsi les partis politiques, devenus maîtres de ce procès, comme naguère de celui du Panama, luttèrent de haine, de violence, d'injustice ; il sembla que la France, jetée hors de ses voies et dans une sorte d'affolement, oublieuse de ses intérêts tant extérieurs qu'intérieurs, n'eût qu'une pensée : l'affaire qui la préoccupait, la divisait, la déchirait.

1. *Esprit des lois*, livre VI, ch. II : « On ne s'attachera jamais avec assez de vénération aux formes de la justice, dit à son tour Jules Simon. Il faut les conserver avec un soin pieux, par respect pour l'innocent qui peut être accusé, par respect pour les juges que le soupçon ne doit pas effleurer, par respect pour la société qui n'est debout que par le droit et qui ne peut prononcer et frapper qu'au grand jour. » *De la liberté*, t. II, p. 265.

Eh bien ! nous le demandons — et l'on sent quelle force notre conclusion tire de cette constatation — tout cela se fût-il produit, si un pouvoir judiciaire fort et maître de lui-même eût été, dès le début, saisi de ce procès, si des juges indépendants, expérimentés, jouissant d'une grande autorité morale, eussent dirigé la poursuite et la procédure ? Il n'est pas d'esprit réfléchi et impartial qui ne réponde : non, car l'intervention d'un pareil pouvoir judiciaire a partout et toujours produit le calme et l'apaisement. Et s'il est vrai que cette lacune de notre constitution soit seule responsable de cette déplorable calamité dont nous souffrons encore, doit-on hésiter à la combler, et à fonder dans notre pays un véritable pouvoir judiciaire ?

III

Mais ces formes invariables, comment les maintenir telles ? Comment empêcher qu'avec la diversité des temps et des lieux, l'habitude n'use le zèle et ne ralentisse l'activité ? Comment empêcher surtout que, comme le dit Laferrière ¹, le magistrat ne laisse se refroidir le zèle de ses débuts, « et ne s'immobilise dans ses études » ; danger grave, en effet, car l'ignorance et la paresse du magistrat sont la suppression de la justice. Alors, en effet, le gain de procès peut appartenir, non à la partie qui a le bon droit, mais à celle qui a l'avocat le plus capable d'en imposer : ignorant, le magistrat ne discerne pas l'artifice ; paresseux, il ne prend aucune peine pour le déjouer.

Contre cet ennemi intérieur, la négligence inhérente à la

1. Voir ci-dessus, p. 323.

nature humaine, qui succède peu à peu à l'activité des premiers jours, les organisations les mieux conçues ont trouvé un remède efficace : les inspections. Elles existent dans l'armée et dans bien d'autres administrations publiques ou privées. C'est d'un rouage semblable qu'il conviendrait de doter l'organisation judiciaire.

Une tentative dans ce sens fut faite en 1884, mais n'eut pas de suite, comme toutes les institutions qui n'ont pas une loi pour fondement. Ces institutions partagent l'instabilité du ministère qui les a établies et disparaissent avec lui.

Cependant l'idée n'est pas nouvelle : On sait qu'à Rome comme à Athènes, une magistrature spéciale était chargée de contrôler toutes les autres, c'était la censure. Entre tous les ressorts d'où dépend le salut ou la perte d'un État, celui-là, d'après Platon, était un des plus considérables : Si le censeur possède, comme il convient, plus de vertu que les autres magistrats auxquels il doit demander des comptes, tout est heureux et prospère dans la cité. Dans le cas contraire, « la justice, *qui est le lien commun de toutes les parties du gouvernement* », se dissout, et la république, remplie de séditions, est précipitée à sa perte ¹.

L'ancienne France a connu aussi cette institution. Deux de nos rois, dont la mémoire est demeurée populaire, parce que l'objectif principal de leur règne fut de doter leurs peuples du premier de tous les biens, la justice, l'établirent en France. Ce furent saint Louis et Louis XII.

Saint Louis, pour assurer la durée de l'organisation judiciaire qu'il avait créée, emprunta ce moyen de contrôle à la législation de Charlemagne ². Il rétablit en quelque sorte les

1. Platon. *Des lois*, livre XII.

2. L'institution de Charlemagne aurait à peine besoin d'être rajeunie, et les instructions des capitulaires pourraient trouver leur place dans une cir.

Missi dominici, chargeant ses conseillers, les plus intimes et les plus fidèles, de parcourir les bailliages et sénéchaussées pour s'enquérir et lui rendre compte de l'administration de la justice et des actes des magistrats.

Louis XII, dans l'ordonnance de 1599, prescrivit aux parlements de s'assembler le premier mercredi de chaque mois pour corriger les abus et exercer vis-à-vis des magistrats, l'action disciplinaire.

Les *Missi dominici* de saint Louis s'appellent de nos jours, dans les administrations qui en sont dotées, des inspecteurs généraux. Ce sont eux qui, dans les administrations, ont le plus contribué à maintenir l'ordre, la hiérarchie et les bonnes traditions administratives.

Cette institution n'a pas existé seulement dans les organisations judiciaires du passé, elle subsiste encore dans le présent : aux États-Unis, un membre de la Cour suprême est désigné pour visiter chaque année les cours et tribunaux du « circuit » auquel il est attaché ¹.

Telle est l'institution qu'il conviendrait d'établir sérieusement dans notre organisation judiciaire : des inspecteurs généraux visiteraient annuellement tous les tribunaux de France, vérifieraient la tenue des parquets, des greffes, de

culaire ministérielle : Le territoire devait être divisé en missions, « *in missis* ». Les *missi* devaient parcourir leur ressort quatre fois par an, aux mois de janvier, d'avril, de juillet, d'octobre ; ils devaient traverser toutes les villes et bourgs, « *per singulas payos* ; recevoir les plaintes des pauvres, des veuves, des orphelins, des opprimés ; les prendre sous leur protection et redresser leurs griefs ; constater la négligence et l'incurie des comtes et juges ; pourvoir aux justices dont l'exercice était suspendu ;... enfin corriger tous les abus qu'ils apercevraient dans leur inspection, ou, s'ils éprouvaient quelques résistances, les signaler au prince. Faustin Hélie ; *Inst. crim.*, t. I, p. 252.

1. Souriac, *op. cit.*, p. 6, note 2.

l'état civil, etc. ; s'assureraient de la valeur des magistrats et signaleraient leurs services ; contrôleraient les rapports d'inspecteurs régionaux qui pourraient être également établis et, semestriellement, rempliraient dans chaque ressort des missions semblables.

Les premiers de ces inspecteurs rendraient compte de leur mission au conseil général de la magistrature dont ils émaneraient, les seconds au conseil de chaque ressort de qui ils auraient également reçu leur mission. Ces conseils s'assembleraient pour entendre les rapports et pourvoir suivant les circonstances. Ainsi serait véritablement rétablie cette autre institution de Louis XII, la mercuriale, dont l'article 8 de la loi du 20 avril 1810 a conservé le principe auquel, de nos jours, on rend encore un hommage quelque peu platonique¹.

Telles sont les conditions d'une bonne organisation judiciaire². Si, grâce à elle, le grand but social, la justice, est atteint « ... quelque mauvais que soit le gouvernement on le supportera, et même l'habitude pourra le faire aimer. »

Ainsi concluons-nous avec Henrion de Pansey : oui il n'est pas de gouvernement qu'une bonne justice ne pourrait rendre tolérable. L'État pourra souffrir plus ou moins d'une constitution mal faite, mais le corps social restera sain, parce

1. Cette idée que nous avons émise pour la première fois en 1895, lors de la première édition de ce livre, vient de recevoir sa réalisation par le décret de juin 1910, dû à l'initiative de M. le Garde des Sceaux Barthou, et la circulaire ministérielle qui l'accompagne. Mais il serait désirable que, pour être durable, elle reçût une consécration législative.

2. M. Cruppi en a, dans une brève et heureuse formule, résumé l'ensemble des conditions : « Un petit nombre de magistrats, choisis avec un soin extrême, destinés de fort loin par leurs travaux et leurs aptitudes à la mission spéciale qu'ils doivent accomplir, pourvus de traitements larges, inamovibles sur leurs sièges, affranchis autant que possible des soucis dangereux de l'avancement... » *La Cour d'assises de la Seine*, ch. V, § V.

que la justice, par son action constante, est la sauvegarde des mœurs publiques et privées.

Mais si, au contraire, la justice perd dans un pays, son autorité et son prestige, le lien social se dissout ; comme conséquence tout sentiment moral et altruiste disparaît ; les crimes insuffisamment réprimés se multiplient ; la récidive croît dans des proportions effrayantes et la précocité des criminels n'est pas un signe moins alarmant ; l'égoïsme gagne de toute part, étouffant le sentiment de la solidarité sociale ; la décadence matérielle et la déchéance nationale sont les suites inévitables.

CHAPITRE V

Conditions d'admission des candidats à la magistrature

Nécessité de certaines épreuves pour contrôler l'aptitude des candidats. — Examens ou concours. — Applications différentes de ces deux espèces d'épreuves. — L'examen suffit pour les carrières libérales, le concours est mieux approprié aux fonctions publiques. — Opinion de M. Roosevelt. — Autres garanties nécessaires. — Stages dans les greffes. — Écoles spéciales.

Après avoir recherché les garanties d'indépendance qui, dans l'intérêt même des justiciables, doivent être assurées aux magistrats, nous devons nous préoccuper, dans la même vue, des conditions d'aptitude que doivent présenter les candidats aux fonctions judiciaires, et des procédés à l'aide desquels on s'assurera qu'ils les réunissent.

Toutes les professions exigent des connaissances spéciales. Dans celles qui sont dites libérales, on pourrait alléguer que l'absence du savoir professionnel porte en soi sa sanction, car généralement les réputations s'établissent à bon escient, et la faveur générale se détourne de l'ignorance et de l'incapacité.

Mais il en est autrement des fonctions publiques dont les titulaires sont imposés en quelque sorte à la fonction et au public. Il faut donc, pour s'assurer de la capacité des futurs

titulaires, des procédés spéciaux, certaines épreuves dont les plus usitées sont les examens, les concours, les stages. On a cependant beaucoup médité de tout cela, sans préciser par quoi on le remplacerait. On s'est moqué des forts en thème et des mandarins, et, de ces plaisanteries, on en a conclu qu'il fallait changer tout cela, abaisser toutes les barrières, à l'intrigue et aux ambitions les plus injustifiées.

Sans doute les procédés actuellement en usage ne sont ni parfaits ni infaillibles, — rien d'humain ne l'est, — mais l'on peut affirmer qu'ils incitent à l'effort et garantissent un minimum de connaissances. Croit-on que la science pure et désintéressée ait de bien nombreux fidèles; que les premiers pas dans son domaine n'aient pas eu besoin de mobiles utilitaires, comme d'encouragements? Sans doute aussi l'étude, le travail, quels qu'ils soient, ont souvent en eux-mêmes leur récompense; mais elle est le fruit d'une longue contrainte qui, pour la plupart, n'a pas été sans souffrance. Parmi ceux que le but immédiat préoccupe et que les nécessités de la vie obligent à rechercher des résultats prochains, la science a trouvé ses adeptes les plus fidèles et ses serviteurs les plus glorieux. Supprimez ces épreuves — but qui n'existe que pour être dépassé — et vous aurez tari les sources mêmes du progrès. Il n'est pas jusqu'aux natures indolentes et que de plus hautes ambitions ne tentent pas, qui ne feront tout au moins l'effort strictement nécessaire à la conquête du diplôme jugé indispensable, ne fût-ce qu'à leur vanité. De ces efforts de quelques mois, de ces études sommaires, à l'aide de manuels ou de livres élémentaires, il restera encore un bénéfice appréciable pour l'esprit et le caractère, s'il n'en surgit pas le goût et le désir d'une plus haute culture.

On ne saurait donc raisonnablement négliger ces moyens de contrôle, pour s'assurer de la valeur des candidats à des fonctions dont, nous l'avons vu, les maîtres de la science politique aussi bien que les philosophes ont souligné l'importance. Mais quels seront ces moyens ? Deux se présentent d'abord : l'examen et le concours ; lequel faut-il préférer ? nous n'hésitons pas à le dire : le concours.

L'objet de ces deux épreuves nous semble bien différent : L'examen convient aux carrières libérales, dans lesquelles l'État n'a à assurer au public qu'un minimum de connaissances techniques, nécessaires à la sécurité de sa personne ou de ses intérêts, mais n'impose personne à sa confiance et à son choix.

Le concours est, au contraire, particulièrement approprié aux fonctions publiques : 1° parce que ne laissant point le choix du fonctionnaire à l'administré, celui-ci a le droit d'exiger qu'il soit le meilleur entre les plus méritants ; 2° parce que les fonctions publiques procurent à leur titulaire une position stable, sûrement sinon largement rémunérée, et que la justice exige, qu'entre les candidats, la valeur prouvée par un concours et non la faveur, détermine le choix.

Dans les professions libérales le combat du mérite personnel est de toute la vie. Il convient qu'il se produise au moins une fois, à l'entrée de la carrière pour les fonctions publiques en général et pour les postes de la magistrature en particulier. Il s'agit, en effet, — on l'a dit souvent, — « de pourvoir aux offices et non aux personnes ». Dès lors la sélection entre les candidats ne peut résulter que du concours. En dehors de lui la porte restera toujours ouverte au népotisme, et, dans tous les cas, on n'en évitera pas la suspicion.

Ajoutons que le concours laisse moins de place à l'arbitraire. Il est bien difficile, en effet, d'éliminer ceux qu'une épreuve, plus impartiale, désigne comme supérieurs à leurs émules : il faudrait pour les écarter, les raisons les plus graves et les mieux justifiées. En un mot, le concours *crée un droit* qu'un examen ne pourrait donner.

Enfin le concours a l'avantage de limiter les ambitions au nombre des postes à remplir, de mettre ainsi un terme aux vaines espérances et de permettre aux activités éconduites de chercher ailleurs leurs voies et leurs chances de succès¹.

Du reste en dehors du concours, d'autres garanties, les garanties morales, peuvent être exigées, et M. le Garde des Sceaux Dufaure, qui organisa, en 1876, le concours comme condition d'entrée dans la magistrature, l'entendait ainsi : il se réservait un contrôle préalable dont il indiquait l'esprit dans sa circulaire du 15 août 1876 : « N'est-il pas possible,

1. A l'appui de cette opinion on peut citer l'autorité de l'ancien président de la République des États-Unis, M. Roosevelt, autorité d'autant plus imposante qu'elle se réclame de l'expérience faite. On sait avec quelle énergie il soutint la lutte contre la corruption administrative devenue excessive, et caractérisée par le mot bien connu : « To the victors belong the spoils » (Aux vainqueurs appartiennent les dépouilles). Et en effet il fut un moment où toutes les fonctions de l'État étaient données en récompenses de services électoraux. L'on conçoit, dit-il, que les fonctionnaires ainsi nommés manquent souvent non seulement des capacités mais des qualités morales indispensables et que plusieurs sont fort accessibles à des tentatives diverses.

Pour parer à cet état de choses, M. Roosevelt considérait que les examens ne sont d'aucune garantie : « Un de ses derniers actes a été d'opposer son veto à la loi sur l'organisation du prochain census parce que le congrès y avait inséré un amendement en vertu duquel les agents du census seraient choisis, non pas au concours, mais parmi des personnes ayant satisfait à un simple examen. De nombreux milliers de personnes, dit M. Roosevelt s'appuyant sur le rapport du directeur du census de 1900, passeraient cet examen et auraient ainsi des droits égaux à être choisis, en sorte que le dernier mot appartiendrait au patronage politique. » Article de M. Pierre Leroy-Beaulieu. *L'Économiste* du 13 mars 1909, p. 370.

disait ce document, avant d'admettre un jeune homme à concourir, de vérifier par une enquête conduite avec prudence, s'il possède *au moins en germe*, tout cet ensemble de qualités qui se développent par l'exercice des devoirs du magistrat et qu'on désigne sous le nom de mœurs judiciaires?... C'est un droit que je me suis toujours réservé. »

Du reste, ce concours n'ouvrait point d'emblée les portes de la magistrature, il ne donnait que le titre d'attaché, c'est-à-dire le droit d'acquérir l'éducation professionnelle, et voici comment elle était entendue par l'auteur de la même circulaire. « Je ne saurais trop insister sur l'inconvénient grave qu'il y aurait à n'employer ces jeunes gens qu'à des travaux subalternes et purement matériels. »

« Un attaché ne doit pas tenir uniquement la place d'un expéditionnaire; vous pouvez le charger de faire quelques copies, de libeller les citations, de préparer la correspondance administrative; mais vous ne devez négliger aucune occasion de l'initier au fond même des affaires qui passent entre ses mains, d'exercer son jugement, de le former au travail de rédaction, de l'accoutumer, en un mot, aux fonctions judiciaires que les attachés sont, presque tous, appelés à remplir prochainement. »

« Vous aurez soin de leur laisser assez de liberté pour qu'ils puissent s'exercer à la plaidoirie devant la Cour d'assises ou devant la juridiction civile. Rien ne peut tenir lieu de la fréquentation assidue de la barre, soit qu'ils plaident eux-mêmes, soit qu'ils assistent aux plaidoiries des avocats les plus anciens. »

Enfin les chefs du parquet devraient encourager leurs attachés à se livrer à des travaux personnels de doctrine, de jurisprudence ou d'administration judiciaire, soit dont ils

choisiraient eux-mêmes le sujet, soit dont leur chef leur fournirait la matière, travaux qu'une commission instituée à la Chancellerie devrait examiner et apprécier.

On ne saurait cependant dénier toute efficacité aux examens qui, bien organisés, peuvent aussi constituer une garantie sérieuse. Celui qu'a prévu, en même temps que le tableau d'avancement, le décret précité du 13 février 1908 présente toutes les conditions désirables. Mais en dehors des défauts que nous venons de signaler, inhérents à ce genre d'épreuves, il a celui de placer l'initiation aux choses judiciaires, antérieurement à l'examen, et non postérieurement, et même de ne pas l'exiger toujours. Ainsi sont seuls admis à prendre part à l'examen, dit l'article 2, les jeunes gens qui, pendant un an, ont fait un stage d'attaché soit à la Chancellerie, soit dans un parquet général, ou de première instance de première classe, ceux qui justifient d'un stage de deux ans dans une étude d'avoué (ces justifications, on le sait, sont, dans la pratique, d'une facilité le plus souvent excessive); toute personne ayant obtenu un prix d'une faculté de droit de l'État; les secrétaires de la conférence des avocats près la cour d'appel de Paris.

D'ailleurs cet examen, pour aussi brillamment qu'il ait été subi, ne donne aucun droit au candidat qui, n'étant pas désigné à un autre titre que ses camarades, ne saurait s'en prévaloir pour élever une réclamation quelconque.

De plus, aussi bien à lui, qu'au magistrat inscrit au tableau d'avancement, l'article 16 oppose toute une longue série de personnes, parmi lesquelles des fonctionnaires de l'ordre administratif, qui peuvent être nommés aux fonctions judiciaires sans avoir subi l'examen.

N'est-il pas à craindre que les jeunes gens qui voudraient,

par cette voie, aborder la carrière de la magistrature n'en soient quelque peu découragés et même tout à fait détournés?

Mais, concours ou examen, tout le monde est d'accord que des épreuves de cette nature, auxquelles il convient d'ajouter des stages préparatoires, sont absolument nécessaires pour assurer un bon fonctionnement du personnel judiciaire.

En Allemagne, les rangs de la magistrature ne s'ouvrent au candidat qu'après une série d'épreuves longues et difficiles. La première consiste dans un examen écrit et oral, ayant pour but de s'assurer que le candidat a acquis dans ses études universitaires une connaissance générale des diverses branches du droit. Cet examen subi avec succès, le candidat est *référéndaire*, et, à ce titre, admis au stage qui ne dure pas moins de quatre années. Pendant ce laps de temps, le référendaire est attaché successivement, et durant des périodes plus ou moins longues, à un tribunal de première instance, à un parquet de procureur d'État et à une étude d'avocat. Enfin ces épreuves se terminent par le grand examen d'État, subi à Berlin, devant une commission spéciale de six membres, composée de trois conseillers au tribunal suprême, d'un des procureurs supérieurs près le même tribunal, et de deux conseillers secrets au ministère de la justice. L'examen écrit se subdivise en deux épreuves : la première consiste en un travail sur une question de droit théorique ; la deuxième a pour base une affaire inscrite au rôle du tribunal dont les pièces sont remises au candidat qui doit les étudier, motiver une décision, et dresser un jugement. C'est, comme on le voit, *l'essai du sens*, de notre ancienne jurisprudence. Sorti victorieux de ce dernier combat, le candidat n'est point encore magistrat rétribué ; mais il se trouve dans une situation analogue à celle de nos juges suppléants

non rétribués près les tribunaux de première instance ; il est *assesseur* et, bien que généralement il devienne titulaire dans le courant de l'année, sa nomination dépend encore du choix du gouvernement auquel il est simplement désigné ¹.

Il serait facile, en combinant les moyens fournis par notre organisation universitaire et judiciaire, de fixer une série d'épreuves analogues. Les concours qui avaient été établis par le décret du 26 mai 1876 et les examens prévus par le décret du 13 février 1908 en indiquent l'esprit et la matière. A ce point de vue il conviendrait surtout d'envisager le résultat pratique, de présenter aux candidats, moins de difficiles questions de droit théorique, que des questions prises dans la jurisprudence, ayant fait l'objet de débats judiciaires, dans lesquels les faits seraient intimement liés au droit, en sorte que le candidat soit, avant tout, appelé à faire preuve de discernement et de rectitude d'esprit : dossiers civils ou criminels à étudier, exposés oraux de ces procédures, rapports écrits sur des affaires administratives, c'est ce que l'ordonnance de 1499 appelait l'*essai du sens*, et ce qui devrait pour une bonne part constituer les matériaux des concours. D'ailleurs, celui qui, aux qualités essentielles de rectitude de jugement, d'esprit de mesure et d'à-propos, joindra le savoir juridique, celui-là, disons-nous, aura sur les autres une supériorité marquée et un avantage considérable. On devrait admettre, à ce point de vue, que le grade de docteur en droit pourrait entrer en ligne de compte et valoir au candidat un certain nombre de points, attribués préalablement. Mais ce qu'il importe de bien noter, c'est le caractère spécial de ce concours, destiné à désigner des magistrats, chez lesquels le

1. Voir pour plus de détails un très intéressant article de M. Léon Dubarle, docteur en droit, dans le *Journal du notariat*, nos des 7, 10 et 14 janvier 1880.

discernement doit être, après l'honorabilité, la première des qualités requises.

Comme complément des examens et des concours, divers stages sont reconnus indispensables, soit dans des études d'avoué, soit dans les parquets. Les stages dans les greffes seraient bien plus profitables et surtout plus indiqués pour la formation des jeunes magistrats.

Le greffe est, pour la juridiction, ce que la chaufferie est pour l'usine ou le navire, les racines pour l'arbre. C'est là que se prépare et s'élabore toute la substance de la vie judiciaire. C'est là qu'elle est en quelque sorte concentrée ; c'est là, par conséquent, qu'est la véritable école pratique du magistrat, et l'on ne comprend pas que l'on n'ait pas eu encore la pensée d'utiliser cet excellent moyen de formation et d'instruction expérimentale.

C'est surtout cette instruction qui fait défaut au magistrat qui débute et l'expose aux erreurs les plus préjudiciables, parfois les plus déplorables pour la société et pour lui-même. Voilà un jeune homme qui sort de l'école de droit où il a fait les meilleures études ; il a vingt-cinq ans, il peut être nommé substitut, juge et même juge d'instruction.

Substitut, quand son chef direct sera en congé, il aura la direction judiciaire de tout un arrondissement ; sans expérience, il aura à trancher les difficultés les plus graves exigeant quelquefois une solution immédiate. Il a été, si l'on veut, attaché pendant un an, deux ans, qu'y aura-t-il appris ? à rédiger quelques rapports, quelques actes d'accusation, à formuler quelques avis sous une forme nécessairement stéréotypée, sur des affaires administratives, recours en grâce, dispenses en vue de mariage, transmissions d'office.

Juge, où aura-t-il acquis la sagesse, la pondération que

suppose la fonction, où aura-t-il acquis *l'esprit*, ce quelque chose d'indéfinissable, que, dans aucune profession, la théorie ne donne, qui fait que le professionnel va sûrement au but, tandis que l'apprenti le plus érudit tâtonne, arrêté par telles difficultés qui n'existent pas pour le premier. Celui-ci possède ce que Pascal appelle l'esprit de finesse, sorte d'intuition que donne la pratique et qu'il oppose à l'esprit géométrique qui n'est autre que l'esprit théorique, excellent en soi et de grande valeur lorsqu'il est fécondé par le premier, c'est-à-dire par l'expérience ¹.

Si notre jeune magistrat est juge d'instruction, et la chose est fréquente, ce sera pis encore : ce jeune homme disposera de la force publique, de l'honneur des familles, de la liberté des citoyens qui auront tout à craindre d'un zèle et d'une présomption toujours en raison directe de l'inexpérience. Il y a plus : cette éducation préliminaire que n'aura pas faite le jeune magistrat à ses débuts lui manquera toujours. Si, ayant suivi pendant longtemps, ainsi qu'il arrive, la carrière des parquets, il entre ensuite dans la magistrature assise, il y a des chances pour que cette fonction lui demeure en partie étrangère ; il ignorera la sobriété du langage du droit, et il n'en comprendra pas davantage l'esprit et la portée ².

Mais, dira-t-on, qu'allez-vous faire au greffe, de ce jeune

1. *Pensées*. Ed. Havet, VII, 2 b's.

2. Quelles sont, demandait Platon (*De la République*, livre IX), les qualités requises pour bien juger ? N'est-ce pas l'expérience, la réflexion, le raisonnement. Peut-on suivre de meilleurs guides quand il s'agit de porter un jugement ? Evidemment non. Aussi ajoutait-il (*De la République*, livre III) : « Un jeune homme ne saurait être un bon juge ; il faut que l'âge l'ait mûri, qu'il ait appris tard ce que c'est que l'injustice, qu'il l'ait étudiée longtemps non dans lui-même, mais dans les autres et qu'il distingue le mal du bien ; plutôt par la connaissance et la réflexion, que par sa propre expérience.

homme licencié, peut-être docteur en droit ? un copiste, un expéditionnaire ?

Sans aucun doute, mais sous certaines réserves : il n'aura pas, par exemple, à copier de longues procédures judiciaires, et autres documents sans intérêt, et cette question d'ordre matériel est facile à régler ; mais il remplira la tâche d'un commis-greffier, bien mieux, il sera, on le dira ci-après, commis-greffier.

Pourquoi non ? et qu'est-ce en définitive qu'un greffe sinon une étude de notaire avec laquelle il a la plus grande analogie ?

En matière civile les jugements sont des actes qui règlent *d'autorité* les intérêts des citoyens, quand ils n'ont pu amiablement les régler devant un officier public. Le juge est le rédacteur de ce *traité imposé*, qui est conservé en *minute* aux archives du greffe, comme *l'accord amiable* est conservé en *minute* aux archives des notaires. Notaires et greffiers délivrent des expéditions de ces minutes qui ont le même objet, la même force exécutoire. Or, nous le demandons, les jeunes gens qui se destinent au notariat ne doivent-ils pas s'astreindre avant tout à cette besogne de copiste ? Ceux qui veulent prendre place au barreau n'en font-ils pas autant dans les études d'avoués ? Mais l'esprit est tout : le jeune homme qui prend là son point de départ, ne copie pas comme une machine à écrire, il se rend compte des actes et de leur contenu, il les situe dans une procédure, aidé en cela de ses notions théoriques. En est-il autrement dans toutes les autres administrations, et les surnumérariats sont-ils autre chose que la mise en contact de l'aspirant avec les moindres détails du but administratif à réaliser ?

Quelle école admirable et complète, d'ailleurs ! Tandis que

dans une étude de notaire ou d'avoué, le clerc stagiaire n'est appelé à connaître que le nombre et la variété d'affaires que le hasard lui envoie, au greffe il peut les voir toutes, les connaître toutes, car là tout converge, tout aboutit sans exception.

Prenons d'abord le rôle civil, les jugements et arrêts sont synthèse des procès ; les qualités en donnent l'historique. Mais cet historique, le commis-greffier intelligent l'a vécu ; il a *expédié* les jugements préparatoires, interlocutoires, par défaut ; il a suivi les enquêtes, vu les experts déposer des rapports qu'il a copiés. Les référés, les ordonnances sur requêtes lui montreront leur raison d'être et leurs conditions légales, et surtout, comment la nécessité d'une décision prompte et tranchante doit s'accorder avec le sentiment profond de la responsabilité professionnelle. A côté du président du tribunal, le commis-greffier voit ouvrir des testaments, ordonner des envois en possession. Il doit se préoccuper des questions d'enregistrement, de taxe, etc.

Une énumération plus détaillée serait fastidieuse, et il suffit de dire qu'il n'est pas une partie, pas un rouage de la machine judiciaire auxquels le greffe ne donne une impulsion ; pas une de nos lois dont l'application lui échappe.

Et il en est de même en ce qui touche la procédure criminelle ; tout passe au greffe, tout s'y expédie, y compris les actes du parquet, sauf les rapports avec les autorités hiérarchiques.

Mais dans quelles conditions le futur magistrat sera-t-il attaché au greffe ? Sera-t-il une sorte de clerc amateur qui viendra à ses heures, travaillera ou restera plus ou moins oisif ? On sait ce que valent les stages faits dans ces conditions ! rien ou presque rien, quoiqu'ils soient suivis des cer-

ificats nécessaires, obtenus de la complaisance ou même du désir du patron de se débarrasser d'un auxiliaire plus gênant qu'utile.

Il faut que l'aspirant magistrat soit d'abord commis-greffier, et commis-greffier rétribué ; qu'il puisse être envoyé aux greffes des justices de paix, des tribunaux de première instance, des cours d'appel, que ce soit le premier échelon de la carrière dont on ne craindra pas de prolonger les débuts, puisqu'un traitement sera attaché à la fonction. En cette qualité il ira à l'audience, surtout à l'audience. Il y verra se dérouler les procès qu'il aura instruits ; il suivra avec intelligence les débats, entendra les plaidoiries.

Sans doute on le dispensera de la transcription des procédures criminelles et de quelques autres travaux inutiles à son instruction ; mais il suivra les informations, les transports judiciaires, il fera enfin le travail qui incombe aux membres du parquet, la vérification des actes de l'état civil.

Ainsi avant de faire partie lui-même du corps judiciaire, le futur magistrat sera son auxiliaire le plus voisin, le plus utile ; il en prendra les mœurs et formera son esprit aux qualités de règle, d'ordre, d'exactitude qui constituent le bon magistrat ¹.

1. L'institution que nous proposons n'est pas sans analogie dans la pratique. « En Suisse les membres du tribunal fédéral sont choisis surtout parmi d'anciens juges cantonaux ayant fait leur preuve dans la magistrature locale ; il y a parfois d'anciens *secrétaires* du tribunal fédéral, ayant déjà une expérience des affaires qui s'y traitent. Il faut en effet, pour exercer ces fonctions de secrétaire, des qualités certaines et une connaissance sérieuse du droit. Tandis que chaque juge opine dans la délibération publique, le secrétaire recueille ses paroles en extrayant la substance de son raisonnement, et c'est ensuite lui qui aura à réunir toutes ces notes pour rédiger l'arrêt lui-même. Plusieurs années de cette profession accomplies avec distinction, sont un sûr garant de la compétence de celui qui les a vécues. » Souriac, *op. cit.*, p. 298.

Il va sans dire, bien entendu, que dans une réforme de cette nature, il conviendrait de respecter les droits acquis des commis-greffiers actuels. Il y aurait, en effet, une souveraine injustice, une véritable expropriation à priver arbitrairement quelqu'un d'un état sur lequel il a été autorisé à compter pour arranger sa vie. Mais ce sont là des difficultés qu'il est facile de régler pratiquement, soit par la voie d'extinction, soit par l'appel des titulaires à d'autres fonctions. Nous n'avons ici qu'à mettre en lumière l'extrême importance de l'éducation judiciaire, et nous croyons avoir indiqué le moyen de la réaliser, le plus efficace, le plus *adéquat* à cette importance.

Enfin il serait de la plus grande utilité d'organiser une école pratique de la magistrature, avec concours à l'entrée et à la sortie, comme il en existe pour d'autres administrations qui y trouvent des garanties de valeur et d'indépendance. On a ainsi organisé — on ne saurait qu'applaudir à cette initiative — des écoles théoriques et pratiques de notariat ; il conviendrait que la loi en établît de telles pour les futurs magistrats.

L'enseignement qu'on y donnerait comprendrait notamment un cours de jurisprudence dans lequel seraient analysées les décisions les plus notables, en droit civil et criminel, de la Cour de cassation et des cours d'appel.

L'organisation et la discipline judiciaire, la police administrative et judiciaire, la science pénitentiaire constitueraient également des sujets d'études aussi intéressants qu'indispensables aux candidats aux fonctions de la magistrature.

CHAPITRE VI

Attributions complémentaires du pouvoir judiciaire Exécution de ses décisions

Les décisions de l'autorité judiciaire doivent être exécutées par elle, et seule elle doit pouvoir les modifier.

- I. — Inconvénients et abus du système qui remet l'exécution des peines au pouvoir exécutif. — Régime pénitentiaire. — Loi de 1854 et lois postérieures sur la relégation et la libération conditionnelle. — Enervement de la répression. — Convenance de confier aux magistrats le soin de modifier les décisions judiciaires. — Nécessité de leur permettre de juger de l'effet des peines qu'ils prononcent.
- II. — L'amnistie. — Échec au principe ci-dessus, mais nécessaire. — Dans quelle mesure ; sous quelles conditions elle doit être accordée.
- III. — Droit de grâce logique sous la monarchie, inexplicable entre les mains du chef d'une république démocratique ; constitue un échec à la loi et à la chose jugée ; réalise une inexplicable inégalité. — Moyens de pourvoir aux cas où la grâce peut être une nécessité.

Toutes les réformes que nous avons énumérées jusqu'ici, une fois accomplies, le pouvoir judiciaire replacé au rang constitutionnel qui lui convient, ses attributions nettement définies, son indépendance assurée, le but sera-t-il atteint ? Ce pouvoir sera-t-il désormais en mesure de garantir à la société l'ordre, la paix, la sécurité dans la mesure de ses attributions ? Les libertés collectives ou individuelles trouveront-elles en lui la protection qu'elles sont en droit d'en attendre ?

On ne saurait s'en flatter sans illusion; l'édifice n'est pas encore terminé, on peut même dire qu'il manque de son complément nécessaire, indispensable, tant que ce pouvoir ne peut donner à ses actes et à ses décisions une sanction inévitable et certaine. Qu'importe, en effet, que la magistrature possède un personnel irréprochable, qu'elle ait même une autorité étendue en principe, si elle n'est point obéie ? Qu'importent ses arrêts indulgents ou sévères s'ils ne sont que le *telum imbellè sine ictu*, c'est-à-dire de vaines et impuissantes manifestations.

Trop souvent en l'état actuel des choses, les décisions judiciaires ne sont et ne sauraient être que cela.

Pour qu'une décision soit obéie, deux conditions sont nécessaires : 1° il ne faut pas que celui qui l'exécute soit l'égal, et, à plus forte raison, le supérieur de celui qui l'a rendue ; 2° il faut qu'aucune autre autorité n'ait le droit d'en détruire, d'en suspendre ou d'en modifier une partie.

I

Si, en effet, l'autorité chargée d'exécuter la décision est plus élevée que celle qui l'a rendue, ou même est son égale, elle pourra en fait en tenir tel compte qu'elle jugera convenable et l'exécuter quand et comme il lui plaira. Elle le pourra impunément, c'est-à-dire d'une manière absolue, sans contestation ni opposition possible, ce qui revient à dire qu'un véritable droit de révision et de réformation lui appartient. Et si c'est l'autorité exécutive qui est munie d'une telle puissance, c'est elle qui décidera en dernier ressort des arrêts de la justice. Autant dire que tout sera remis à sa

discrétion et que sa souveraineté dans l'État sera absolue.

Les jugements civils eux-mêmes pourraient être frappés d'inefficacité. Pour cela, il suffirait que l'officier ministériel chargé de procéder à leur exécution reçût du gouvernement l'ordre de la suspendre. L'huissier, placé entre une obligation légale dépourvue de sanction et un ordre dont la sanction serait sa destitution, serait contraint de s'abstenir.

On nous dira, sans doute, que l'objection est chimérique, que cela ne s'est jamais vu : l'affirmation est peut-être imprudente. Dire, dans tous les cas, que cela ne se produira jamais, ce serait méconnaître les lois de développement et de progression qui président aux destinées des abus aussi bien qu'à celle des plus sains principes.

Mais c'est surtout en matière répressive que toutes les suppositions sont permises, sans qu'on puisse les taxer d'in-vraisemblance : et ici se pose l'important problème du rattachement du régime pénitentiaire au pouvoir judiciaire.

Placé entre les mains du pouvoir exécutif, tout notre système pénitentiaire est à sa merci. Suivant qu'il le voudra ou à peu près, le régime des établissements sera ou dur et inhumain, ou plein de mansuétude et de douceur. Les courants d'opinion, les nécessités politiques, dont il appartient au gouvernement de s'inspirer, les propres doctrines philosophiques ou humanitaires des hommes qui le représentent, lui dicteront la mesure tant au point de vue de la généralité des condamnés, que des catégories ou même des individus.

De plus graves dangers pourraient même être à craindre dans ces heures troublées qui se rencontrent dans la vie des peuples, et alors que les hasards des commotions politiques ont pu mettre au pouvoir les hommes capables d'en abuser.

Dans de telles circonstances, on peut prévoir, sans invraisemblance, que des coupables soient soustraits à la peine ou que celle-ci ne devienne une arme de parti. Qui sait même si l'éloignement, les difficultés de relations avec les colonies ne pourraient pas favoriser les crimes politiques et la suppression d'ennemis momentanément vaincus, mais que la fortune pourrait faire de nouveau redoutables ?

Gouverner c'est prévoir et, contre des éventualités pareilles, toujours possibles, on ne saurait trop multiplier les obstacles, comme dans une place de guerre on fortifie les points faibles. Mais laissons les hypothèses et rentrons dans la réalité.

Si nous recherchons quelle est la condition essentielle d'une bonne justice répressive, nous la trouverons dans la coordination parfaite entre la condamnation et la loi, entre le mode de l'exécution de la peine et la condamnation. De même qu'il faut que le juge suive la loi, il faut que l'autorité chargée d'assurer l'exécution de la sentence suive les prescriptions de cette sentence ; il faut qu'un même esprit préside à ces diverses phases de l'action répressive. Or, ce but sera difficilement atteint si des autorités différentes interviennent dans la condamnation et dans son exécution, surtout si cette dernière — alors que l'uniformité et l'esprit de suite sont la condition première de l'action répressive — est confiée à un pouvoir changeant de mains et de procédés, et par sa nature même, et par la nécessité où il est de partager la fluctuation du sentiment public.

Pour nous en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur la législation pénitentiaire, et de voir combien nous sommes loin des prescriptions rigoureuses et cependant impératives du Code pénal. L'article 15 disait notamment : « Les

« hommes condamnés aux travaux forcés seront employés
« aux travaux les plus pénibles, ils traîneront un boulet à
« leurs pieds, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne,
« lorsque la nature du travail auquel ils sont employés le
« permettra. »

La loi du 30 mai 1854, atténua singulièrement la rigueur de ce texte, et ainsi, chose plus grave, diminua son effet répressif, en laissant entrevoir aux candidats au bagne des perspectives de modifications profondes et avantageuses à leur condition primitive : ils pourront, dans l'avenir, grâce à une conduite exemplaire, recouvrer la faculté de tester, de donner ou de recevoir, obtenir des concessions de terrain, devenir, ou peu s'en faut, de simples colons.

Elle ouvrit en outre largement la porte à l'arbitraire ; car enfin, quels seront les juges de cet amendement, ou de ces dispositions meilleures devant permettre d'aussi grandes modifications au régime normal et légal des condamnés ? Sans doute des hommes d'une incontestable honorabilité, mais libres de ces formes légales qui s'étaient imposées aux premiers, aux véritables juges.

Ces dispositions nouvelles ont eu le tort encore de paraître autoriser l'administration pénitentiaire à entrer plus largement dans cette voie, et de transformer la pensée générale des rédacteurs du code pénal de 1810. Ce que la législation de 1810, comme les précédentes, avait voulu, c'est que le forçât devînt une sorte d'esclave public¹ ; on obtenait de

1. C'était aussi l'esprit du Code pénal du 6 octobre 1791 (1^{re} partie, titre I, art. 6) qui s'exprimait ainsi : Les condamnés à la peine des fers seront employés à des travaux forcés au profit de l'État, soit dans l'intérieur des maisons de force, soit dans les ports et arsenaux, soit pour l'extraction des mines, soit pour le desséchement des marais, soit enfin pour tous autres ouvrages pénibles qui, sur la demande des départements, pourront être déterminés par le Corps législatif.

lui le travail nécessaire et des garanties contre l'indiscipline, les tentatives d'évasion, par des coercitions directes et matérielles : outre le boulet et l'enchaînement deux à deux, la flagellation, l'encellulement étaient des moyens efficaces, les seuls, d'ailleurs, pouvant l'être vis-à-vis de cette catégorie d'individus.

Mais depuis la loi de 1854 et l'interprétation administrative extensive qui s'en est suivie, malgré l'augmentation du nombre des crimes et l'insécurité croissante dans les cités, un humanitarisme mal entendu n'a cessé de réserver sa pitié aux pires malfaiteurs¹. Grâce à lui l'exemplarité de la

1. Il n'est pas inutile de rechercher sous quelles influences s'est développée cette névrose de la sensibilité populaire à l'égard des criminels : Une première responsabilité en incombe à la littérature romantique du commencement du siècle. Non seulement elle s'est évertuée à attirer l'attention publique sur les prisons et les bagnes et à faire de leurs habitants les héros de ses récits, mais encore à leur prêter toutes les vertus et les grandeurs morales. Les Jean Valjean n'ont pas été des exceptions, mais bien la règle générale.

A côté du roman a surgi une certaine école de philosophes sociaux qui est venue mettre la surenchère en posant la question de la légitimité de la peine, même aux regards des scélérats les plus avérés : la responsabilité de leurs crimes leur est-elle après tout imputable et ne remonte-t-elle pas plutôt à la société marâtre qui n'a su leur donner ni une éducation, ni un milieu favorable, ni surtout des moyens d'existence qui leur eussent permis de mener une vie honnête et morale. Conséquence : si à la rigueur, la société a le droit d'enfermer les malfaiteurs pour se protéger contre leurs excès, non seulement elle doit s'abstenir de toute rigueur, mais encore s'attacher à adoucir leur sort en les entourant d'un bien-être relatif et même de prévenances.

La société le doit d'autant plus, vient dire une troisième classe de défenseurs des criminels, que le malfaiteur est un être anormal, un malade, victime d'une sorte de prédestination au crime qui l'y a poussé fatalement. Il faut donc guérir le criminel, s'il est possible, et dans tous les cas le soigner comme un malade et un irresponsable.

A ces catégories, il faut en joindre une quatrième, celle des hommes pratiques, trop pratiques qui exploitent au profit de leurs ambitions toutes les formes de la sentimentalité populaire et du snobisme courant et créent des

peine a disparu en même temps que l'ancienne discipline des établissements de répression. La coercition directe est remplacée par des années supplémentaires de travaux forcés, peine dérisoire, pour des individus déjà pourvus d'un nombre de condamnations dont la durée excédera le terme de leur existence, par l'encellulement, en réalité plus inhumain et, dans tous les cas, d'un contrôle plus difficile au point de vue de la durée et de l'opportunité de son application.

D'ailleurs, depuis cette loi, le régime des bagnes a été voué à l'instabilité et réglé par un nombre considérable de décrets et règlements administratifs, s'annulant ou se modifiant les uns les autres. Il fut admis d'abord que le bon ordre serait assuré non point par une discipline rigoureuse ainsi que semble l'impliquer la notion de peine, mais par tout un système de « douceurs » qui récompenseraient la bonne conduite : améliorations dans le régime alimentaire, grati-

associations et des ligues dont la philanthropie est le prétexte spécieux, mais dont leurs visées personnelles sont l'objet réel.

Aussi les conséquences n'ont pas tardé à se manifester, les dernières statistiques nous le montrent : sept mille condamnés (2.500 à la Nouvelle-Calédonie, 4.500 à la Guyane) coûtent au budget huit millions, sans compter les frais généraux d'établissement, de gardiennage, etc. Chaque homme coûte donc par an 1.149 fr. 75 ou 3 fr. 75 par jour. En échange que donne-t-il ? Rien ou peu de chose.

Les plus habiles savent se soustraire aux corvées en obtenant un emploi, en se faisant ordonnance, scribe, cuisinier, etc. Quant aux autres, il n'existe aucun moyen efficace, chez nous du moins, pour les obliger à un travail quelconque, s'ils s'y refusent obstinément. Tandis que nous aurions dû obtenir, dans nos deux colonies pénitentiaires, un million sept cent quatre-vingt mille six cent vingt-six journées de travail, nous n'en avons eu que deux cent vingt-cinq mille.

Cependant, dans ces colonies ou dans les autres, à Madagascar par exemple, nos soldats doivent être en même temps combattants et pionniers, lutter contre l'ennemi et périr des fièvres engendrées par les vallées malsaines des fleuves, dans lesquelles ils sont obligés de se frayer des routes.

fications et salaires en argent, autorisation de travailler chez les particuliers, et même concession de terrains. Aussi les travaux forcés subis, non plus sous le climat réputé insalubre de la Guyane, mais dans les admirables sites de la Nouvelle-Calédonie, cessèrent-ils d'être un épouvantail pour les malfaiteurs, et fallut-il revenir sur bon nombre de ces mesures trop clémentes ¹.

La loi de 1854 et l'interprétation abusive qui s'en est suivie ne sont pas les seules coupables. D'autres lois excellentes dans leurs principes, mais dont on a eu le tort de confier l'application à une autorité non qualifiée pour cela, ont encore aggravé le relâchement du régime pénitentiaire, et par suite, l'énervement de la répression.

Ainsi en est-il de la loi du 14 août 1885 qui a introduit dans notre législation l'innovation très heureuse de la libération conditionnelle, mais qui aurait dû charger l'autorité judiciaire de la mission d'apporter elle-même à ses arrêts les modifications dont cette loi a prévu la possibilité et l'opportunité ultérieures.

Ainsi en est-il encore de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, qui autorise le ministre de l'Intérieur — ses collègues de la justice et des colonies consultés — à devancer ou à reculer le départ des condamnés pour des nécessités de services, budgétaires ou autres. Il peut également *dispenser* le rélégué de la transportation, provisoirement ou définitivement, pour raisons de santé. La libération conditionnelle du relégué, l'autorisation de quitter

1. Loi du 20 décembre 1880 ordonnant que la peine des travaux forcés sera subie par le condamné dans la prison, d'où il aurait tenté de sortir par un crime. Décrets des 4 et 5 octobre 1889, septembre 1891, décembre 1894, etc.

temporairement le lieu de la relégation dépendent aussi d'une simple autorisation administrative.

Que faut-il conclure de cet état de choses? Sinon que les décisions de la justice et les lois elles-mêmes, qui leur ont servi de base, sont remises à la discrétion du pouvoir central qui reste juge en dernier ressort de leur efficacité, libre qu'il est de les exécuter partiellement ou pas du tout. N'est-ce pas là tout au moins une situation anormale et contradictoire avec un régime républicain, c'est-à-dire fondé sur le respect des lois.

Mais tout au moins, des garanties suffisantes sont-elles données à la société, que ces tempéraments et adoucissements aux peines, ces diminutions dans leur durée seront accordés à bon escient? Les lois que nous venons de citer, pas plus de 1854 que celles de 1885 n'en prévoient aucune; tout est laissé à l'arbitraire administratif.

Qu'on le remarque bien, il n'est fait de procès à personne, et la portée de ces observations ne s'applique qu'à la possibilité laissée ouverte à de graves abus, qu'ils aient ou non été commis. Ce qu'il faut relever aussi c'est l'anomalie qui laissera le sort des condamnés et l'intérêt de la société, entourés de tant de formalités protectrices et de tant de garanties contre l'erreur alors que c'est la justice qui décide, livrés sans aucune règle et sans aucun contrôle, à la décision discrétionnaire du pouvoir exécutif.

Pourra-t-on dire, enfin, sans parler d'abus, que l'administration pénitentiaire prend toutes les mesures nécessaires pour préserver d'erreur ses décisions? et d'abord à qui est dévolue la tâche difficile de régler à *nouveau* le sort des condamnés? En réalité à des agents subalternes: quelles que soient les précautions prises, dit M. le professeur Geor-

ges Vidal, et les garanties données dans la composition de la commission qui devra, à certaines époques périodiques, statuer sur le sort du condamné et ordonner sa libération conditionnelle ou son maintien en prison, cette commission ne peut être éclairée sur la conduite et les sentiments du détenu que par les *rapports* des gardiens ; le directeur lui-même, si actif et si dévoué qu'on le suppose, devra, dans les établissements à population un peu nombreuse, s'en rapporter le plus souvent aux renseignements des gardiens, en sorte que la liberté des détenus dépend entièrement de la volonté d'un agent subalterne¹.

Dans les bagnes, les maisons centrales, les mêmes gardiens auront implicitement le droit de réviser ou d'atténuer les arrêts les plus solennels des cours d'assises. Sans doute ce sont des gens bien choisis, et d'une moralité parfaite, la plupart du temps, mais, par la force des choses, ils sont plutôt hommes d'action que d'observation et de discernement. Et c'est à eux cependant qu'est dévolue une mission délicate entre toutes, celle de dire si un criminel est devenu meilleur, s'il s'est réellement et foncièrement amendé ! Il est tout au moins à craindre que ces honnêtes gens ne soient victimes des simulateurs et des hypocrites que sont généralement les malfaiteurs.

Mais, dira-t-on, l'autorité judiciaire sera-t-elle plus heureuse, et ne devra-t-elle pas aussi se renseigner auprès des mêmes agents ?

Nous répondons tout d'abord qu'en remplissant cette fonc-

1. M. Georges Vidal (*op. cit.*, n° 456) dit cela à propos de la libération conditionnelle qui met un terme aux « sentences indéterminées » en usage dans certains pays. Mais on conviendra que l'observation s'applique de tout point à la libération conditionnelle telle que la loi de 1885 l'a instituée chez nous.

tion, l'autorité judiciaire serait dans son véritable rôle, tandis que l'administration centrale n'est pas dans le sien.

Il est de principe, en effet, que tout ce qui touche à l'application des peines, à leur modération, à leur modification est essentiellement du domaine judiciaire. C'est ainsi que la loi de 1863 a permis aux juridictions répressives de modifier la peine par l'admission des circonstances atténuantes, et que celle de 1891 les autorise à surseoir à l'exécution de la peine prononcée. La loi du 14 août 1885 elle-même rend hommage à ce principe, à propos de la réhabilitation, dont elle a fait une mesure exclusivement judiciaire; alors qu'autrefois l'instruction en était à la fois administrative et judiciaire, et que la décision appartenait au ministre de la justice, aujourd'hui l'instruction et la décision appartiennent aux cours d'appel.

Il serait donc normal qu'il en fût de même des modifications à apporter au régime des condamnés aux travaux forcés, à la relégation et à l'application de la libération conditionnelle. Prononcer la peine, veiller à son exécution, la modifier, ce n'est là qu'une seule et même mission que la même autorité doit remplir. Il y a, pour qu'il en soit ainsi, mieux qu'une question de symétrie, mais une raison de convenance réelle entre choses du même ordre. Il est naturel que la mesure de pardon soit soumise à la même rigueur de formes que la décision qui punit. L'intérêt social est le même dans les deux cas et la même autorité doit, sous les mêmes garanties, exercer le ministère de sévérité et celui de relèvement et de clémence.

Ainsi loin d'être réduit à ce rôle, en quelque sorte automatique, d'appliquer des lois prévues à des faits déterminés, le juge ne se désintéresserait pas de celui qu'il vient de frap-

per. On a reproché aux tribunaux de ne pas suffisamment « individualiser » la peine, de punir le crime plutôt que le criminel et de se préoccuper trop exclusivement du châtement et peu ou point de l'amendement du coupable. Il y a dans ces reproches une très grande part d'exagération : On oublie trop que toute affaire pouvant entraîner une sérieuse condamnation a été l'objet d'enquêtes, d'informations préalables ; que l'instruction se refait à l'audience, que le passé d'un prévenu est connu par son casier judiciaire et les autres documents conservés dans les divers services à ce destinés, et que, par conséquent, les juges ont tous les éléments pour proportionner la peine aussi bien à l'infraction qu'à la perversité de l'agent ; mais ce qu'on oublie encore davantage c'est que si ces reproches — émanés souvent de personnes qui n'ont jamais pris part à l'œuvre de la justice, et qui ne savent guère mieux que le vulgaire dans quelles conditions elle s'exerce — si ces reproches, disons-nous, sont fondés, dans quelque mesure, la faute en est à l'organisation que nous critiquons.

Oui, sans doute, il serait bon, indispensable même que le juge qui a prononcé la peine fût en mesure d'en apprécier l'effet sur ceux qu'elle a atteints. Il y aurait là, au point de vue de la science pénitentiaire *pratique*, un véritable champ d'expérimentation dont la société aurait tout le bénéfice. Il faudrait qu'un tel examen, une telle recherche entrât dans l'office du magistrat, en sorte qu'il les considérât, non comme simplement une œuvre utile et bonne en soi, quoique facultative, mais comme un devoir précis et impératif de sa fonction et que les services fussent organisés dans cette vue et dans ce but.

On comprend avec quelle compétence éclairée les juges

criminels disposeraient des sévérités de la loi, après en avoir longtemps étudié les effets, et combien l'œuvre de la justice, ainsi comprise, serait vraiment bonne, éclairée, sociale.

Telle est l'opinion des compétences les plus autorisées en la matière : « On a quelquefois critiqué dans notre pays, disait M. Cruppi à la Chambre des députés¹, et cela avec énormément d'injustice et d'exagération, la résistance de la magistrature française à certaines idées modernes (*très bien, très bien, à gauche*), à l'éducation correctionnelle, par exemple, à l'instruction contradictoire, à un certain moment on lui a même reproché à juste titre — j'ai fait moi-même cette critique étant magistrat — d'avoir le goût des courtes peines, inutiles, dangereuses et distribuées avec autant de largesse que d'imprévoyance.

« Eh bien ! savez-vous un des motifs les plus sérieux de cet état de choses ? Le magistrat ne connaît pas assez sa propre justice et ses conséquences ; il juge des délits, il applique des définitions abstraites, tandis qu'il devrait connaître des hommes et des délinquants (*applaudissements*). Il ne suit pas son arrêt, il n'en observe pas l'exécution, il n'en corrige pas les conséquences ; il connaît le crime, sa qualification, il connaît le Code pénal de 1810, ce tarif démodé de vengeance pénale ; il ne connaît pas le criminel et n'est pas suffisamment initié au rôle que le juge aura dans l'avenir, au point de vue des œuvres de patronage et de reclassement. »

« Il faut, disait encore M. Cruppi, à la séance de la Chambre du 5 décembre 1899², que le magistrat acquière de plus

1. Séance du 2 mars 1899.

2. *Journal officiel*. Débats parlementaires, 1899, p. 2068.

en plus la conscience de ses hautes responsabilités et il faut pour cela qu'il assiste aux conséquences de ses arrêts, qu'il touche du doigt le résultat de ses décisions. L'intelligence de cette formule importe, croyez-le, à l'avenir de notre droit pénal...

« Si le droit pénal n'a pas, en France, fait de progrès, c'est parce que le délinquant, dans la législation actuelle, n'est qu'un numéro administratif, bon en quelque sorte pour les statistiques; le juge lui applique un tarif, distraitement, quand il passe devant lui et immédiatement après il l'oublie... Le délinquant est un être vivant, un être souffrant et le mouvement d'individualisation de la peine, d'examen particulier de chaque détenu ne prendra tout son essor que le jour où toutes les œuvres de reclassement et de réadaptation à la vie sociale seront encouragées, aidées, dirigées par un chef unique. »

Il faut, en un mot, suivant la belle expression de M. Félix Voisin, « que la même pensée suive le coupable depuis le jour de son arrestation, jusqu'au jour de sa libération¹ ».

Ces raisons, d'une haute portée sociale, puisqu'elles ont trait à l'efficacité même de l'œuvre judiciaire, seraient suffisantes pour justifier le rattachement des services pénitentiaires à l'administration de la justice; mais l'on peut ajouter que le personnel judiciaire aura mieux que tout autre les aptitudes et les moyens d'investigations nécessaires, pour juger de l'amendement des condamnés, de la mesure dans laquelle il convient de les faire bénéficier des lois d'indulgence ou de pardon. Outre que les enquêtes, les instructions, en un mot la recherche de la vérité sous toutes ses formes,

1. Rapport de M. Félix Voisin sur les établissements pénitentiaires étrangers dans l'enquête parlementaire de 1873, t. II, p. 25.

constituent la principale de ses attributions, il les remplirait avec la compétence et l'esprit de justice puisé dans l'exercice même de ses fonctions, sous les garanties que la loi impose à toute véritable juridiction.

D'ailleurs n'est-il pas évident que les antécédents du condamné, son attitude au cours des débats, les motifs mêmes de la condamnation doivent influencer sur les décisions bienveillantes à prendre à son égard ? Or, l'autorité judiciaire possède seule ces divers éléments, si bien que l'administration pénitentiaire doit s'adresser à elle pour les obtenir. C'est ainsi que l'ordonnance du 13 février 1848 fait un devoir à l'administration de consulter la justice sur les propositions de grâces à accorder, et que l'article 13 de la loi du 14 août 1885, lui impose la même obligation en ce qui concerne la libération conditionnelle.

Cette unité de l'œuvre judiciaire a toujours et partout paru si normale et si naturelle que nous la trouvons aussi bien dans notre ancien droit que dans la plupart des législations étrangères.

Il en était ainsi sous notre ancienne législation où tout le régime pénitentiaire était remis aux mains de l'autorité judiciaire ; des édits ou ordonnances de toutes les époques lui attribuaient non seulement la surveillance, mais l'administration des prisons. Les membres du parlement et les procureurs du roi ne doivent pas se contenter de les visiter fréquemment, mais ils doivent y tenir de véritables séances « avant les fêtes de Noël, Pâques, Pentecôte et Toussaint¹ ». Et il en fut ainsi jusqu'à la période révolutionnaire.

1. Voir sur ce sujet la très intéressante thèse présentée en 1900, devant la Faculté de droit de Toulouse, par M. Magnol, aujourd'hui professeur agrégé à la même Faculté.

C'est alors seulement que par une fausse application du principe de la séparation des pouvoirs, le décret des 22 décembre 1789 et janvier 1790 plaça le régime pénitentiaire dans les attributions de l'autorité administrative, et c'est sur cette base que fut établie toute notre organisation pénale, tant par le Code des délits et des peines (6 octobre et 22 juillet 1791) que par des lois et décrets postérieurs.

Le Code d'instruction criminelle (art. 607, 613) a adopté le point de vue de l'Assemblée Constituante, et cependant, par une contradiction dans laquelle il faut voir le souvenir des vrais principes, c'est le ministère public qui est chargé de veiller à l'exécution des peines (art. 165, 197, 376, 377 du Code d'instruction criminelle) ¹.

Dans presque tous les États européens l'administration pénitentiaire est rattachée au ministère de la justice et cette solution qui est l'objet d'un projet de loi déposé sur le bureau du Sénat par M. Béranger, est préconisée par les autorités les plus compétentes ².

1. Dans le même sens : Art. 127 C. d'inst. crim., modifié par la loi du 29 décembre 1873 sur le recouvrement des amendes, au nom du procureur de la République. Enfin si, sur l'exécution de la peine, il s'élève quelques difficultés, les tribunaux compétents en connaîtront parce que, dit M. Vidal, « l'exécution de la peine étant *l'accessoire* et la conclusion de l'action publique, elle doit être soumise au juge qui a statué sur cette action ». Vidal, *op. cit.*, p. 717.

2. Signalons d'abord la grande enquête parlementaire prescrite par l'Assemblée nationale en 1873. La Cour de cassation et dix cours d'appel se prononcèrent pour le rattachement. Dix autres pour le maintien du *statu quo*, mais trois parmi ces dernières demandaient une administration indépendante et dans laquelle l'autorité judiciaire serait appelée à intervenir. Sept cours ne se prononcèrent pas. — En 1878 le conseil supérieur des prisons recommande à M. le Ministre de l'Intérieur (c'était M. de Marcère) qui avait suivi la délibération, la proposition de M. Babinet ayant pour objet de transférer l'administration pénitentiaire du ministère de l'Intérieur au ministère de la Justice ; même solution donnée par le Congrès catholique tenu à Aix les

II

Si en règle générale, et suivant la maxime qui a cours en Angleterre, « il faut que tout accusé reconnu coupable, soit sévèrement puni et qu'il exécute intégralement sa peine sans faveur ni faiblesse ¹ », cette règle ne doit pas aller sans exceptions. On vient d'en voir plusieurs qui, le mode d'application mis à part, méritent toute approbation. Ce ne sont pas les seules, ni les plus considérables. Il en est d'une nature plus complète et plus absolue, l'amnistie et la grâce, dont il convient, au même point de vue, d'examiner les conditions d'application.

L'amnistie est une mesure de clémence qui, assurément, se justifie en fait et en droit. En fait, il est des circonstances

10 et 11 octobre 1893 sur le rapport de M. Albert Rivière, secrétaire général des prisons. — En 1897 des démarches étaient faites auprès des ministres de l'Intérieur et de la Justice par MM. Béranger, Babinet, Petit, Réveillé, Cheysson, A. Rivière, Vincent et M^{me} d'Abadie d'Arrast sur l'initiative du conseil de direction de la Société générale des prisons. Cette démarche obtint l'adhésion des ministres, mais ne fut suivie d'aucun résultat pratique. Devant les Chambres de 1898 à 1900 les rapporteurs des budgets pénitentiaires recommandent le rattachement au ministère de la Justice. En 1899 et 1900 M. Cruppi soulève la question à propos du budget. Les éloquents discours dont nous avons cité quelques passages firent passer sa conviction dans l'esprit du rapporteur de 1899 qui joignit à son rapport le projet de motion suivant : « La Chambre invite le gouvernement à préparer un décret rattachant le service pénitentiaire au service de la Justice. » Enfin, comme nous l'avons dit, M. Béranger a déposé en ce sens, un projet de loi sur le bureau du Sénat. Enfin, citons parmi les hautes autorités favorables à notre système MM. d'Haussonville, Pierre Baudin, Labrousse, Claude Goujat, etc. — Le lecteur a compris déjà que ce n'est point un simple transfèrement de service d'un ministère à l'autre que nous demandons, mais une *incorporation* véritable et étroite des services pénitentiaires au pouvoir judiciaire, tel que nous essayons dans cet ouvrage d'en définir l'esprit et d'en dessiner les grandes lignes et les traits principaux.

1. M. Cruppi. *La Cour d'assises de la Seine*.

où l'intérêt supérieur de la paix publique explique, exige même l'effacement des conséquences pénales de faits délicieux ou criminels ayant un certain caractère collectif. Après des discordes civiles d'une nature politique ou sociale, il importe que l'oubli se fasse, et que le trouble cesse, aussi bien dans les cœurs et dans les esprits, que dans les lieux mêmes qui en ont été le théâtre.

On ne saurait qu'être d'accord sur ce point, mais à la condition que cette mesure ne soit point dénaturée et détournée de son véritable but, tel qu'il vient d'être défini. Trop souvent, on le sait, les passions ou les intérêts politiques abusent des institutions les meilleures pour en faire des armes de parti, des moyens de gouvernement ou simplement de popularité.

Les lois d'amnistie n'ont pas échappé à cette déviation ; au lieu de conserver le caractère exceptionnel qui leur est propre, elles sont devenues fréquentes et pour ainsi dire annuelles¹. Tandis que leur esprit est la réconciliation des partis politiques, elles n'ont été très souvent, en fait, que des faveurs spéciales accordées à l'un d'entre eux. Tandis enfin que de graves divisions politiques devraient seules les motiver, les circonstances les plus diverses en ont été le

1. De 1905 à 1908 quatre en quatre années : 1° 1905. Limoges : pillages, incendies en avril, le 30 octobre de la même année, amnistie ; 2° 1906. Courrières : incendies, pillages, meurtre du lieutenant Lautour, en avril le 11 juillet, amnistie ; 3° 1907. Troubles du Midi : incendie de la préfecture et de la mairie de Perpignan, etc., 31 mars 1908, amnistie ; 4° 1908. Draveil-Vigneux, Villeneuve-Saint-Georges, 12 février, amnistie. On pourrait éprouver quelques doutes sur l'efficacité de ce moyen d'apaisement, en trouvant dans le rapport de l'amnistie de 1909 de l'honorable député M. Lauraine, cette réflexion sceptique : « A nous voir rechercher si fréquemment l'apaisement, ne serait-on pas tenté de croire que nos amnisties de la veille n'ont qu'imparfaitement atteint ce but. »

prétexte. On sait, par exemple, que de nombreuses lois d'amnistie ont été édictées pour des faits de grèves. Or, qu'est-ce au fond qu'une grève, sinon un conflit d'ordre le plus souvent privé, motivé par un désaccord sur le contrat de travail? Que la grève se produise en toute liberté, que chacune des parties use de son droit et des armes légales qui sont à sa disposition, rien de plus légitime. Mais, si à cette occasion des violences inexcusables, des crimes et des délits de droit commun viennent à se produire, pourquoi seraient-ils l'objet, de la part du législateur, d'une indulgence spéciale?

La seule conséquence de pareils errements est, sinon d'encourager les grèves elles-mêmes, au moins de leur donner un caractère plus grave et plus violent. Hésitera-t-on à violer la liberté du travail, alors que l'on sait que la peine encourue pour ce délit ne tardera pas à être effacée? Hésitera-t-on devant les voies de fait, les meurtres, les pillages, les attentats de toute nature, alors que l'on sait que ces infractions de droit commun seront considérées comme « *faits connexes* » aux faits de grève et amnistiés comme tels.

Loin d'étendre indéfiniment l'amnistie par le vague voulu de la formule « faits connexes », il importerait au contraire de limiter soigneusement et rigoureusement les cas que la mesure doit comprendre; sans cela on arrive aux conséquences les plus inattendues: c'est ainsi qu'on a vu une amnistie, destinée à effacer des délits de presse, innocenter les chantages les plus odieux et les outrages aux bonnes mœurs les plus révoltants¹, sous prétexte qu'ils avaient été commis « à l'aide de la parole et de l'écriture ».

Sans doute, dira-t-on, mais que faire? Comment empêcher

1. Ces outrages sont prévus par la loi du 2 août 1882.

l'abus ? Il est certain que l'on ne saurait songer à limiter sur ce point l'omnipotence du pouvoir législatif qui est l'expression de la souveraineté. La base légale et juridique de l'amnistie étant telle, le judiciaire ne peut servir ici de contrepoids utile. Le seul remède est celui que l'on indique souvent pour des maux qui n'en comportent aucun, l'amélioration spontanée de la moralité politique, et il faut bien reconnaître que c'est là un simple souhait, non un spécifique efficace.

Cependant, en tout ordre de choses, dénoncer le mal, en mettre à jour les déplorables suites, n'est pas tout à fait inutile, car de cette dénonciation peut naître le courant d'opinion d'où viendra le salut. Un premier point pourrait peut-être s'obtenir sans trop d'efforts, c'est que le parlement voulût bien se borner à désigner d'une manière générale le conflit ou les circonstances devant donner lieu à l'amnistie votée et s'interdire rigoureusement d'entrer dans le détail des actes, des pénalités, des incapacités qu'elle doit effacer. Il confierait ensuite à une commission spéciale, composée par égale part de sénateurs, de députés, de hauts magistrats, le soin d'en fixer les effets et l'étendue, et de décider si elle est ou non applicable à tel fait déterminé.

On ne saurait donc méconnaître que, tout en portant atteinte à l'irrévocabilité nécessaire des décisions judiciaires, l'amnistie se justifie en droit et en fait, et constitue ainsi une exception absolument légitime et justifiée.

III

En est-il de même du droit de grâce ?

Faire grâce est un acte de souveraineté qui suppose chez celui qui l'accomplit une prérogative supérieure à l'autorité

de celui qui a prononcé la condamnation¹. Aussi ce droit se conçoit-il parfaitement entre les mains du prince régnant, sous la monarchie absolue ; tous les pouvoirs sont concentrés en sa personne, et si des motifs d'utilité pratique l'ont déterminé à les déléguer partiellement, il ne s'en est pas dépouillé, il a pu en « retenir » telle parcelle qu'il lui a plu, et même il lui sera loisible de les reprendre tous quand il le jugera convenable. Donc les juges n'ont prononcé que sous la réserve implicite de son contrôle et même de son intervention arbitraire et toujours possible. La sentence lui paraît-elle mauvaise, des raisons d'une nature quelconque font-elles qu'il la juge inopportune, il la supprime purement et simplement ou la modifie ; c'est son droit constitutionnel.

Avec le régime représentatif, et notamment la monarchie parlementaire, la chose n'est déjà plus aussi claire et souffre davantage de difficulté. Cependant, il ne faut pas oublier que ce régime est une sorte de conciliation, plus heureuse peut-être que logique, de l'ancien principe monarchique absolu et du principe nouveau de la souveraineté nationale. Or, dans les conciliations et les transactions de toute nature, comme il se fait un partage, entre les parties intéressées, des avantages et prérogatives en discussion, l'on conçoit fort bien que le roi constitutionnel se soit vu attribuer ce que les rois ont toujours considéré comme leur prérogative éminente et traditionnelle, le droit de faire grâce.

Une telle attribution ne se justifie pas entre les mains d'un président d'une République parlementaire. Elle n'est plus imposée par une tradition, ou même expliquée comme

1. Dans ce sens : Rousseau. *Contrat social*, livre II, chap. V.

une transition nécessaire. Sans doute le chef de l'État républicain est la plus haute personnification de l'ordre politique, mais comme cet ordre se caractérise précisément par l'obéissance à la loi, comment donc admettre que son premier magistrat puisse, par une sorte de bon plaisir, en paralyser les effets et mettre ainsi en échec le pouvoir législatif lui-même.

Un crime a été commis, pour la répression duquel la justice du pays a été mise en mouvement, avec tout son appareil ; le coupable a été saisi, les divers rouages juridictionnels ont examiné l'affaire de près, douze citoyens ont été réunis pour reconnaître la culpabilité ; enfin la peine est prononcée ; justice est faite, et il semble bien que tout cela doive, sauf les recours légaux, être considéré comme définitif. Pourtant il n'en est rien, la volonté d'un seul homme, en lequel ne réside plus la souveraineté, pourra anéantir l'œuvre de la justice, et, ce qui est le plus grave, la volonté de la loi.

Non, répond-on, car la grâce « n'entrave pas l'application de la loi pénale à laquelle elle n'apporte aucune modification, cette application ayant été faite par la condamnation que la grâce respecte ; elle ne contient pas davantage d'empiètement sur le pouvoir judiciaire, puisqu'elle laisse subsister la condamnation dont elle modifie seulement les conditions d'exécution ¹ ».

N'est-ce pas se payer de mots ? Comment concevoir que la décision gracieuse respecte une loi dont elle empêche l'effet et les conséquences naturelles. Que l'on dise que c'est légitimement qu'elle le fait puisque le droit de grâce résulte

1. M. Georges Vidal, professeur à la faculté de droit de Toulouse. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* (1906), p. 707.

aussi de la loi, à la bonne heure ! mais qu'on ne prétende pas que la loi qui permet de faire grâce ne fait point échec à celle qui édicte et ordonne la condamnation dans tel cas déterminé.

Quant à la chose jugée on pourra encore faire le même raisonnement et dire que cette atteinte est légale, mais non point qu'elle n'existe pas. Il y a contradiction dans les termes à affirmer qu'une condamnation subsiste entière, *tout en étant modifiée dans ses conditions d'exécution*. Tous les jours les juridictions supérieures modifient les décisions des juridictions inférieures ; sans doute ! mais il ne viendrait à l'esprit de personne, de soutenir que ce n'est pas la décision elle-même qui est modifiée. Il faut donc bien reconnaître que le chef du pouvoir exécutif a reçu de la constitution un véritable droit d'annulation ou de réformation des arrêts de l'autorité judiciaire, et qu'en cela encore il y a empiétement manifeste d'un pouvoir sur l'autre ¹.

La confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire n'apparaît pas seulement dans la concession de cette faveur, mais

1. Aussi un grand nombre d'autorités expliquent que le pouvoir exécutif dispose du droit de grâce, par cette seule considération que le pouvoir judiciaire est une dépendance du pouvoir exécutif. Il n'y a pas, dès lors, confusion des pouvoirs. « Mais si l'ordre judiciaire est un pouvoir autonome absolument indépendant des deux autres pouvoirs, tout à fait distinct de l'exécutif, le droit de grâce ne se conçoit plus : logiquement il ne peut être reconnu au chef de l'État ou, du moins, il ne peut exister que comme prérogative exceptionnelle, inadmissible dans une organisation rationnelle. » — Duguît, *La séparation des pouvoirs*, p. 99. ; Ducroq. *Cours de droit administratif*, 7^e édition, t. I, n° 35. — En réalité le droit de grâce fut conservé par les auteurs de la Constitution de 1875 comme bien d'autres institutions monarchiques qu'ils espéraient ainsi n'avoir pas à rétablir plus tard, lorsque l'œuvre provisoire, qu'ils pensaient édifier, serait remplacée par le gouvernement monarchique dont la plupart au moins escomptaient le rétablissement prochain.

encore dans la procédure et les détails mêmes de la législation sur ce point. S'il s'agit des grâces collectives, les propositions sont faites par les directeurs des maisons centrales aux préfets qui, eux-mêmes, les transmettent soit au ministre de l'intérieur, soit au ministre des colonies, si les propositions émanent des directeurs des pénitenciers coloniaux. Ces ministres les adressent à leur tour à leur collègue de la justice à qui la décision appartient en fait, après qu'il a pris auprès des parquets les renseignements nécessaires. Quant aux grâces individuelles, les recours sont instruits au ministère de la justice par la direction des affaires criminelles et des grâces qui rejette les demandes ou les accueille suivant que les faits et circonstances paraissent l'exiger ou le comporter. Enfin, aux termes de l'article 3, §§ 2 et 5 de la loi constitutionnelle, la décision gracieuse doit être contresignée par le Garde des Sceaux, ministre de la justice.

On le voit, tout se passe administrativement et il faut bien reconnaître qu'il y a là, la préparation par le pouvoir central d'une nouvelle décision qui sera rendue, *cognita causa*, pour confirmer ou réformer la première.

A cet effet, le droit du Président de la République (entendons de l'administration) est presque sans limites; aucune loi ne le restreint; il peut substituer à la peine prononcée toute peine moindre, pourvu qu'elle soit de même nature (droit commun, politique ou militaire). Bien plus, si le chef de l'État a outrepassé ce que, dans la pratique, l'on considère comme la limite naturelle de son droit, si par exemple il a ordonné que le civil condamné à mort sera fusillé, ou que le militaire sera décapité; si encore sa décision aggrave, en fait, la situation du condamné, au lieu de l'améliorer, le Conseil d'État a, le 30 juin 1893, décidé que les actes accom-

plis par le chef de l'État font partie des actes de gouvernement, qui rentrent dans les pouvoirs souverains du chef de l'État, et ne sont susceptibles d'aucun recours ¹.

N'est-ce point le droit d'un autre âge, qui nous reporte, non seulement au delà des déclarations des droits de l'homme, mais au delà des anciens parlements? Sous leur juridiction, en effet, le dernier mot, au moins en principe, restait au pouvoir judiciaire, car l'efficacité des lettres de grâce était subordonnée à *l'entérinement*, formalité substantielle que les parlements avaient le droit de refuser, si la grâce leur paraissait abusive. Un vestige de cet ancien état de choses est demeuré jusqu'à nos jours : les cours d'appel sont aussi appelées à entériner les lettres de grâce, aux termes de l'article 20 du décret du 6 juillet 1810. Mais ils ne peuvent s'y refuser; ce n'est donc plus qu'une vaine cérémonie.

Ce n'est point seulement le principe de la séparation des pouvoirs qui se trouve atteint par le droit de grâce, mais un principe non moins important, non moins fondamental, celui de l'égalité devant la loi : quels pourront être, en effet, les mobiles de la décision gracieuse? N'oublions pas, qu'*en fait*, la mesure pourra être imposée au chef de l'État par le ministère comme une nécessité politique, et tous les auteurs s'accordent à reconnaître que c'est là une des raisons qui expliquent et justifient l'existence du droit de grâce ². Mais alors c'est l'incertitude, la contingence, les peut-être de la vie quotidienne envahissant le domaine de la justice! Veut-on même, qu'à ce point de vue, la mesure ait le plus sou-

1. Hauriou. *Précis de droit administratif* (1903), p. 279.

2. V. en ce sens Vidal, *op. cit.*, p. 707.

vent une explication plausible ? L'aura-t-elle toujours et, dans tous les cas, l'opinion publique ne s'y trompera-t-elle pas ? Ne l'interprétera-t-elle pas dans le sens de l'injustice et de l'inégalité¹ ?

Allons plus loin : le pouvoir change de mains et un nouveau Président de la République, mû par d'autres idées et d'autres sentiments personnels, adopte, en matière de grâces, une ligne de conduite toute différente : voilà donc un revirement complet dans la jurisprudence pénale ; le misérable d'aujourd'hui dont le forfait est peut-être moindre que celui du misérable d'hier, subira le châtiment suprême, auquel ce dernier aura échappé ! Pourquoi ? Que répondre à l'opinion troublée, à la conscience publique désorientée par de tels revirements dans les procédés de la répression ?

Mais que le pouvoir change encore et — l'hypothèse est après tout possible — que le chef de l'État croie devoir aller loin, très loin dans la voie de la clémence, où s'arrêtera-t-on ?

Où s'arrêtera-t-on surtout si, des mains du chef de l'État le droit de grâce passe aux mains du gouvernement, par l'une de ces évolutions lentes dont, nous le savons, le droit ad-

1. C'est ainsi que la presse s'emparant d'une récente décision gracieuse, la commentait de la manière suivante : « La peine de l'escroc G... vient d'être commuée. Pourquoi ? Par quel côté ce voleur qui a fait mourir sa femme de chagrin et qui abandonna ses enfants en bas âge, pour s'enfuir au Brésil avec une femme galante, a-t-il pu mériter cette faveur ? Il s'était bien conduit à la Guyane. La récompense ne se sera pas fait attendre. » (*La petite Gironde*, n° du 18 septembre 1907.) — Il y a quelque chose de choquant aussi bien pour le sentiment du goût que pour celui de la justice et de l'humanité à voir le sort d'un misérable livré au hasard. Pourquoi la tête de L... tombe-t-elle, et pourquoi G... est-il épargné ? disait, à propos de faits récents, un autre journaliste. (*La Dépêche de Toulouse*, 30 juillet 1910.) C'est donc une sorte de loterie et, ajoutait-on fortement, la loterie de la mort !

ministériel possède le secret? Déjà c'est une commission administrative qui prépare la décision et le Garde des Sceaux qui la contresigne. Et voilà tout indiqué le moyen pour le ministère d'imposer sa volonté au Président de la République. Que par l'usage, l'autorité de cette commission s'affermisse et grandisse, que la raison d'État, invoquée par le gouvernement dans des circonstances de plus en plus fréquentes, mette le Président dans l'alternative de céder ou de provoquer un conflit; que la publicité, qui s'introduit partout et pénètre même les secrets de la justice, révèle prématurément la décision de la commission des grâces, serait-il loisible encore au chef d'État, au risque de jeter la discorde dans le pays et de provoquer une de ces crises redoutables dont nous n'avons eu que trop d'exemples, de refuser ce que ce tribunal administratif d'un nouveau genre aura accordé ?

1. En juillet 1910, un journal avait publié l'entrefilet suivant : « Dans sa séance de ce matin la commission des grâces s'est prononcée pour la commutation en travaux forcés à perpétuité de la peine de mort à laquelle Alphonse Meyer a été condamné, le 11 mai dernier, par la cour d'assises de la Marne, pour avoir assassiné le garçon de recettes Jules Louis. Le journal le *Figaro* sous la plume de M. Beaunier fait suivre cette nouvelle des judicieuses considérations suivantes : Comment ! la commission des grâces rend des arrêts à présent ! Elle s'est constituée à l'état de tribunal et qui révisé les jugements de la Cour d'assises ? C'est détraquer l'organisation de la justice. Au-dessus des jugements des assises, il n'y a rien. Il y a la Cour de cassation, mais pour les questions de forme seulement. Et il y a la grâce, mais elle dépend exclusivement du chef de l'État, non d'aucun tribunal. La commission des grâces n'est pas un tribunal ; elle accomplit auprès du chef de l'État, une besogne de secrétariat compétent. C'est le chef de l'État qui la prie d'étudier une affaire, d'en examiner les pièces, de lui en faire le résumé et de lui donner un avis. Mais cet avis ne compte pas. Il ne compte que pour le Président de la République, lequel l'acceptera peut-être et peut-être aussi l'écartera. La commission des grâces n'a point à se prononcer ; plus exactement elle n'a point à dire et à faire savoir qu'elle s'est prononcée. Autrement, et par le seul fait de la publicité qu'on donne à son opinion,

Mais alors c'est la toute puissance, non plus du pouvoir exécutif, mais du gouvernement, définitivement conquise, c'est la justice répressive mise tout entière à sa discrétion.

Et comme les gouvernements changent, il s'en rencontrera toujours un pour concéder la grâce que ses prédécesseurs avaient refusée.

De telles éventualités se réalisant, toute répression étant énervée, la loi pénale suspendue en fait, la société insuffisamment garantie, ce serait la rupture de ce contrat social, tout au moins implicite, qui remet aux mains de l'État la protection individuelle, et dont la violation pourrait permettre à chacun de se croire autorisé à protéger lui-même sa sécurité et sa vie. C'est donc le cas de rappeler ce principe essentiel, que l'État démocratique ne peut vivre que par les lois et la justice, et que toute institution qui tend à en affaiblir la puissance et l'efficacité est contraire au principe fondamental de sa constitution.

C'est par ces considérations, et surtout en se plaçant à ce point de vue : confusion des pouvoirs et échec à l'égalité devant la loi, que l'Assemblée nationale abolit le droit de grâce. L'abus qui avait été fait sous la monarchie des lettres de grâce, justifiait suffisamment cette suppression. Enfin Montesquieu, qui voit dans ce droit un attribut naturel de la monarchie, le déclare incompatible avec le principe

elle entrave le libre exercice du droit de grâce qui appartient au seul Président de la République. Il ne s'agit donc pas en l'espèce, d'une indiscretion pure et simple, mais d'une grave altération du mode judiciaire que nos lois ont installé. La publicité accordée aux opinions — c'est le mot — aux opinions de la commission des grâces crée, illégalement, une juridiction nouvelle et imprévue. Si l'on dit que c'est là petite chicane, nous répliquons que l'observance méticuleuse des règles juridiques est la garantie d'un chacun, et qu'on peut la considérer comme le fait principal de ce qu'on nomme civilisation.

du gouvernement républicain ¹. Beccaria ne l'admet pas dans les gouvernements tempérés, parce que « la clémence est vertu du législateur et non de l'exécuteur des lois », l'exercice par celui-ci du droit de grâce implique de sa part, l'improbation de la loi ² ».

Cependant, nous dira-t-on, il n'est pas de règle générale sans exceptions, et il est des circonstances où une mesure de clémence peut être opportune et même s'imposer comme une nécessité, par exemple, une erreur judiciaire a été commise, il importe d'en supprimer, sans délai, la conséquence la plus strictement dommageable, c'est-à-dire la peine ; ou encore il sera nécessaire de tempérer la rigueur des lois qui ont cessé d'être en harmonie avec les mœurs ou la civilisation ; ou enfin de tenir compte de l'amendement moral des condamnés et de l'encourager par la perspective de la grâce.

Remarquons qu'au dernier point de vue, la libération conditionnelle, ordonnée par une décision judiciaire, remplacerait la grâce avec tout avantage ; l'effet moral en serait plus complet puisque, l'effacement de la condamnation aurait le même caractère que son application. Émanant de la même autorité, il serait impossible de dire qu'elle procède de points de vue contraires ou tout au moins divergents, et les mêmes formes judiciaires qui avaient paru nécessaires pour attester la culpabilité garantiraient à la société le relèvement et en quelque sorte l'innocence reconquise du condamné.

Les deux premières considérations recevraient satisfaction par les mêmes moyens.

1. *Esprit des lois*, livre VI, chap. V et XXI.

2. *Des délits et des peines*, chap. XLVI.

La Constitution de 1848 s'inspirait au fond des idées que nous proposons, puisqu'elle décidait que le chef de l'État ne pouvait faire grâce qu'après avoir pris l'avis du Conseil d'État.

Pourquoi n'investirait-on pas ainsi le Grand conseil de la magistrature d'un pouvoir analogue, quoique moins étendu, puisqu'il aurait le droit de prononcer la grâce, non plus en toutes circonstances, mais dans des cas déterminés, et tels que ceux qui sont indiqués comme justifiant, dans les mains d'un pouvoir quelconque, le droit de faire grâce.

Rappelons que le Grand conseil de la magistrature serait d'autant plus qualifié pour cela, que dans la conception que nous en avons présentée il se composerait non seulement de magistrats, mais de membres des Assemblées législatives.

CONCLUSION

Nous nous sommes proposé au cours de cet ouvrage, de mettre en relief deux points de vue, l'un de droit, l'autre de fait, le premier consistant dans l'exposé d'une loi générale, le second ayant pour objet sa vérification par l'expérience historique.

Du premier, il ressort qu'à la fin du XVIII^e siècle, après Montesquieu et la Révolution, un double principe semblait acquis à la science politique, la séparation nécessaire des pouvoirs et leur division tripartite en législatif, exécutif et judiciaire. Toute la doctrine était d'accord pour reconnaître que leur indépendance était la condition même de la liberté, et leur absorption en un seul une cause de tyrannie, car l'expérience de tous les temps a démontré qu'un pouvoir unique, qu'il appartienne à un individu ou à une assemblée, ne saurait jamais se maintenir dans les limites de ses droits et de ses attributions.

Si la loi, disait-on encore, peut être enfreinte par le pouvoir dont elle émane, ou avec son approbation, et sans qu'aucun autre pouvoir puisse s'opposer à ce désordre, autant dire qu'elle n'existe pas. Ce n'est plus qu'une manifestation mensongère, le masque dont se couvre un despo-

tisme hypocrite, criant liberté, en étouffant la liberté ; légalité, en violant impudemment la loi ¹.

La réalité de cette séparation était donc subordonnée à l'existence au nombre des pouvoirs constitutionnels, d'un pouvoir judiciaire autonome, son rôle étant par définition même de délimiter, de départager les autres ².

Telle était la théorie dont la grande autorité de ses auteurs suffisait à recommander une étude sérieuse.

Cependant cette étude avait été assez généralement négligée. On s'est peu préoccupé, en effet, de la valeur et du rôle constitutionnel du pouvoir judiciaire ; une simple mention, dans la plupart, il est vrai, des constitutions, a paru un suffisant hommage au principe. Dans la pratique, on n'en a guère tenu compte.

Plus souvent mentionnée, commentée même par les auteurs, mais avec des précisions insuffisantes, la doctrine de la séparation des pouvoirs n'a pas été respectée davantage. Déformée, on l'a vu, par la jurisprudence, elle est devenue une vaine formule dont on a abusé pour poursuivre et atteindre le résultat diamétralement opposé, et certainement acquis, la confusion de tous les pouvoirs. D'une part, par le jeu du gouvernement parlementaire, le législatif et l'exécutif sont confondus ; la caractéristique de ce gouvernement étant la responsabilité des ministres devant les chambres, celles-ci disposeront à leur gré du pouvoir exécutif, et le premier emploi qu'elles feront de cette faculté sera de n'admettre aucun ministère pris en dehors de leur sein. D'autre part, les constitutions impériales et celles qui ont suivi ont, par

1. V. Lamennais. *Paroles d'un croyant*.

2. Voir ci-dessus la citation de De Tocqueville, page 1.

des considérations personnelles, subordonné le pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif, diminuant autant que possible son autorité et réduisant au minimum son action, en sorte que la confusion se trouve complètement réalisée.

L'essentiel était de savoir auquel des deux systèmes l'expérience donnerait raison ; serait-ce à la conception scientifique ? Serait-ce à la pratique empirique issue des progrès de la puissance administrative et marquée par l'effacement, même matériel, dans la Constitution de 1875, de l'autorité judiciaire ?

Les partisans du deuxième système mettent en avant la durée même du régime tel qu'il existe : voilà quarante ans, disent-ils, que la République en vit et s'en accommode : n'est-ce pas déjà une preuve de viabilité ?

Nous répondons d'abord que le principe de vie dont nous affirmons la nécessité ne fait pas complètement défaut dans l'acte constitutionnel de 1875 ; il se trouve dans le pouvoir législatif lui-même, dans sa division en deux assemblées, se limitant, se contrôlant mutuellement, et ne permettant pas à l'une d'elles de devenir tyrannique. Il est même à remarquer que la liberté ne s'est maintenue que tout autant que chacune d'elles a rempli sa fonction avec indépendance. Cette constatation est donc la démonstration la plus éclatante de la doctrine classique.

Ensuite, dirons-nous, vivre c'est beaucoup, mais ce n'est pas suffisant ; comme le pensaient les Grecs, il faut encore le bien vivre, le vivre heureux, *eu ζην*. Or pour un peuple comme pour un individu la vie heureuse est faite de grandeur, d'honorabilité, de sécurité du lendemain, de prospérité générale. Nous avons donc été amené à nous demander quelle a été cette existence de la deuxième partie du xix^e siè-

cle, si elle a toujours correspondu à cet idéal ; si elle a été normale, régulière, révélatrice d'une bonne constitution physique, ou symptomatique au contraire d'un certain état morbide et d'une insuffisance organique.

Des faits nombreux pouvaient être apportés à l'appui de la deuxième de ces appréciations. Il n'en a été rappelé que quelques-uns des plus démonstratifs, et décelant particulièrement le défaut d'une organisation judiciaire rationnelle : Affaire de Panama, affaire des Chemins de fer du Sud, affaire Dreyfus, liquidation des biens des congrégations, etc., autant de titres qui en disent assez long pour le lecteur français, et qui ont eu, hélas ! bien au delà de ce pays, une trop retentissante notoriété. On sait que le pays tout entier en a souffert, en a été troublé, en a été divisé ; on sait aussi que bien d'autres atteintes, à la probité publique, à la sécurité individuelle, à la liberté du travail, tolérées ou insuffisamment réprimées, émeuvent et déconcertent l'opinion publique.

Où trouver la source d'un aussi déplorable état de choses, si ce n'est dans le défaut d'une répression prompte, énergique, indépendante ?

Mais cette répression — et c'est le point de vue de fait qui a été examiné après le point de vue de droit — on ne saurait l'espérer si elle dépend d'un pouvoir exécutif dirigé, non point par un immuable esprit de justice, mais par des nécessités politiques contingentes et variables de jour en jour. Pour que la politique ne trouble point profondément le pays, il faut que la justice règne, et que rien ne puisse entraver son œuvre. Or il n'en peut être ainsi que si le pouvoir judiciaire, souverain dans sa sphère, est indépendant des pouvoirs politiques.

Rien, d'ailleurs, de plus facile que de délimiter le domaine

judiciaire, et, dans la fixation de ses attributions, rien que de simple, de normal, de cohérent, de logique :

Dans notre siècle de division de travail, lorsqu'un ouvrier livre à son camarade une matière à demi ouvrée, pour recevoir des perfectionnements nouveaux, lequel des deux appréciera si elle est apte à recevoir une nouvelle façon ? Le premier ? évidemment non, car il est persuadé qu'elle est au point ; sans cela il ne l'eût pas livrée ; mais bien le second, auquel l'adaptation incombe. Qui, du producteur ou du consommateur, jugera de la valeur d'un produit ? évidemment le consommateur.

Ainsi le juge, dans un litige, voit les parties en présence invoquer des titres privés, des décisions administratives, des lois, et c'est lui qui doit se demander si tout cela est régulier, valable, si tout cela peut s'adapter, s'appliquer à la cause.

Mais, objecte-t-on, est-il admissible que de simples tribunaux jugent l'œuvre du législateur ?

Nous répondons : non, assurément, si l'on considère le pouvoir judiciaire comme une simple émanation, comme une branche du pouvoir exécutif, comme une autorité subordonnée et déferente. Non, encore, s'il s'agissait de juger la loi elle-même, *in abstracto*, de la modifier, de l'annuler objectivement.

Mais oui, au contraire, et toute anomalie disparaît, si la justice est un véritable pouvoir de l'État, au même titre que le législatif et que l'exécutif. C'est là, il est vrai, ce qu'il nous est difficile d'admettre, ce qui a peine à rentrer dans notre conception traditionnelle et atavique de l'État, dans notre cerveau façonné à de certaines idées dont il ne peut se défaire, alors que très volontairement et très délibérément nous avons détruit le cadre qui les comportait, l'ordre de

choses auquel elles s'adaptaient uniquement. En un mot nous voulons la fin, et sans les moyens, le principe sans ses conséquences inséparables.

Oui, encore, si, d'autre part, le juge apprécie le texte qui lui est soumis, *non en tant que loi, mais en tant que titre des parties*, et dans le cercle étroit où se meut un litige privé, comme il apprécie tous les autres documents, et les décisions administratives elles-mêmes (art. 471, § 15 du Code pénal), sans que l'on voie là un empiétement sur les attributions de l'administration. Or, la loi, on le sait, est le premier de tous les titres des parties, celui qui supplée et vivifie tous les autres.

Quoi de plus logique également que l'autorité, chargée de faire certains actes de puissance publique, ait seule qualité pour les réformer, ou les annuler? C'est pourquoi le pouvoir judiciaire doit seul connaître de l'exécution des arrêts et jugements et des modifications que, par mesure de clémence ou autrement, ses décisions peuvent comporter dans l'avenir.

C'est donc la doctrine classique qui avait raison : tout le prouve, tout s'accorde à le dire et à le constater ; aussi bien les conséquences désastreuses, claires, évidentes, palpables dans des événements de la vie contemporaine, qui ont suivi la violation des véritables règles, comme l'effet suit la cause, que la logique la plus rationnelle, et la nécessité même des choses. Il convient, en conséquence, de revenir résolument et virilement aux principes.

Sans doute, à ce point de vue, la réforme judiciaire n'est pas la seule qui serait nécessaire pour doter notre pays de la constitution républicaine dont il n'a que l'apparence.

Une large décentralisation administrative s'imposerait tout d'abord.

Il conviendrait ensuite que le pouvoir exécutif fût un pouvoir effectif et non point une émanation, tantôt dirigeante, tantôt subordonnée, suivant les hommes et les circonstances, du législatif ; que le Président de la République eût, comme son collègue des États-Unis, une autorité réelle et non purement nominale et représentative ; que les ministres, choisis par lui, fussent responsables devant lui seul et ne fissent point partie du parlement ; qu'enfin le pouvoir législatif, dont le mode électoral et le renouvellement partiel assureraient l'indépendance, fît des lois dans la limite de ses attributions constitutionnelles.

Mais quelque nécessaires que soient ces réformes, nous n'avons pas hésité à affirmer que la réforme judiciaire est la plus urgente de toutes, parce qu'avant d'être politique elle est sociale ; parce que la justice est la base et la raison d'être de tout gouvernement, et que, si elle est particulièrement convenante à la République, c'est que précisément elle est la condition première, l'essence même de toute liberté tant publique qu'individuelle ; parce qu'enfin elle est la seule garantie constitutionnelle, assurant la pleine exécution des lois et décrets rendus dans les limites des pouvoirs législatif et exécutif, refusant au contraire sa sanction à tout acte de puissance publique qui enfreindrait le pacte fondamental. Les autres pouvoirs orientent, dirigent avec plus ou moins de bonheur les intérêts de l'État ; le pouvoir judiciaire en assure la stabilité, c'est-à-dire l'existence même ; il est, suivant la belle expression de Solon que l'on ne saurait trop rappeler, l'ancre du navire. Il importe donc qu'il ait toutes les attributions, toute l'autorité et l'indépendance nécessaires pour lui permettre de remplir intégralement une aussi importante mission.

Cette ancre du navire est particulièrement nécessaire dans un gouvernement républicain démocratique, sujet plus que les autres aux orages, aux commotions, aux changements brusques. Aussi, disent les historiens des mœurs américaines, les États-Unis ont su trouver dans un pouvoir judiciaire bien constitué l'élément de stabilité de leur constitution ¹. Elle est indispensable surtout chez le peuple que nous sommes, d'esprit prompt, de caractère mobile et, comme le disait César de nos ancêtres les Gaulois, amoureux de nouveautés, mais en la forme plutôt qu'au fond.

Cette constatation elle-même n'est-elle pas un peu décourageante et n'allons-nous pas tourner dans un cercle vicieux ? N'est-ce point cette mobilité de caractère qui nous empêche d'examiner les problèmes avec sang-froid, de les résoudre avec maturité, de prendre et d'exécuter les décisions avec force et persévérance, ainsi que savent le faire nos voisins d'outre-Manche ? Nous avons signalé quelques-uns des principaux obstacles qui s'opposent chez nous à la réforme judiciaire, comme à toutes les autres ; nous avons noté l'intérêt électoral et le faux esprit égalitaire, il convient d'y ajouter ce défaut de notre caractère national qu'il serait opportun, avant tout, de dominer et de vaincre. C'est cette frivolité de nature qui nous fait nous émouvoir vivement et nous agiter pour des incidents de médiocre importance, nous épuiser en vains discours et en discussions stériles pour n'aboutir qu'à des œuvres imparfaites, telles que la récente loi sur les justices de paix ² et bien d'autres. Notre radicalisme est de pure forme, et si nous abusons de cette expression dans le langage courant de la politique et à l'usage de l'électeur, nous

1. Voir ci-dessus, page 78.

2. Voir ci-dessus, page 345.

usons rarement de la chose, en tant qu'elle consisterait dans l'accomplissement intégral d'un dessein mûrement réfléchi¹.

N'exagérons rien cependant : La France a su, dans tout le cours de son histoire, accomplir de grandes œuvres, utiles à l'humanité plus encore qu'à elle-même. Cette mobilité tant objectée est due le plus souvent à la fécondité de son génie créateur qui a jeté tant de lumière et d'idées sur le monde. Mais il importe précisément que, pour poursuivre son œuvre civilisatrice, elle prenne conscience de ses imperfections et s'applique à les réformer. Il importe enfin que, sans attendre les crises et la contrainte des événements, nous nous décidions à agir fortement, virilement ; c'est la condition inéluctable de la survivance, dans leur beauté et leur intégrité historique, de notre pays et de notre race.

1. Cet état d'esprit à la fois curieux et insouciant était constaté récemment par un économiste, M. Paul Leroy-Beaulieu, à propos de la grève des chemins de fer d'octobre 1910 : « Il paraît avéré, dit-il, que si un pareil arrêt de la circulation vitale du pays se produit encore, il ne pourra se prolonger quelques jours sans amener contre lui l'opinion publique, *si imprévoyante pourtant et qui n'a que trop de tendance à voir dans ces crises un attrait de nouveauté qui séduit toujours la badauderie au début.* »

APPENDICE

NOTES ET DOCUMENTS

NOTE I

Justice et démocratie

(Renvoi au chapitre III, de la 1^{re} partie.)

Que l'on nous permette d'ajouter quelques considérations à celles qui justifient l'intitulé du chapitre III (1^{re} partie) sur l'affinité de nature et les rapports nécessaires du pouvoir judiciaire avec la constitution démocratique :

Non seulement il y a entre eux concordance et harmonie, mais nécessité de coexistence. C'est ce qu'exprime parfaitement la maxime suivante de M. de Tocqueville ¹ : « L'extension du pouvoir judiciaire, dans le monde politique, doit être corrélative à l'extension du pouvoir électif. Si ces deux choses ne vont point ensemble, l'État finit par tomber en anarchie ou en servitude. »

Rien de plus exact que cette formule.

Il est d'évidence que les progrès de la démocratie doivent susciter des compétitions de plus en plus nombreuses et de plus en plus violentes : nombreuses, car la foule des individus cherchant à sortir de leur condition pour s'en créer une meilleure s'accroît tous les jours ; violente, car les nouveaux venus appor-

1. *De la démocratie en Amérique*, t. I, p. 117.

tent toujours dans la lutte plus d'ardeur, et moins d'égards et de ménagements.

Or, des deux moyens d'imposer quelque mesure et de régulariser ce mouvement irrésistible, la force et la justice, personne n'oserait prétendre que le second ne soit préférable. Il a, entre autres avantages, celui de s'imposer aux masses par sa valeur même, et l'ascendant naturel qu'il a sur elles. Ajoutons que d'ailleurs il est seul de mise, car la force passe de plus en plus du côté de la démocratie, à laquelle on ne saurait plus contester la souveraineté, dans le présent et dans l'avenir. C'est un fait que vérifie la simple vision des étapes suivies par notre existence nationale contemporaine, depuis la Révolution de 1789.

A cette dernière époque, une part minime de la nation, un dixième peut-être, bénéficiait de la plupart des avantages sociaux et des plus considérables. Toutefois, une autre fraction, la bourgeoisie, avait grandi en fortune, en intelligence et en lumières ; de là chez elle un ressentiment croissant de l'infériorité de rang et de considération où elle se trouvait. Autant donc les privilèges nobiliaires, que le besoin réel de réformes provoquèrent la révolution.

La bourgeoisie inaugura, à cette occasion, une tactique qui, depuis lors, n'a plus cessé d'être employée dans les luttes politiques et sociales, très humaine d'ailleurs, quoique contestable au point de vue de la correction et la loyauté. Elle consiste à utiliser toute la puissance populaire, en excitant l'envie chez le peuple, en lui faisant sentir sa misère par comparaison avec l'opulence voisine, en éveillant en un mot toutes les convoitises et les passions qui sommeillent dans cette force partiellement inconsciente.

La Révolution se fit, et il est inexact de dire, comme on le fait trop couramment, que ce fut au profit exclusif de la bourgeoisie ; le peuple en eut sa part, ne fût-ce que par la conquête de l'égalité civile et la suppression des privilèges de caste. Après la Révolution la majorité, dans laquelle se confondait d'ailleurs la bourgeoisie, car de véritables démarcations n'existent pas entre elle et le peuple, ne fut plus une masse confuse et amorphe : la démocratie existait, elle entra en scène.

Sans doute, sa marche en avant aurait pu être lente, et, au point de vue d'une saine évolution sociale, peut-être cela eût-

il été préférable, mais il fallut compter avec un élément nouveau que personne ne pouvait et ne voulait d'ailleurs éliminer : la science.

Dès le début du ^{xix}^e siècle, s'ouvrit l'ère des grandes découvertes scientifiques qui parlèrent aux yeux, à l'esprit, à l'imagination et, en un mot, furent éducatives par elles-mêmes. Les œuvres géniales, produisent l'admiration d'abord, l'émulation ensuite : tout le monde vit, contempla, toucha les grandes inventions, matérialisées par les machines. Après, tout le monde en profita : les distances disparurent, supprimant l'obstacle entre l'esprit et l'aliment intellectuel ; la ville voisina avec la bourgade, offrant à celle-ci toutes ses séductions et aussi ses dangers, l'attirant, la dépeuplant.

Vint en même temps la grande industrie, la fabrique, où les ouvriers ne sont plus isolés, mais travaillant ensemble, peuvent échanger leurs réflexions, et la première qui leur vint à l'esprit fut celle-ci : c'est nous qui faisons mouvoir tout cela ; tout cela est notre puissance.

Enfin, par l'instruction générale et technique, toute cette force devient de jour en jour plus consciente d'elle-même ; elle se discipline ; elle s'arme pour la lutte ; elle dit à ses conducteurs et à ses initiateurs d'autrefois : nous n'avons plus besoin de vous, nous sommes assez grands pour trouver notre voie et nous y diriger ; elle renverse les constitutions hostiles, écarte les barrières légales, et, de la loi même se fait un auxiliaire et un levier.

Dès lors elle n'est plus seulement la force, elle est devenue le droit. La démocratie est vivante, agissante ; c'est le fait historique et social qui s'impose, contre lequel il serait puéril autant qu'injuste de lutter ; car que l'on le veuille ou non, dans ce temps où tout doit, dit-on, relever de l'expérience, l'histoire démontre qu'il est la résultante de toute évolution sociale. Il n'y a plus qu'à organiser la société nouvelle sur cette large base.

Mais comment, dans la mêlée générale, dans cette lutte pour la vie, le bien-être et la prédominance, comment faire prévaloir l'ordre et réprimer les éléments de destruction et d'anarchie ? Aux mauvais bergers qui disent au peuple : tu es une force intelligente, c'est-à-dire une force ayant au service de ses instincts et de ses passions, une intelligence, qui répondra : non, tu es avant tout une intelligence, ayant à son service une force ; une

intelligence, et aussi une conscience et, par conséquent, une responsabilité ?

Ah ! sans doute une forte discipline morale et religieuse le ferait entendre avec puissance et autorité. Mais, il faut bien le dire, cette évolution, toute matérielle, est restée étrangère aux intérêts moraux qu'elle a même affecté d'ignorer ou d'écarter.

Toutefois une ferme et constante application des lois est douée aussi d'une grande efficacité. « Je ne crois, écrivait, il y a quelques années, un publiciste de talent¹, aux réformes des mœurs, que par de patientes applications de la loi. » Or une application pareille ne saurait se concevoir sans son moyen naturel, un pouvoir judiciaire éclairé et indépendant.

Enfin, parce que le sentiment de la justice est gravé au plus profond du cœur humain, elle seule est capable de faire accepter bénévolement à la démocratie les coercitions indispensables à tout ordre social, c'est donc sur elle qu'il convient de fonder la société nouvelle.

NOTE II

Les adversaires de la réforme

Les idées émises dans ce livre rencontrent leur principal adversaire dans notre atavisme, dans la formation séculaire de notre esprit, et, contre cet adversaire les raisons sont impuissantes. C'est ce que constatait récemment l'éminent député de Marseille, M. Joseph Thierry, à propos de la réforme administrative². Sa réalisation, disait-il, exigera quelque courage. « Ce n'est pas sans heurter des traditions invétérées, des intérêts de clocher déjà séculaires que l'on pourra faire aboutir la réforme. Le président du Conseil devra mettre au service de son œuvre toute son énergie s'il entend triompher des *résistances électorales et des forces insondables de la routine*. »

Comme nous, l'auteur ne conçoit pas de réforme partielle : « Tout cela, dit-il, ne s'opérera pas en détail et au hasard... ;

1. M. Hector Pessard.

2. Voir le journal *Le Télégramme*, 13 novembre 1910.

c'est dans une *opération d'ensemble* que se produira équitablement et *harmonieusement* la nouvelle répartition. Mais pour que la réforme administrative soit féconde, il faut qu'elle ait surtout un caractère de *décentralisation*. C'est ici qu'il y aura le plus à lutter contre les habitudes d'esprit du pouvoir central.

Voilà bien en effet les deux ennemis de toute réforme sérieuse : le pouvoir central et l'esprit de routine. Le premier est suffisamment connu, insistons sur le second : nous ne nous déterminons que très difficilement à évoluer en dehors de notre sphère ordinaire, ou lorsque nous nous y résolvons, c'est révolutionnairement, autrement dit, par à-coups, sans réflexion et à contre-sens de la liberté. Nous ne concevons pas au contraire les réformes rationnelles et pacifiques un peu profondes. Dès qu'elles changent nos habitudes, elles nous semblent anormales. Combien de fois les idées émises dans ce livre n'ont-elles pas rencontré de ces répliques péremptoires : un pouvoir judiciaire absolument indépendant, comme base de l'État républicain, allons donc ! Le chef de justice désigné par le pouvoir judiciaire lui-même, ne faisant point partie du ministère, quelle énormité ! Vainement on alléguera qu'il en est ainsi en Angleterre et dans tous les pays de magistrature élective ; que si l'on veut faire de l'autorité judiciaire un véritable pouvoir, il n'y a pas plus de raison pour faire figurer son chef dans le conseil du gouvernement, qu'il n'y en aurait à y faire représenter le pouvoir législatif ; toutes ces raisons seront vaines, et la meilleure réponse que vous obtiendrez sera celle-ci : « Ce serait en opposition absolue avec les principes et le fonctionnement du régime parlementaire ! »

Le régime parlementaire ! Voilà encore l'un des fétiches nocifs dont notre esprit est le plus fortement séduit, et que l'on ne doit pas discuter. Il conviendrait cependant de rechercher ce que contient cette formule intangible, et l'on découvrirait peut-être qu'elle recèle le vice essentiel de notre constitution ; la confusion de tous les pouvoirs : le législatif absorbant l'exécutif qui tient lui-même dans sa main le judiciaire, telle est la conception grâce à laquelle ont été possibles les incidents politiques et judiciaires mentionnés au cours de ce livre, et qui ont troublé le pays.

Avec le régime parlementaire, le gouvernement manque de fixité. Comment en aurait-il, alors qu'à peine nommés, ses membres deviennent la cible de toutes les ambitions déguées. Et sans

sûreté du lendemain, comment oser entreprendre une œuvre quelconque, s'attacher à une réforme, suivre une politique, songer à l'avenir du pays? Avant tout il faut vivre, tant bien que mal, au jour le jour, et c'est là une tâche suffisamment absorbante. Pas de responsabilité non plus, faute de pouvoir en faire remonter l'origine à tel ou tel des gouvernements éphémères qui se sont succédé à de courts intervalles.

On a bien compris tout cela, et des propositions ont été faites, en des temps divers, en vue de faire décider que le gouvernement serait pris en dehors des Chambres; ou que, tout au moins, les membres du parlement devenant ministres, cesseraient par cela même, d'en faire partie; que le ministère ne relèverait normalement que du Président de la République et ne serait responsable devant le parlement que dans des conditions et des cas exceptionnels. Mais ici encore, entre l'idée juste et sa réalisation, trop d'intérêts personnels ou de préjugés s'interposent pour que l'on puisse en espérer le triomphe.

C'est notre tempérament national, unitaire et centraliste, à l'excès, plus épris d'égalité que de liberté, qu'il faudrait réformer, parce qu'il nous laisse exposés à toutes les entreprises du césarisme; et de quel césarisme? On sait que Rome en offrit de nombreuses variétés, suivant son état de corruption morale ou de décomposition sociale, depuis le conquérant des Gaules jusqu'aux misérables créatures que la milice ou la plèbe faisait ou défaisait suivant le caprice du jour.

Il est d'ailleurs, pour les peuples qui s'abandonnent, d'autres éventualités non moins redoutables, la chute dans l'anarchie chronique ou dans quelque ignominieuse vassalité.

NOTE III

Opinions diverses

On a vu, dans la préface et dans toute la suite de ce livre, les opinions d'un très grand nombre d'hommes d'Etat, de juriconsultes de tous les temps et de tous les pays, s'accordant sur la nécessité d'un pouvoir judiciaire indépendant, pour assurer la liberté à un pays, et une marche normale à sa constitution.

On ne saurait trop insister sur ce point et nous croyons devoir donner ici quelques autres citations de travaux ou de discours d'hommes éminents, qui le mettent particulièrement en lumière.

Un des parlementaires les plus estimables par son caractère et par la fermeté de ses opinions politiques, M. René Goblet, s'exprimait à propos de l'affaire des Chemins de fer du Sud (voir ci-dessus, page 289) de la manière suivante :

M. Goblet. — La justice doit agir librement dans son indépendance. Les parquets seuls sont sous votre contrôle : les juges d'instruction y échappent. C'est parce que j'ai malheureusement la conviction qui ne date pas d'aujourd'hui, mais qui est déjà trop ancienne, qu'à l'heure actuelle, l'indépendance de la justice n'existe plus, que la magistrature est trop dans la main du gouvernement, c'est pour cela que j'ai déposé mon ordre du jour. (*Applaudissements à l'extrême gauche.*)

Et cet ordre du jour que toute l'extrême gauche s'empressa de voter, était ainsi conçu : « La Chambre, regrettant l'intervention trop fréquente du gouvernement dans l'œuvre de la justice, passe à l'ordre du jour. » (Chambre des députés, débats parlementaires, 1^{er} juin 1895.)

Quelques années plus tôt, le 26 mai 1883, le même homme d'Etat avait exprimé les mêmes idées avec plus d'éloquence encore et de précision scientifique à l'occasion de la réforme judiciaire de cette époque, dans les termes suivants :

Je ne veux pas répéter aujourd'hui à la tribune, parce que je tiens à rester modéré jusqu'à la fin, des expressions qui ont été prononcées plusieurs fois ici ; je ne veux pas parler de magistrature servile, obéissante, d'abaissement des caractères : je ne veux même pas dire que votre loi semble conçue pour faire de la magistrature un instrument de gouvernement ; mais je dirai qu'assurément elle n'est pas faite pour assurer l'indépendance de la magistrature, et cependant quoi de plus nécessaire ?

J'ose le dire, quoi de plus nécessaire surtout dans un gouvernement républicain : pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas de régime plus fort, je ne dis pas plus tyrannique, mais plus capable de le devenir, que celui où une majorité est maîtresse absolue du pouvoir. Vous le savez bien, vous connaissez cette formule employée en Angleterre, qui dit que sous le régime parlementaire une majorité peut tout faire — on y a mis seulement cette réserve —

sauf de changer un homme en femme. *Eh bien, contre les abus possibles d'un pareil pouvoir, je dis qu'il n'y a de garantie pour les droits individuels que dans la force et l'indépendance du pouvoir judiciaire. (Très bien ! très bien ! à droite).*

Messieurs, je sais que vous êtes la majorité, qu'il vous paraît naturel de faire des lois pour la majorité et d'avoir une magistrature à votre image. Moi qui ne suis pas toujours de la majorité j'en vois peut-être mieux les inconvénients ; mais permettez-moi de vous demander si vous êtes sûrs d'être toujours la majorité et de n'avoir pas quelque jour besoin de la protection d'une magistrature indépendante. *(Très bien ! à droite.) C'est pourquoi, selon moi, il faut faire des lois, non pas suivant les passions et les exigences de l'heure présente, mais pour répondre aux besoins et aux intérêts de tous les temps et de tous les citoyens.*

Les abus possibles de la puissance parlementaire illimitée et la nécessité d'un pouvoir judiciaire capable de servir de contre-poids étaient signalés avec non moins de force dans la séance de la Chambre du 2 mars 1906, par M. Jules Roche, à propos de certains entraînements en matière financière :

« Pourquoi, disait-il, en est-il ainsi ? » Cela s'est fait, automatiquement, parce que nous sommes habitués à voir l'État intervenir dans tous les actes de notre vie nationale. Nous croyons détenir l'infailibilité, et chaque fois que nous prononçons sur une question, ce sont des millions et des millions que nous votons. Pourquoi ? *Parce que nous n'avons pas de pouvoir au-dessus de nous, parce que nous sommes habitués insensiblement, n'étant arrêtés par aucune barrière, à nous imaginer que c'est nous qui sommes le pays. Comme chez tous les peuples libres, comme en Suisse, comme aux États-Unis, nous devrions être limités par des barrières établies dans la Constitution. Ces barrières doivent surtout consister dans le respect des droits individuels. »*

Quelques mois plus tard, le 1^{er} juin 1906, M. Louis Passy, l'éminent doyen d'âge de la Chambre des députés, exprimait les mêmes idées avec sa grande autorité, en inaugurant la législature.

« On ne se rend pas compte généralement que la Constitution de 1875 n'est qu'un code de procédure de droit public, et que les Français de 1906 sont livrés au plus pur arbitraire des pouvoirs constitutionnels. Tout citoyen peut à toute heure, être

« exposé à des mesures de violences administratives, contre les-
« quelles il ne trouve ni recours ni juge. D'autre part, des lois
« nouvelles peuvent ériger en dogmes légaux les pires attentats
« contre les droits et les libertés naturelles, déclarés inaliénables
« par les Déclarations de 1789. »

La conclusion s'impose d'elle-même : Dans notre ordre politique le pouvoir législatif représente la volonté, mais cette volonté peut se corrompre et devenir arbitraire ; le pouvoir exécutif représente la force, dont tout détenteur est enclin à abuser. Il faut donc un troisième pouvoir qui limite, d'un côté les caprices de la volonté, de l'autre les abus de la force. Ce troisième pouvoir est la justice prise alors dans tout ce que ce mot a de compréhensif, aussi bien dans sa signification abstraite et philosophique la plus élevée que dans le sens d'organisme destiné à en réaliser le bienfait dans le milieu social.

NOTE IV

— (Voir 2^e partie, chapitre III, page 399.)

Proposition de loi portant attribution des droits de poursuite directe devant les tribunaux de répression aux associations d'intérêt général spécialement autorisées par la Cour d'appel, présentée par MM. Béranger, Ribot, Paul Strauss, Cazot, Milliard, Ferdinand-Dreyfus, Audiffred, sénateurs.

Messieurs, la proposition de loi que nous avons l'honneur de soumettre à l'appréciation du Sénat a pour but de réclamer pour les associations qui s'inspirent d'un but élevé d'intérêt général et de bien public, le droit de saisir directement les tribunaux de répression qui a été si libéralement accordé par des lois récentes aux groupements syndicaux, pour la protection des intérêts exclusivement professionnels qu'ils représentent.

La demande n'a rien qui heurte les règles de notre droit pénal. S'il attribue, en effet, au ministère public, un rôle prépondérant dans la répression des crimes et des délits, il proclame en même temps le droit pour toute personne lésée de saisir personnellement le tribunal de répression, avec la seule réserve que le droit

dé dénoncer et de prouver le délit ne comprend pas celui de requérir la peine.

C'est même, suivant l'expression d'un savant jurisconsulte, qui était en même temps un éminent magistrat, M. Larombière, cette dualité d'attribution qui constitue l'originalité du système pénal français.

Il faut citer les textes. C'est au frontispice même du Code d'instruction criminelle, dans son article 1^{er}, qu'ils se trouvent, comme étant le principe primordial de notre institution pénale.

« Article premier. — L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. »

Et aussitôt après :

« L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage. »

La jurisprudence, développant le principe posé, a étendu le droit de la partie lésée, du dommage matériel plus particulièrement visé dans ce texte, au préjudice moral. Témoin les instances en diffamation ou injures journallement accueillies par les tribunaux.

Elle a, de plus, considéré par une déduction logique, qu'il n'était pas possible de refuser à un groupe de citoyens régulièrement associés le droit qui appartenait individuellement à chacun d'eux.

Les associations légalement constituées sont ainsi investies du droit de saisir la juridiction répressive de la réparation du dommage matériel ou moral qu'elles ont subi. Mais, comme pour les particuliers, ce droit se trouve limité aux actions relatives à leurs intérêts d'ordre privé. C'est ce que les arrêts induisent des termes, jugés limitatifs, du texte précité. Ainsi elles peuvent poursuivre devant la justice pénale l'auteur du vol, de l'abus de confiance, de la diffamation ou d'autres délits dont elles sont victimes, mais leur pouvoir se borne à cela.

Ceci nous rapproche, néanmoins, beaucoup de l'objet de la proposition.

Les droits d'association étant ainsi reconnus quant aux intérêts d'ordre privé qu'elle peut avoir, il ne s'agit plus, en réalité, que d'apprécier s'il ne convient pas de l'étendre à ceux d'ordre

général et public pour la défense desquels elle a pu se créer.

Deux questions nous semblent devoir être posées d'abord.

Les auteurs du Code ont-ils eu des raisons pour limiter ainsi le droit qu'ils concédaient ?

Y a-t-il un intérêt public certain à ce que ce droit soit aujourd'hui étendu ?

Sur le premier point il n'est pas douteux que l'intention n'ait été formelle en ce qui touche le simple particulier. Lui donner le pouvoir de poursuivre personnellement les infractions de toute nature, même quand il n'en avait subi aucun dommage, eût été instituer le système de l'accusation populaire auquel le droit français a toujours répugné et que personne, d'ailleurs, ne réclamait ; et par voie de conséquence, il est également certain qu'il en eût été de même pour les associations, si la pensée du législateur avait pu alors se porter sur elle.

Quant au point de savoir si la question toute différente d'un droit restreint à reconnaître à certaines collectivités en ce qui touche seulement les actes délictueux relatifs au but de leur institution, il est de toute évidence qu'elle n'a pas pu se poser. Les associations commerciales ou industrielles, peu nombreuses d'ailleurs, étaient seules connues. Celles à but philanthropique ou humanitaire que la seconde partie du siècle dernier a vues naître en si grand nombre n'existaient pas encore.

Quant aux motifs d'intérêt public, ils ne sont pas de faible importance, car ils reposent sur la nécessité d'obtenir, par une répression mieux assurée des crimes et des délits, un accroissement de la sécurité des citoyens.

Il ne peut être contesté que le personnel du parquet, qui est resté à peu près le même depuis la loi impériale du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire, sauf en ce qui touche le tribunal de la Seine, qui, même, a été notablement diminué par la suppression de cent soixante substituts dans l'organisation nouvelle de 1883, ne soit plus aujourd'hui en rapport avec la tâche écrasante qui lui incombe.

Quelques chiffres empruntés par période de vingt-cinq ans aux cinquante dernières années relevées par le ministère de la Justice, en donnent la preuve. (Suivent les documents statistiques.)

« Tous ceux, dit un jurisconsulte éminent, ancien directeur des affaires criminelles et des grâces, M. Georges Picot, que

préoccupe la répression de la pornographie, de l'alcoolisme, de la mendicité et du vagabondage, sont unanimes à constater cette impuissance. »

C'est ce que M. Paul Nourrisson, dont les écrits, en cette matière, ont acquis une grande autorité¹, disait à son tour en 1903, avec l'approbation de deux professeurs réputés de la Faculté de droit MM. Le Poittevin et Thaller, devant la Société de législation comparée².

Mais à quoi bon rechercher sur ce point les documents et les témoignages? Le spectacle de la rue ne donne-t-il pas à tous passants, notamment en ce qui touche le vagabondage, l'ivresse, la mendicité, les exhibitions obscènes, la preuve du nombre infini de délits laissés sans répression.

Pour faire œuvre sérieuse, il n'y a que deux solutions possibles : ou augmenter partout le nombre des magistrats et en même temps celui des agents auxiliaires de la justice, ce qui serait une lourde charge pour nos finances, ou faire un pas de plus dans la voie ouverte largement depuis peu, de l'association à l'œuvre du ministère public d'autres organes à déterminer.

Mais ce partage nécessaire ne risquera-t-il pas de porter atteinte à l'institution si éminemment française et si respectée du ministère public, de diminuer son prestige et d'ébranler ainsi l'action répressive concentrée tout entière dans notre pays entre ses mains ?

N'exposerait-il point, en outre, la sécurité des citoyens au péril des poursuites inconsidérées, excessives ou passionnées, au danger même du chantage ?

Ces objections sont considérables et bien que ce soient les seules qui se soient produites dans les discussions si nombreuses instituées depuis vingt ans au sein des sociétés savantes ou dans des écrits spéciaux, elles seraient assurément de nature, si elles ne pouvaient être réfutées, à justifier un rejet de la proposition.

1. *Participation des particuliers à la poursuite des crimes et délits* (ouvrage récompensé par l'académie des sciences morales et politiques), Larose, 1894. *L'Association contre le crime*. Larose, 1901.

2. *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. 32. Il convient d'ajouter que l'opinion contraire a été fermement soutenue par M. Leloir, ancien magistrat du parquet.

Mais la réfutation en est péremptoire. Sur le premier point, ne suffit-il pas de bien préciser l'objet de la demande, non seulement pour lui enlever tout caractère agressif contre les prérogatives du parquet, mais pour établir qu'il conservera la plénitude de son action ?

S'agit-il de se substituer à son pouvoir, de prendre sa place, même de l'amoindrir ? En aucune façon. Il continuera à jouir seul du droit d'exercer l'action publique, c'est-à-dire du droit de poursuivre en vue d'obtenir une répression pénale et de celui, qui en est la conséquence naturelle, de requérir l'application de la peine.

Il conservera intact son droit de saisir la juridiction répressive en toute matière, et dans celle où un droit, non public mais privé, existera à côté du sien, son action, s'il l'exerce, couvrira pleinement l'autre.

Il gardera enfin l'entière liberté de combattre à l'audience la demande qu'il jugera mal fondée, même de la déclarer calomnieuse et de requérir contre elle.

Une seule chose sera changée, c'est que, pour certains délits, d'autres pourront saisir la justice à côté de lui ou à son défaut. C'est ce qu'un éminent criminaliste, très soucieux de ne point faire échec au pouvoir des parquets, M. Henri Joly, a exprimé en ces termes :

« Personne, en un mot, ne demande de supprimer, ni même de diminuer le ministère public. On demande seulement qu'il ne reste pas seul ¹. »

Ajoutons que nous n'entendons nullement étendre la faculté nouvelle à donner aux associations, au delà des limites fixées par le Code d'instruction criminelle, à l'action des particuliers. Elles n'auraient donc ni le droit de perquisition et de saisie, ni même celui de verbaliser.

Et, à ce propos, il n'est pas inutile de rappeler dans quels termes, dès 1898, l'un des auteurs de la proposition assimilait l'action réclamée pour les associations à celle attribuée par le Code aux particuliers.

« En définitive, disait-il, ce que nous demandons n'est qu'une extension du droit de citation directe... L'individu a le droit de poursuivre quand son intérêt personnel est lésé. Or quel est

1. *Revue politique et parlementaire*, 1895, p. 451.

l'intérêt personnel d'une collectivité, sinon le but qu'elle poursuit ? Il est donc logique de demander pour la collectivité, fondée dans le but de combattre un ordre d'abus déterminé, le droit de poursuivre les faits délictueux qui relèvent de ces abus. »

Quant à la crainte des poursuites abusives ou inconsidérées et du chantage, elle paraît excessive en présence des éventualités menaçantes, indiquées déjà, que comporte toute instance téméraire.

Conclusions contraires du ministère public à l'audience, rejet de la demande par le tribunal.

Condamnation possible, peut-être avec insertion dans les journaux, à des dommages-intérêts pour citation induue, ou même à une peine pour dénonciation injurieuse.

A quoi il faut ajouter la révocation possible de l'autorisation dont il sera parlé plus loin.

Quelle est la société qui, menacée aussi gravement, aussi bien dans ses intérêts matériels que dans sa considération, par l'échec d'une poursuite inconsidérée, n'apporterait pas une extrême circonspection à ses initiatives ?

Son crédit, sa fortune, son existence même ne seraient-elles pas l'enjeu qu'elle risquerait ?

Mais à quoi bon s'étendre aujourd'hui sur des objections auxquelles le vote des lois précitées a ôté toute valeur.

Présentées jusque-là comme décisives, elles se sont, en effet, évanouies devant l'insistance des intérêts coalisés.

Assurément ces intérêts étaient respectables. Ils touchaient une notable partie du pays agricole. Il s'agissait de le défendre contre des fraudes qui menaçaient sa prospérité, déjà si gravement atteinte par des fléaux répétés et le bien général pouvait à un certain point tirer profit de leurs demandes. Ce n'en était pas moins des intérêts d'ordre purement matériel. Devant eux, toute opposition a cédé.

C'est donc à l'heure actuelle un fait acquis que, devant l'importance supérieure de certains intérêts, la rigueur des principes invoqués peut fléchir.

La seule question qui se pose est dès lors de savoir si ceux dont s'inspire la proposition peuvent entrer en parallèle avec ceux qui ont déjà triomphé devant les Chambres.

Il importe donc de rappeler ces derniers.

Déjà par une loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice illégal de la médecine, qui a peu frappé l'attention, les associations de médecins légalement constituées et les syndicats spéciaux dont la formation était encouragée par la loi, avaient reçu le droit de poursuivre devant la juridiction correctionnelle le délit d'exercice illégal de la médecine, et celui de se porter partie civile dans les instances engagées par le ministère public (art. 17). C'était étendre le principe du Code aux intérêts professionnels.

Trois lois récentes, se complétant l'une l'autre, celle du 11 juillet 1905 sur la répression de la fraude des vins et du régime des spiritueux, celle du 29 juin 1907 sur le mouillage des vins et l'abus du sucrage, et celle du 5 août 1908 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et celle des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles sont allées plus loin; elles ont attribué les mêmes droits à tous syndicats formés conformément à la loi du 21 mars 1884, pour la défense des intérêts généraux de l'agriculture, de la viticulture, du commerce ou trafic, non seulement des vins, alcools et spiritueux, mais des denrées alimentaires, produits agricoles, engrais, produits médicamenteux et marchandises quelconques.

Il semble même que la largeur très particulière donnée au dernier de ces textes¹ ait eu pour but d'affranchir les syndicats investis de ces droits de la jurisprudence qui jusque-là limitait leur pouvoir au cas d'un préjudice direct (arrêts de la Cour de cassation des 20 décembre 1907 et 2 mai 1908).

D'ordre plus élevé est assurément le but que poursuivent les associations d'intérêt général dont la proposition se fait l'organe.

1. Voici ces termes. Loi du 5 août 1908.

Art. 2. — Tous syndicats formés conformément à la loi du 21 mars 1884 pour la défense des intérêts généraux de l'agriculture ou de la viticulture ou des commerces ou trafics des boissons, eaux-de-vie naturelles, alcools de fruits, denrées alimentaires, produits agricoles, engrais, produits médicamenteux, marchandises quelconques, pourront exercer sur tout le territoire de la France et des colonies les droits reconnus à la partie civile par les articles 162, 163, 164, 166, 167 et 168 du Code d'instruction criminelle relatifs aux faits de fraudes et falsifications prévus par les lois en vigueur, ou recourir, s'ils le préfèrent, à l'action ordinaire devant le tribunal civil, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil.

Il ne s'agit pas pour elles d'intérêts qui leur soient propres, encore moins d'intérêts matériels. Leur ambition est plus haute. Elles aspirent à améliorer l'humanité, à protéger la faiblesse, à défendre la morale et la société.

Leur action profite non à un groupe ou à une classe, mais à tous les citoyens, car elles représentent le bien public et l'intérêt général.

C'est la protection de l'enfant ou de la jeune fille.

C'est la lutte contre l'ivresse, contre l'immoralité publique contre l'insalubrité, contre le vice.

Sont-elles moins dignes des faveurs de la loi? Ou bien les intérêts dont elles se réclament sont-ils si bien garantis par l'action unique et exclusive du ministère public, que leur intervention soit inutile?

A ce dernier point de vue, le fait seul qu'elles se sont formées serait une preuve contraire. Pourquoi donc des citoyens auraient-ils jugé bon de se grouper pour défendre certains intérêts, si l'action publique y suffisait? Ils n'ont actuellement d'autre pouvoir que celui de porter humblement leurs plaintes au parquet. Ils se forment cependant en sociétés sans autre espoir que de se faire écouter dans leurs sollicitations; quelles meilleures preuves que ces sollicitations sont nécessaires.

Mais voici une démonstration plus décisive. Elle est empruntée à la comparaison du nombre des affaires suivies pour certains délits en Angleterre et en France. On sait qu'en Angleterre les associations d'intérêt général, sans loi spéciale, sans autorisation aucune, ont par le fait seul du système pénal qui est celui de l'accusation populaire, le droit de saisir la juridiction répressive. Grâce à leur activité, voici le chiffre des poursuites dirigées par leurs soins en une matière évidemment commune aux deux pays, les violences contre les enfants.

En Angleterre, une seule des sociétés protectrices de l'enfance : « The National Society for prevention of cruelty to children », a signifié en une année 18.779 avertissements et engagé 2.519 poursuites. En France, il y a eu 646 poursuites¹.

Est-ce à dire qu'il y ait moins de délits de cette nature en France? Assurément non, tout au moins, dans une pareille proportion.

1. *L'association contre le crime*. Nourrisson.

Cela tient à deux causes.

D'abord à ceci que, chez nos voisins, au lieu du magistrat unique, accablé par de trop multiples devoirs, qui seul chez nous a le droit d'agir, des groupes de citoyens associés dans le but d'assurer à ce point de la loi pénale une complète application, veillent sans cesse et ne sont détournés par rien du but qu'ils se sont donné.

C'est encore que les témoins, voisins ou parents, que la crainte de représailles ou le scrupule de faire une dénonciation, retiennent si souvent quand il s'agit de porter plainte à l'autorité, viennent plus facilement à eux et que pour ces deux causes ils sont plus exactement informés que le magistrat réduit par les obligations de sa charge à attendre les mêmes communications à son bureau.

Nous n'avons pas toutefois la pensée que les associations françaises devraient user, dans une aussi large mesure que celle d'outre-Manche, de la faculté de saisir les tribunaux, et ce qui nous paraît le plus à recommander dans leur manière d'opérer, c'est le droit d'avertissement implicitement compris dans celui de poursuite. Elles en usent très largement, puisque nous venons de relater, pour une seule d'entre elles, près de 19.000 avertissements contre 2.500 poursuites.

C'est là l'exemple qu'il convient de relever et de conseiller. Certaines associations françaises usent déjà chez nous de ce procédé, qui a l'avantage de faire cesser le délit sans provoquer la peine et bien que, dans l'état actuel, ces avertissements ne soient susceptibles d'aucune sanction, ils sont assez souvent efficaces. Quelle puissance n'acquerraient-ils pas si l'avertissement avait le droit de rappeler qu'il pourrait, au cas où il serait négligé, se transformer en poursuite.

L'effet probable de la loi réclamée serait donc, en concédant le droit, d'en rendre l'usage le plus souvent inutile.

Une disposition complémentaire de la proposition nous paraît propre à donner une assurance dernière contre les abus possibles.

Bien que des centaines de syndicats jouissent aujourd'hui du bénéfice des lois précitées, sans qu'aucune condition de garantie leur ait été imposée quant à leur existence, leur but, leur solvabilité, l'honorabilité même de leurs membres, nous ne deman-

dons pas pour les associations une aussi entière et peut-être imprudente liberté.

L'association, avant d'être soumise au droit nouveau, devra se soumettre à une enquête sur la légitimité de son but, l'honorabilité et la compétence de ses membres.

Et cette enquête sera faite, non par le pouvoir gouvernemental trop enclin à se diriger par des considérations de parti, mais par le corps le plus capable de se renseigner et de juger impartialement, la Cour d'appel du ressort.

L'autorisation sera délivrée par elle, s'il y a lieu et sera révocable par elle également, en cas de fautes graves.

Telle est la réforme proposée. C'est la première fois, croyons-nous, que le Parlement en est saisi, par voie de proposition spéciale. Le Sénat a eu toutefois, il y a quelques années, à s'en occuper incidemment. C'était en mars 1898, à l'occasion de la loi sur les violences envers les enfants. On s'étonnait de la difficulté avec laquelle les faits les plus horribles arrivaient à la connaissance de la justice. Le plus souvent les enfants maltraités avaient subi des martyres de plusieurs années. De nombreux témoins l'avaient su. Personne n'avait parlé. MM. Strauss et Théophile Roussel, jugeant par l'exemple de l'Angleterre que la découverte des faits coupables serait mieux assurée si les sociétés de protection de l'enfance étaient admises à agir simultanément avec le parquet, déposaient un amendement pour leur faire attribuer ce droit.

Accueilli par un assentiment général, adopté à la fois par la commission et par le Gouvernement, il était d'abord voté à l'unanimité.

Mais, dans l'intervalle des deux délibérations, des défiances singulières et peu réfléchies surgissaient au sujet de l'usage qui serait fait par le tribunal du droit d'autorisation qui lui était attribué.

Les associations religieuses, murmuraient les uns, sont seules en état de profiter de la loi. Elles seules seront autorisées et on évoquait le souvenir d'enfants arrachés par le zèle congréganiste à la foi de leurs parents.

On n'acceptera, disait-on d'un autre côté, que les associations antireligieuses.

On trouvera dans le discours prononcé au Sénat par M. Strauss la trace de ces préoccupations ¹.

1. Discours de M. Strauss. Sénat, 1898.

La discussion en seconde lecture fut longue et pénible et, malgré une ferme intervention du Garde des Sceaux, du rapporteur et de M. Strauss, l'amendement échoua par le rapprochement inattendu des voix les moins habituées à voter ensemble.

Mieux éclairé par une étude approfondie, le Sénat ne cédera assurément pas à un semblable entraînement.

Nous ne terminerons pas cette étude sans faire connaître les nombreuses et importantes autorités sous le patronage desquelles la solution peut se placer.

Discutée depuis vingt ans dans les milieux les plus divers : Société générale des prisons, 1896 ; Société de législation comparée, 1903 ; Comité des enfants traduits en justice, 1898 ; Congrès des sociétés savantes, 1898 ; Congrès sur le droit d'association, 1899 ; Congrès international d'assistance publique, 1900 ; Congrès de Bordeaux contre la pornographie, 1905 ; Société d'économie sociale, 1908, elle a reçu l'accueil le plus sympathique.

L'Académie des sciences morales et politiques l'avait mise au concours en 1893 et avait récompensé deux mémoires concluant au droit des associations. Elle instituait, en outre, en 1902, une discussion dans laquelle plusieurs membres opinaient dans le même sens.

Ajoutons que, dans le grand nombre des hommes importants par leur science ou leur situation, qui, devant ces sociétés ou dans leurs écrits, se sont montrés favorables, nous pouvons citer, parmi les magistrats, anciens magistrats ou membres du barreau : M. le premier président Larombière, MM. Félix Voisin, Guillot, Flandin, Albert Rivière, Nourrisson, René Gast.

Parmi les professeurs de droit : MM. Lepoittevin, Garçon, Larnaude, Thaller.

Parmi les membres de l'Institut : MM. Georges Picot, Tarde, Henry Joly, de Franqueville, Fouillée.

Et parmi les membres du parlement : MM. Strauss, Théophile Roussel, de Lamarzelle, Milliard, Audiffred.

C'est donc avec confiance que nous soumettons au Sénat la proposition suivante :

Proposition de loi

Article premier. — Les associations légalement constituées dans un but d'intérêt général ou public et spécialement autorisées à cet effet par la Cour d'appel du ressort de leur siège social statuant en chambre du conseil, le ministère public entendu, auront le droit de poursuivre devant les tribunaux de répression, soit par voie de citation directe, soit en se portant partie civile, dans les termes des articles 63 et suivants et 182 du Code d'instruction criminelle les crimes, délits ou contraventions se rattachant à l'objet de leur institution.

Art. 2. — L'autorisation conférée par la Cour d'appel peut être révoquée par elle, pour fautes graves, d'office ou sur la réquisition du ministère public.

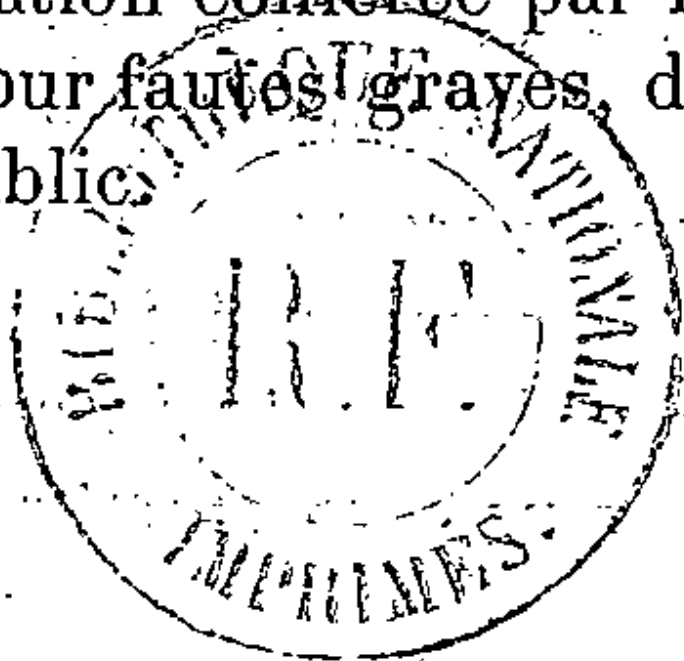
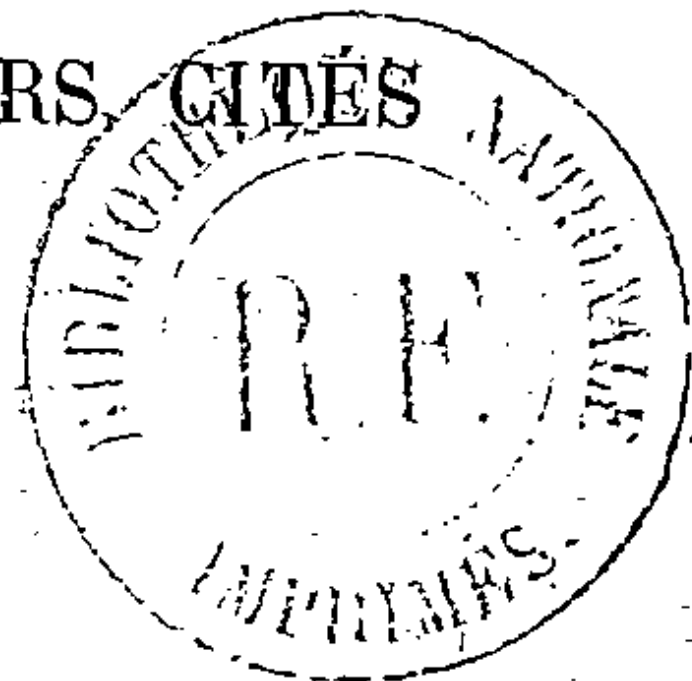


TABLE DES NOMS DES AUTEURS CITÉS



A

- AHRENS. — Cours de droit naturel (6^e édit.).
ARISTOTE. — De la politique.
AUBÉPIN (Président). — Jugement.
AUBRY ET RAU. — Cours de Code civil.
AUCOC. — Conférences sur le droit administratif.

B

- BARNAVE. — Discours à la Convention.
BARRÈRE. — Discours à la Convention.
BARTHOU. — Circulaire sur le décret de juin 1910.
BASTIAT. — Harmonies économiques.
BATBIE. — Rapport sur la loi du 24 mai 1872.
BECCARIA. — Traité des délits et des peines.
BELZUNG. — Cours d'histoire naturelle.
BENOIST (Charles). — Article de la *Revue des Deux-Mondes*, 15 octobre 1899. Proposition de loi.
BÉRENGER. — Rapport à l'assemblée nationale, 1872.
BERTHÉLEMY (Professeur à la Faculté de droit de Paris). — Traité élémentaire du droit administratif.
BEUDANT. — Doyen de la Faculté de droit de Paris. Le droit individuel et l'État.
BIBLE. — Paralipomènes et psaumes de David.
BOITARD ET FAUSTIN-HÉLIE. — Leçon de droit pénal.
BORELY. — De la justice et des juges.
BOSSUET. — Méditations sur l'Évangile.
BRIAND, Garde des sceaux. — Allocution.
BRIEUX. — La robe rouge.

BRISSAUD, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse. —
Histoire du droit français.
BRYCE. — La République américaine.

C

CARO. — *Revue des Deux-Mondes*, juin 1870.
CHAUVAU. — Principes de compétence administrative.
DE CHAMBRUN. — Droits et libertés aux États-Unis.
CICÉRON. — Le legibus. In verrem. Pro Milone, etc.
CLEMENCEAU. — Discours à la chambre.
DE CLERMONT-TONNERRE. — Discours à la Convention nationale.
DE CORMENIN. — Rapport sur l'ordonnance de 1828.
CRUPPI. — La Cour d'assises de la Seine. Rapport à la Chambre des députés.

D

DALLOZ. — Répertoires divers, *passim*.
DARESTE. — Traité de la justice administrative.
DAVID (Avocat général). — Conclusions au Conseil d'État.
DELANGLE, Garde des sceaux. — Circulaire.
DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon.
DESCARTES. — Discours sur la méthode.
DESJARDINS (Albert). — Questions sociales et politiques.
DICEY. — Introduction à l'étude du droit constitutionnel.
DUBARLE (Léon). — Article de la France judiciaire.
DUCROCQ. — Cours de droit administratif.
DUFAYRE, Garde des sceaux. — Circulaire.
DUGUIT. — Droit constitutionnel. De la séparation des pouvoirs.
DURUY. — Histoires des Grecs.

E

ESMEIN, Professeur à la faculté de droit de Paris. — Éléments de droit constitutionnel.
ESCHINE. — Harangue.

F

FABREGUETTES. — Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse.

EMILE FAGUET. — Œuvres diverses.

JULES FAVRE. — La réforme judiciaire.

FLANDIN. — Discours à la Chambre des députés.

FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique.

G

GAMBETTA. — Discours à la réunion électorale du 12 août 1881 (éd. Reinach).

GARÇONNET. — Traité de procédure civile.

GIDE (Charles). — Cours d'économie politique.

RENÉ GOBLET. — Discours au Sénat.

GUILLOT. — Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle.

GUIZOT. — Essais sur l'histoire de France.

H

HAMILTON. — Le Federalist.

HAURIOU, Doyen de la faculté de droit de Toulouse : Précis de droit administratif. Études sur le mouvement social.

FAUSTIN HÉLIE. — Instruction criminelle.

HENRION DE PANSEY. — De l'autorité judiciaire.

HÉRAULT DE SÉCHELLES. — Discours à la Convention, 20 juin 1793.

L'HOSPITAL (Chancelier de). — Ordonnance d'Orléans.

HUME (David). — Œuvres.

I

IMBART DE LA TOUR. — Les origines de la réforme.

J

JACQUELIN, Professeur à la faculté de droit de Lille. — Les principes dominants du contentieux administratif.

JAURÈS. — Discours.

JOSSERAND, Professeur à la faculté de droit de Lyon : notes dans le répertoire de Dalloz sur l'arrêt de la cour d'Amiens. D. P. 1899.2.329.

K

KANT. — Critique de la raison pure.

L

LABOULAYE. — Histoire des États-Unis.

LAFERRIÈRE. — Histoire du droit français.

— Traité de la juridiction administrative.

LANJUINAIS. — Discours à la Convention.

LAROMBIÈRE. — Traité des obligations.

LARNAUDE, Professeur à la faculté de droit de Paris, à son cours, et Bulletin de législation comparée, mars 1902.

LOKE. — Œuvres.

LAURENT. — Cours de droit civil.

LAVISSE. — Histoire de France.

LOCRÉ. — Travaux préparatoires.

LEROY-BEAULIEU (Paul). — L'Économiste français, octobre 1910.

LOYSEAU. — Traité des seigneuries.

M

MAGNOL, Professeur à la faculté de droit de Toulouse. Thèse du doctorat.

MALHESERBES. — Mémoires sur la librairie.

MANGIN. — De l'action publique.

MARCADÉ. — Code civil.

MALEPEYRE. — De la magistrature en France.

MARSHALL (John). — (Président de la Cour suprême des États-Unis) Arrêt.

HENRI MARTIN. — Histoire de France.

MASSABIAU. — Du Ministère public.

MAY (Gaston). — Éléments de droit romain.

- MERLIN, Répertoire, v^{is} Pouvoir judiciaire, Ministère public, etc.
MESTRE. — Professeur à la Faculté de droit de Toulouse : les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale.
MICHOD. — De la responsabilité de l'État.
MILLERAND. — Discours à la Chambre des députés.
MILLIÈS-LACROIX. — Rapport au Sénat.
MONIS. — Discours à la Chambre des députés.
MONTAIGNE. — Essais.
DE MONTALEMBERT. — Discours.
MONTESQUIEU. — Esprit des lois.
MORIN (Achille). — De la discipline judiciaire.
MORIZOT-THIBAUT. — De l'action de pouvoir sur les magistrats chargés de l'instruction criminelle.

N

- NIETZSCHE. — Ainsi parlait Zarathoustra.
DE NOAILLES. — Le pouvoir judiciaire aux États-Unis. *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} août 1888.

P

- PASSY (Louis). — Discours d'ouverture des travaux parlementaires.
PASCAL. — Pensées (Ed. Havet).
PICART (l'abbé). — La transcendance de Jésus-Christ.
PLANIOL, Professeur à la Faculté de droit de Paris : note sur un arrêt de la Cour de Paris. D. P. 1903.2.27.
PLATON. — De la République. Des lois.
PLUTARQUE. — Vie de Solon. Œuvres morales.

R

- REINACH (Joseph). — Discours à la Chambre des députés.
REVERCHON, Avocat général à la Cour de cassation : Conclusions.
RIBOT. — Discours au Sénat (interpellation sur les chemins de fer du Sud).
JULES ROCHE. — Proposition de loi.
ROOSVELT. — Rapport sur le *census*.

ROUSSEAU. — Contrat social.

ROYER-COLLARD. — Discours.

RUYSSEN, Professeur à la Faculté des lettres de Marseille :
Kant.

S

SARIPOLOS. — La démocratie et l'élection proportionnelle.

SARRUT. — Note sur arrêt de la Cour de cassation D. 93.1.102.

SIEYÈS. — Discours à la Convention.

STORY. — Président de la Cour suprême des États-Unis : *commentaries on the constitution of the united-states* n° 1576.

SÉZELLE (Claude). — *De monarchia franciæ*.

JULES SIMON. — De la liberté.

SOURDAT. — Traité de la responsabilité.

SOURIAC (Alexandre). — Thèse pour le doctorat, Faculté de Toulouse, 1909.

SAINTE-BEUVE. — Lundis.

SAINT-SIMON. — Mémoires.

T

TACITE. — Annales. *De moribus germanorum*.

TAINE. — Origine de la France contemporaine.

THIERS. — Histoire de la Révolution.

DE TOCQUEVILLE. — La démocratie en Amérique.

TRARIEUX, Garde des sceaux. — Circulaire.

TRAPIER (Louis). — Guide politique du citoyen français.

V

VALLEROUX (Hubert). — L'Économiste français, 4 février 1905.

VIDAL (Georges). — Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Cours de droit pénal et de science parlementaire.

VIVIEN. — Études administratives.

FÉLIX VOISIN. — Rapport sur les établissements pénitentiaires étrangers.

VOLTAIRE. — Histoire du Parlement.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	1

PREMIÈRE PARTIE

Critique du mode existant

CHAPITRE PREMIER

L'autorité judiciaire est de sa nature un pouvoir constitutionnel

L'élimination du pouvoir judiciaire, comme pouvoir constitutionnel serait-elle justifiée ? — Qu'est-ce qu'un pouvoir ? — Qu'est-ce qu'une fonction ? — Caractères de l'un et de l'autre. — Le pouvoir judiciaire n'est pas seulement une branche du pouvoir exécutif ; antinomie résultant de leur nature propre. — Antinomie résultant des conditions essentielles à leur fonctionnement. — Sources philosophiques du pouvoir judiciaire dans le sentiment inné de la justice. — La justice est le lien des relations humaines et le ciment de toute société. — Conditions essentielles d'une bonne justice. — Utilité et grandeur de son rôle. 19

CHAPITRE II

Preuve historique

- I. — Le pouvoir judiciaire en Grèce : « ancre de l'État ». — Séparation des pouvoirs.
- II. — Le pouvoir judiciaire à Rome. — La justice criminelle est le seul pouvoir que le peuple ne délègue pas, au moins complètement, à ses magistrats.
- II. — Pouvoir judiciaire dans l'ancienne France. — Comment il se détache de la prérogative royale et devient le pouvoir pondérateur de la royauté. — Résistances de la royauté et vicissitudes de la lutte. — Ori-

- gines historiques des parlements. — Origines du droit de remontrances. — Les parlements devenus gardiens des lois fondamentales du royaume. — Résistance à propos du concordat de 1516 et à propos des privilèges de l'Église gallicane. — Conclusion à tirer.
- IV. — Le pouvoir judiciaire dans la période intermédiaire et contemporaine. — L'Assemblée Constituante pose le principe de la séparation des pouvoirs et met la justice au nombre de ceux-ci. — Les constitutions qui suivirent, même celle de l'an VIII reconnaissent le même principe. — Charte de 1814. — Constitution de 1848. — Constitution de 1875. — Pourquoi cette dernière ne fait pas mention du pouvoir judiciaire 38

CHAPITRE III

Affinité de nature, et rapports nécessaires du pouvoir judiciaire avec la constitution démocratique

- I. — Le gouvernement républicain se caractérise par le règne de la loi. — Division des lois en lois de garantie, lois de coercition et lois de sanction. — Les premières et les dernières sont appliquées par le pouvoir judiciaire.
- II. — Le pouvoir judiciaire garant des principes constitutionnels.
- III. — Législation comparée : Angleterre, États-Unis, Suisse.
- IV. — Dédutions à tirer de ces exemples 68

CHAPITRE IV

Aperçu général sur la législation et la juridiction administratives

- Coup d'œil d'ensemble sur la législation et la juridiction administratives. — Origine impériale du droit administratif.
- I. — Doctrine de la prérogative et du privilège. — Prérogatives nécessaires et légitimes ; privilèges injustifiés. — Privilèges divers : privilège d'exécution préalable ; privilège de spécialité de juridiction ; privilège d'actes de gouvernement ; théorie de l'acte seul en cause.
- II. — Origines de la juridiction administrative ; justice retenue et justice déléguée. — Droit prétorien.
- III. — La juridiction administrative est-elle nécessaire ?
- IV. — Au point de vue des principes ; Contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir. — Envahissements successifs des autres domaines. — Litiges basés sur des contrats de droit commun ; sur des délits ou quasi-délits : Arrêt Blanco ; envahissement des litiges relatifs à des droits individuels, liberté des personnes, propriété, domicile : Affaire des décrets du 29 mars 1880. — Invasion dans le domaine interdit du droit

- criminel ; des litiges concernant les départements et les communes. — Théorie des progrès de la juridiction administrative ; elle a pour point de départ la loi du 11 juin 1906.
- V. — Au point de vue de l'utilité pratique : le contentieux de l'annulation est-il une raison et un objet suffisants ? Point de vue du justiciable ; difficultés pour trouver le tribunal compétent. — Arrêt Feutry (29 février 1908). — Lois spéciales. — Les garanties offertes au justiciable par la juridiction administrative sont-elles plus grandes ? — Organisation du contentieux administratif compliquée, irrationnelle. — Améliorations proposées. — Le *référé* administratif serait-il possible ?
- VI. — Législation comparée.
- VII. — Dernière objection : la juridiction ordinaire ne saurait connaître des actes de puissance publique ? Réponse à cette objection. — Véritable sens de la règle de la séparation des pouvoirs.
- VIII. — Pourquoi la juridiction administrative a survécu ? — Hautes personnalités qui ont honoré le conseil d'État. — Politique d'opposition et politique de gouvernement. 90

CHAPITRE V

Principes du droit social et du droit individuel

Constatation préalable des droits que le pouvoir judiciaire doit protéger et sanctionner. — Le droit collectif et le droit individuel.

I. — Antériorité du droit social. — Absorption de l'individu dans la société élémentaire. — Progrès de la personnalité avec la notion d'État et de citoyen ; sociétés antiques : sociétés féodales.

II. — Sociétés modernes : La Révolution dégage matériellement la personnalité que le christianisme avait déjà dégageé intellectuellement. — Comparaison des révolutions du 1^{er} et du XVIII^e siècle.

III. — Société contemporaine. — L'individu et l'étatisme contemporain.

IV. — La société contemporaine et l'individualisme. — Individualisme outrancier ou anarchique.

V. — Part légitime du droit collectif. — Fondements sociaux de ce droit.

VI. — Part légitime du droit individuel. — Fondements métaphysiques de ce droit. — Supériorité du droit individuel sur le droit collectif. — Celui-ci n'a de raison d'être que dans celui-là. — Le droit individuel agrandi par le progrès de l'esprit humain. — Le droit constitutionnel le sanctionne. — Obligation de respecter dans l'individu les droits acquis par le progrès humain et par le progrès politique.

VII. — L'existence des droits étant constatée un pouvoir doit être qui les maintienne et les départage. 174

CHAPITRE VI

Rapports du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif

- I. — Le pouvoir législatif est le premier des pouvoirs de l'État, mais il n'est pas sans limites. — Limites et sanctions constitutionnelles. — Lois inexistantes. — Lois illégales. — Législation des États-Unis permettant de les déclarer telles. — Motifs rationnels de cette attribution. — Les mêmes motifs n'existent-ils pas en France ? — Objection tirée de la violation du principe de la séparation des pouvoirs. — Objection tirée de l'insuffisance des textes constitutionnels. — Réponses.
- II. — Insuffisance de l'organisation judiciaire prouvée par les faits : quelques incidents de « l'affaire du Panama » ; irrégularités initiales. — L'affaire devient politique. — Question de la communication des dossiers criminels. — Commissions parlementaires judiciaires. — Conséquences.
- III. — Les assemblées politiques ne doivent pas exercer de juridiction ; citation du discours de Lanjuinais. — Sénats, hautes cours de justice. — Vicissitudes de cette institution en Angleterre. — *Impeachment* et *bill of attainder*. — Aux États-Unis.
- IV. — Empiètements possibles du judiciaire sur le législatif. — Opinion de l'ancienne jurisprudence. — Jugements du tribunal de Château-Thierry. — Délit de nécessité. — Opinion des auteurs anciens et modernes.
- V. — Règles de l'interprétation des lois d'après les mœurs. 213

CHAPITRE VII

Du pouvoir judiciaire dans ses rapports avec le pouvoir exécutif

La nécessité de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif est proclamée par la Révolution.

- I. — Ce principe méconnu par le Premier Empire.
- II. — Cette méconnaissance établit la fausse tradition de la suprématie du ministre sur toute fonction judiciaire. — Fausse situation du ministère public entre une indépendance de principe et une subordination de fait. — Le droit du ministre de prescrire les poursuites équivalant à lui permettre de l'exercer.
- III. — Subordination de la magistrature inamovible. — Effets de cette subordination sur le magistrat soit par les conditions de nomination, soit par les conditions d'avancement. — Circulaires Delangle, Trarieux, etc. — Projets de réformes divers, Arago, Crémieux, Faustin Hélie, etc. — Projet Béranger. — Effets fâcheux, pour la justice, de cette subordination. — Actes de gouvernement et article 10 du Code d'instruction criminelle. — Action du pouvoir central sur les juges d'instruction. — Affaire des chemins de fer du Sud. — Propositions diverses. — Action sur les présidents d'assises. — Conséquences. 265

DEUXIÈME PARTIE**Esquisse des réformes****INTRODUCTION A LA DEUXIÈME PARTIE**

299

CHAPITRE PREMIER**Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire**

Elles doivent se rencontrer : 1° dans son origine ; 2° dans sa constitution intérieure.

SECTION I. DANS SON ORIGINE. — Divers modes de recrutement.

I. — Nommé par le pouvoir exécutif, le magistrat ne serait que son délégué.

II. — Élection par le suffrage universel. — Inaptitude du corps électoral. — Exemples : les États-Unis, la Suisse, la France pendant la Révolution. Juges consulaires.

III. — Système du jury civil.

IV. — Autres moyens de délégation du pouvoir judiciaire.

SECTION II. — DANS SA CONSTITUTION INTÉRIEURE. — Motifs généraux.

I. — Inamovibilité. — Historique de la question.

II. — Législation comparée. — Raison de fond. — Conditions d'efficacité.

III. — Réserves dans l'application du principe de l'inamovibilité. . . . 303

CHAPITRE II**Esquisse d'un plan d'organisation judiciaire**

La fonction judiciaire fut toujours considérée comme partie intégrante de la souveraineté. — Magistrats choisis d'après la loi.

I. — Conseil supérieur de la magistrature. — Rôle à cet égard de la Cour de cassation. — Mode d'élection de ses membres, fonctions du conseil supérieur.

II. — Division de la France en ressorts. — Conseils de ressort ; leur composition, leur rôle pour les présentations.

III. — Objection relative à la reconstitution de l'esprit de caste. — Réponse. — Précédents historiques 327

CHAPITRE III

Réformes juridictionnelles

- I. — Suppression des classes. — Indépendance et identité des autres garanties dues à tous les justiciables
- II. — Relations à établir entre les divers ordres de tribunaux. — Assimilation des juges de paix aux juges de première instance. — Justice familiale d'autrefois. — Point de vue différent aujourd'hui. — Utilité de l'assimilation, — Précédents.
- III. — Question du nombre de juges. — Du juge unique. — Nombre nécessaire au premier degré ; au deuxième degré. — Réductions proposées. — Discussion de ces propositions.
- V. — Du ministère public. — Origines de cette magistrature. — Mercuriales. — Indépendance nécessaire. — Doit-il avoir le privilège exclusif d'exercer l'action publique ? — Procédure inquisitoire plus particulièrement conforme à l'esprit monarchique. Procédure accusatoire conforme aux mœurs des Républiques. — Tendances nouvelles. — Garanties d'indépendance 311

CHAPITRE IV

Importance des formes judiciaires

- I. — Pas de juridiction d'exception. — Ce qu'elles furent dans l'ancienne monarchie. — Aux époques contemporaines.
- II. — Formes de la justice. — Critiques qu'elles ont soulevées. — Leur justification et conséquences de leur violation. — Affaire Dreyfus.
- III. — Comment les sauvegarder. — Institution d'inspections générales. 404

CHAPITRE V

Conditions d'admission des candidats à la magistrature

- Nécessité de certaines épreuves pour contrôler l'aptitude des candidats. — Examens ou concours. — Applications différentes de ces deux espèces d'épreuves. — L'examen suffit pour les carrières dites libérales. — Le concours mieux approprié aux fonctions publiques. — Opinion de M. Rooswelt. — Autres garanties nécessaires : stages dans les greffes. — Écoles spéciales 415

CHAPITRE VI

Attributions complémentaires du pouvoir judiciaire
Exécution de ses décisions

Les décisions de l'autorité judiciaire doivent être exécutées par elle, et seule elle doit pouvoir les modifier.

I. — Inconvénients et abus du système qui remet l'exécution des peines au pouvoir exécutif. — Régime pénitentiaire. — Loi de 1854 et lois postérieures ; relégation, libération conditionnelle. — Énervement de la répression. — Convenance de confier aux magistrats le soin de modifier les décisions judiciaires. — Nécessité de les mettre à même de juger de l'effet des peines qu'ils prononcent.

II. — L'amnistie échec au principe ci-dessus, mais nécessaire. — Dans quelle mesure. — Sous quelles conditions elle doit être accordée.

III. — Droit de grâce logique sous la monarchie, inexplicable entre les mains du chef d'une République démocratique, constitue un échec à la loi, à la chose jugée ; réalise une inexplicable inégalité. — Moyens de pourvoir aux cas où la grâce peut être une nécessité 429

CONCLUSION

Résumé général. — Cause d'échec des réformes. 459

APPENDICE

Note I. (Justice et démocratie). 469

Note II. — (Les adversaires de la réforme) 472

Note III. — Nécessité de l'indépendance et de l'autonomie du pouvoir judiciaire. — Opinion de divers parlementaires. 474

Note IV. — Projet de loi tendant à attribuer le droit de poursuite directe à des associations d'intérêt général. 477

TABLE DES NOMS DES AUTEURS CITÉS 489

TABLE DES CHAPITRES 495



MAYENNE, IMPRIMERIE CHARLES COLIN

PREFACE

PREMIERE PARTIE Critique du mode existant

CHAPITRE PREMIER L'autorité judiciaire est de sa nature un pouvoir constitutionnel

L'élimination du pouvoir judiciaire, comme pouvoir constitutionnel serait-elle justifiée? - Qu'est-ce qu'un pouvoir? - Qu'est-ce qu'une fonction? - Caractères de l'un et de l'autre. - Le pouvoir judiciaire n'est pas seulement une branche du pouvoir exécutif; antinomie résultant de leur nature propre. - Antinomie résultant des conditions essentielles à leur fonctionnement. - Sources philosophiques du pouvoir judiciaire dans le sentiment inné de la justice. - La justice est le lien des relations humaines et le ciment de toute société. - Conditions essentielles d'une bonne justice. - Utilité et grandeur de son rôle

CHAPITRE II Preuve historique

- I. - Le pouvoir judiciaire en Grèce: "ancree de l'Etat". - Séparation des pouvoirs.
- II. - Le pouvoir judiciaire à Rome. - La justice criminelle est le seul pouvoir que le peuple ne délègue pas, au moins complètement, à ses magistrats.
- II. - Pouvoir judiciaire dans l'ancienne France. - Comment il se détache de la prérogative royale et devient le pouvoir pondérateur de la royauté. - Résistances de la royauté et vicissitudes de la lutte. - Origines historiques des parlements. - Origines du droit de remontrances. - Les parlements devenus gardiens des lois fondamentales du royaume. - Résistance à propos du concordat de 1516 et à propos des privilèges de l'Eglise gallicane. - Conclusion à tirer.
- IV. - Le pouvoir judiciaire dans la période intermédiaire et contemporaine. - L'Assemblée Constituante pose le principe de la séparation des pouvoirs et met la justice au nombre de ceux-ci. - Les constitutions qui suivirent, même celle de l'an VIII reconnaissent le même principe. - Charte de 1814. - Constitution de 1848. - Constitution de 1875. - Pourquoi cette dernière ne fait pas mention du pouvoir judiciaire

CHAPITRE III Affinité de nature, et rapports nécessaires du pouvoir judiciaire avec la constitution démocratique

- I. - Le gouvernement républicain se caractérise par le règne de la loi. - Division des lois en lois de garantie, lois de coercition et lois de sanction. - Les premières et les dernières sont appliquées par le pouvoir judiciaire.
- II. - Le pouvoir judiciaire garant des principes constitutionnels.
- III. - Législation comparée: Angleterre, Etats-Unis, Suisse.
- IV. - Dédutions à tirer de ces exemples

CHAPITRE IV Aperçu général sur la législation et la juridiction administratives

- Coup d'oeil d'ensemble sur la législation et la juridiction administratives. - Origine impériale du droit administratif.
- I. - Doctrine de la prérogative et du privilège. - Prerogatives nécessaires et légitimes; privilèges injustifiés. - Privilèges divers: privilège d'exécution préalable; privilège de spécialité de juridiction; privilège d'actes de gouvernement; théorie de l'acte seul en cause.
- II. - Origines de la juridiction administrative; justice retenue et justice déléguée. - Droit prétoire.
- III. - La juridiction administrative est-elle nécessaire?
- IV. - Au point de vue des principes; Contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir. - Envahissements successifs des autres domaines. - Litiges basés sur des contrats de droit commun; sur des délits ou quasi-délits: Arrêt Blanco; envahissement des litiges relatifs à des droits individuels, liberté des personnes, propriété, domicile: Affaire des décrets du 29 mars 1880. - Invasion dans le domaine interdit du droit criminel; des litiges concernant les départements et les communes. - Théorie des progrès de la juridiction administrative; elle a pour point de départ la loi du 11 juin 1906.
- V. - Au point de vue de l'utilité pratique: le contentieux de l'annulation est-il une raison et un objet suffisants? Point de vue du justiciable; difficultés pour trouver le tribunal compétent. - Arrêt Feutry (29 février 1908). - Lois spéciales. - Les garanties offertes au justiciable par la juridiction administrative sont-elles plus grandes? - Organisation du contentieux administratif compliquée, irrationnelle. - Améliorations proposées. - Le *référé* administratif serait-il possible?
- VI. - Législation comparée.
- VII - Dernière objection: la juridiction ordinaire ne saurait connaître des actes de puissance publique? Réponse à cette objection. - Véritable sens de la règle de la séparation des pouvoirs.
- VIII. - Pourquoi la juridiction administrative a survécu? - Hautes personnalités qui ont honoré le conseil d'Etat. - Politique d'opposition et politique de gouvernement

CHAPITRE V Principes du droit social et du droit individuel

- Constatation préalable des droits que le pouvoir judiciaire doit protéger et sanctionner. - Le droit collectif et le droit individuel.
- I. - Antériorité du droit social. - Absorption de l'individu dans la société élémentaire. - Progrès de la personnalité avec la notion d'Etat et de citoyen; sociétés antiques: sociétés féodales.
- II. - Sociétés modernes: La Révolution dégage matériellement la personnalité que le christianisme avait déjà dégagee intellectuellement. - Comparaison des révolutions du 1^{er} et du XVIII^e siècle.
- III. - Société contemporaine. - L'individu et l'étatisme contemporain.
- IV. - La société contemporaine et l'individualisme. - Individualisme outrancier ou anarchique.
- V. - Part légitime du droit collectif. - Fondements sociaux de ce droit.
- VI. - Part légitime du droit individuel. - Fondements métaphysiques de ce droit. - Supériorité du droit individuel sur le droit collectif. - Celui-ci n'a de raison d'être que dans celui-là. - Le droit individuel agrandi par le progrès de l'esprit humain. - Le droit constitutionnel le sanctionne. - Obligation de respecter dans l'individu les droits acquis par le progrès humain et par le progrès politique.
- VII. - L'existence des droits étant constatée un pouvoir doit être qui les maintienne et les départage

CHAPITRE VI Rapports du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif

- I. - Le pouvoir législatif est le premier des pouvoirs de l'Etat, mais il n'est pas sans limites. - Limites et sanctions constitutionnelles. - Lois inexistantes. - Lois illégales. - Législation des Etats-Unis permettant de les déclarer telles. - Motifs rationnels de cette attribution. - Les mêmes motifs n'existent-ils pas en France? - Objection tirée de la violation du principe de la séparation des pouvoirs. - Objection tirée de l'insuffisance des textes constitutionnels. - Réponses.
- II. - Insuffisance de l'organisation judiciaire prouvée par les faits: quelques incidents de "l'affaire du Panama"; irrégularités initiales. - L'affaire devient politique. - Question de la communication des dossiers criminels. - Commissions parlementaires judiciaires. - Conséquences.
- III. - Les assemblées politiques ne doivent pas exercer de juridiction; citation du discours de Lanjuinais. - Sénats, hautes cours de justice. - Vicissitudes de cette institution en Angleterre. - *Impeachment* et *bill of attainder*. - Aux Etats-Unis.
- IV. - Empiètements possibles du judiciaire sur le législatif. - Opinion de l'ancienne jurisprudence. - Jugements du tribunal de Château-Thierry. - Délit de nécessité. - Opinion des auteurs anciens et modernes.
- V. - Règles de l'interprétation des lois d'après les moeurs

CHAPITRE VII Du pouvoir judiciaire dans ses rapports avec le pouvoir exécutif

- La nécessité de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif est proclamée par la Révolution.
- I. - Ce principe méconnu par le Premier Empire.
- II. - Cette méconnaissance établit la fausse tradition de la suprématie du ministre sur toute fonction judiciaire. - Fausse situation du ministère public entre une indépendance de principe et une subordination de fait. - Le droit du ministre de prescrire les poursuites équivaut à lui permettre de l'exercer.
- III. - Subordination de la magistrature inamovible. - Effets de cette subordination sur le magistrat soit par les conditions de nomination, soit par les conditions d'avancement. - Circulaires Delangle, Trarieux, etc. - Projets de réformes divers, Arago, Crémieux, Faustin Hélie, etc. - Projet Bérenger. - Effets fâcheux, pour la justice, de cette subordination. - Actes de gouvernement et article 10 du Code d'instruction criminelle. - Action du pouvoir central sur les juges d'instruction. - Affaire des chemins de fer du Sud. - Propositions diverses. - Action sur les présidents d'assises. - Conséquences

DEUXIEME PARTIE Esquisse des réformes

INTRODUCTION A LA DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire

- Elles doivent se rencontrer: 1° dans son origine; 2° dans sa constitution intérieure.
- SECTION I. DANS SON ORIGINE. - Divers modes de recrutement.
- I. - Nommé par le pouvoir exécutif, le magistrat ne serait que son délégué.
- II. - Election par le suffrage universel. - Inaptitude du corps électoral. - Exemples: les Etats-Unis, la Suisse, la France pendant la Révolution. Juges consulaires.
- III. - Système du jury civil.
- IV. - Autres moyens de délégation du pouvoir judiciaire.
- SECTION II. - DANS SA CONSTITUTION INTERIEURE. - Motifs généraux.
- I. - Inamovibilité. - Historique de la question.
- II. - Législation comparée. - Raison de fond. - Conditions d'efficacité.
- III. - Réserves dans l'application du principe de l'inamovibilité

CHAPITRE II Esquisse d'un plan d'organisation judiciaire

- La fonction judiciaire fut toujours considérée comme partie intégrante de la souveraineté. - Magistrats choisis d'après la loi.
- I. - Conseil supérieur de la magistrature. - Rôle à cet égard de la Cour de cassation. - Mode d'élection de ses membres, fonctions du conseil supérieur.
- II. - Division de la France en ressorts. - Conseils de ressort; leur composition, leur rôle pour les présentations.
- III. - Objection relative à la reconstitution de l'esprit de caste. - Réponse. - Précédents historiques

CHAPITRE III Réformes juridictionnelles

- I. - Suppression des classes. - Indépendance et identité des autres garanties dues à tous les justiciables
- II. - Relations à établir entre les divers ordres de tribunaux. - Assimilation des juges de paix aux juges de première instance. - Justice familiale d'autrefois. - Point de vue différent aujourd'hui. - Utilité de l'assimilation, - Précédents.
- III. - Question du nombre de juges. - Du juge unique. - Nombre nécessaire au premier degré; au deuxième degré. - Réductions proposées. - Discussion de ces propositions.
- V. - Du ministère public. - Origines de cette magistrature. - Mercuriales. - Indépendance nécessaire. - Doit-il avoir le privilège exclusif d'exercer l'action publique? - Procédure inquisitoire plus particulièrement conforme à l'esprit monarchique. Procédure accusatoire conforme aux moeurs des Républiques. - Tendances nouvelles. - Garanties d'indépendance

CHAPITRE IV Importance des formes judiciaires

- I. - Pas de juridiction d'exception. - Ce qu'elles furent dans l'ancienne monarchie. - Aux époques contemporaines.
- II. - Formes de la justice. - Critiques qu'elles ont soulevées. - Leur justification et conséquences de leur violation. - Affaire Dreyfus.
- III. - Comment les sauvegarder. - Institution d'inspections générales

CHAPITRE V Conditions d'admission des candidats à la magistrature

Nécessité de certaines épreuves pour contrôler l'aptitude des candidats. - Examens ou concours. - Applications différentes de ces deux espèces d'épreuves. - L'examen suffit pour les carrières dites libérales. - Le concours mieux approprié aux fonctions publiques. - Opinion de M. Rooswelt. - Autres garanties nécessaires: stages dans les greffes. - Ecoles spéciales

CHAPITRE VI Attributions complémentaires du pouvoir judiciaire Exécution de ses décisions

Les décisions de l'autorité judiciaire doivent être exécutées par elle, et seule elle doit pouvoir les modifier.

I. - Inconvénients et abus du système qui remet l'exécution des peines au pouvoir exécutif. - Régime pénitentiaire. - Loi de 1854 et lois postérieures; relégation, libération conditionnelle. - Enervement de la répression. - Convenance de confier aux magistrats le soin de modifier les décisions judiciaires. - Nécessité de les mettre à même de juger de l'effet des peines qu'ils prononcent.

II. - L'amnistie échec au principe ci-dessus, mais nécessaire. - Dans quelle mesure. - Sous quelles conditions elle doit être accordée.

III. - Droit de grâce logique sous la monarchie, inexplicable entre les mains du chef d'une République démocratique, constitue un échec à la loi, à la chose jugée; réalise une inexplicable inégalité. - Moyens de pourvoir aux cas où la grâce peut être une nécessité

CONCLUSION

Résumé général. - Cause d'échec des réformes

APPENDICE

Note I. (Justice et démocratie)

Note II. - (Les adversaires de la réforme)

Note III. - Nécessité de l'indépendance et de l'autonomie du pouvoir judiciaire. - Opinion de divers parlementaires

Note IV. - Projet de loi tendant à attribuer le droit de poursuite directe à des associations d'intérêt général

TABLE DES NOMS DES AUTEURS CITES

TABLE DES CHAPITRES