1864

ÉLÉMENTS

DE

DROIT PÉNAL

b. 469. 2. vol.

Droits de propriété et de traduction réservés.

1856

EN VENTE CHEZ E. PLON & Cie

Législation romaine, par J. Ortolan. Neuvième édition, revue et mise au courant par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris. — Cet ouvrage, formant 3 vol. in-8°, comprend : I. *Histoire de la Législation romaine;* — II et III. *Instituts de Justinien.* Prix. . . . . 24 fr. »

On vend séparément :

Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne, suivie d'une **Généralisation du Droit romain.** 1 vol. in-8°. Prix. . . . . 8 fr. »

Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts. 2 vol. in-8°. . . . . 16 fr. »

Éléments de droit pénal : Pénalité, Juridictions, Procédure, par J. Ortolan. Quatrième édition, mise au courant de la législation française et étrangère, par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris. 2 vol. in-8°. 18 fr. »

Résumé des éléments de droit pénal, par J. Ortolan; avec un Supplément de 1874, par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris. 1 vol. in-8°. . . . . 10 fr. »

Les Pénalités de l'Enfer de Dante, suivies d'une étude sur Brunetto Latini, apprécié comme le maître de Dante, par J. Ortolan. 1 vol. in-18, format Charpentier. Prix.. . . . . 2 fr. 50

Les Enfantines, Moralités, par Elzéar Ortolan. 1 vol. in-18, format Charpentier, deuxième édition, augmentée. . . . . 3 fr. »

Des moyens d'acquérir le domaine international, ou Propriété d'État entre les nations, d'après le droit des gens public, et **de l'équilibre politique**, par M. Eugène Ortolan, docteur en droit, rédacteur au ministère des affaires étrangères, chevalier de la Légion d'honneur. Gr. in-8°. 4 fr. »

Règles internationales et Diplomatie de la mer, par M. Théodore Ortolan, capitaine de vaisseau, commandeur de la Légion d'honneur. Quatrième édition, mise en harmonie avec le dernier état des traités, suivie d'un appendice spécial, contenant, avec les actes du Congrès de Paris de 1856, les principaux documents relatifs à la guerre d'Orient et à la guerre d'Amérique. 2 vol. in-8°. . . . . 15 fr. »

Élements de procédure civile, par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris. 1 vol. in-8°. . . . . 9 fr. »

Traité théorique et pratique des preuves, en droit civil et en droit criminel, par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris. 2 vol. in-8°. . . . . 16 fr. »

Paris. Typographie de E. Plon et Cie, 8, rue Garancière.

39083 doublet
Inv. 81.950.
T. T. Djuv

ÉLÉMENTS
DE
DROIT PÉNAL

PÉNALITÉ — JURIDICTIONS — PROCÉDURE

SUIVANT LA SCIENCE RATIONNELLE, LA LÉGISLATION POSITIVE ET LA JURISPRUDENCE
AVEC LES DONNÉES DE NOS STATISTIQUES CRIMINELLES

PAR

J. ORTOLAN

QUATRIÈME ÉDITION
MISE AU COURANT DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE
PAR
M. E. BONNIER
PROFESSEUR DE LÉGISLATION PÉNALE COMPARÉE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

TOME PREMIER

114583



Donatia T. Djuvara

PARIS

E. PLON ET Cie, ÉDITEURS
RUE GARANCIÈRE, 10

MARESCQ AINÉ, ÉDITEUR
RUE SOUFFLOT, 17

1875

CONTROL 1953

1961

Biblioteca Centrală Universitară
"Carol I" Bucureşti
Cota 39083

Rc 72/8

B.C.U. Bucuresti
C114583

PRÉFACE

Lorsque M. Ortolan se fut fait un nom dans la science en appliquant la méthode historique à l'étude du droit romain, il dirigea toute son activité vers la législation pénale, qu'il a professée pendant plus de trente ans à la faculté de Paris. Son livre, dont nous publions aujourd'hui la quatrième édition, sans pouvoir faire revivre cette parole si vive et si sympathique, universellement regrettée par la jeunesse studieuse, est du moins la reproduction succincte, mais complète des doctrines philosophiques et historiques qui ont puissamment contribué à la régénération, dans notre siècle, des études de droit criminel. Si cette branche essentielle de la législation, autrefois bien négligée, est aujourd'hui cultivée avec fruit dans toutes nos facultés, ce résultat tient, en grande partie, à l'impulsion donnée par les *Éléments de droit pénal*.

Depuis la dernière édition de l'ouvrage, il est devenu nécessaire, sans s'écarter en rien du plan, qui en constitue l'originalité, de le mettre au courant par d'importantes additions.

Les unes ont été puisées dans les notes qu'avait déjà préparées M. Ortolan, en vue de son cours et de ses travaux

ultérieurs; les autres sont la reproduction des documents les plus récents, dont une exacte analyse tient le lecteur au courant du dernier état de la législation et de la jurisprudence sur la pénalité.

Nous avons, de plus, satisfait à un vœu exprimé par beaucoup de lecteurs de M. Ortolan, en ajoutant à son livre une table générale analytique, et des tables des articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle expliqués dans chaque volume.

Quant aux sujets traités dans cette publication, nous signalerons, en première ligne, le *système pénitentiaire,* déjà longuement développé dans les anciennes éditions, mais qui, abandonné par le gouvernement impérial, semblait presque passé chez nous à l'état d'utopie. Les idées auxquelles M. Ortolan était demeuré fidèle ont repris faveur depuis 1872, grâce à la nomination par l'Assemblée nationale d'une commission pour la réforme des prisons. Il est intéressant de rapprocher les travaux de cette commission des opinions du regrettable jurisconsulte sur le régime pénitentiaire, et d'y constater une remarquable concordance sur presque tous les points : c'est ce qui ressort des savants rapports de MM. d'Haussonville et Bérenger, ainsi que des observations de la Cour de cassation sur les réformes proposées; rapports et observations dont ce livre reproduit les parties les plus essentielles. Remarquons toutefois que, dans le mouvement actuel des idées sur cette grande réforme, on n'est d'accord pour adopter l'emprisonnement cellulaire de jour et de nuit que pour les détentions de courte durée, comme le propose pour les prisons départementales le projet actuellement soumis à l'Assemblée. Que si l'emprisonnement doit se prolonger durant plusieurs années, de bons esprits paraissent incliner vers le *système irlandais,* aujourd'hui pratiqué en Angleterre, qui comprend trois périodes : emprisonnement

cellulaire, travail en commun et libération provisoire. La nouvelle édition tient le lecteur au courant de cette nouvelle phase de la question pénitentiaire.

Indépendamment de projets qui auront encore à subir l'épreuve de la discussion, il est déjà sorti des travaux de la commission une loi qui ne pourra produire tous ses fruits que lors de l'achèvement complet de la réforme, mais qui constitue déjà un progrès notable par rapport aux régimes antérieurs : la loi sur la surveillance de la haute police, du 23 janvier 1874, loi qui a été analysée avec soin, ainsi que les questions transitoires qu'elle soulève.

Les changements politiques qui se sont opérés depuis 1870 ont également réagi sur la législation pénale. Il nous suffira de citer l'application du jury aux délits politiques et aux délits de la presse, et l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, qui subordonnait les poursuites contre les agents du gouvernement à l'autorisation du Conseil d'État; abrogation sur la portée de laquelle il s'est élevé de graves controverses.

M. Ortolan, en correspondance avec de nombreux jurisconsultes à l'étranger, a toujours suivi le mouvement de la criminalité dans tous les pays civilisés. Ses précieux travaux sont continués dans l'édition actuelle, qui reproduit les dispositions les plus importantes du code allemand de 1870, et du code de procédure criminelle autrichien de 1873; ce dernier code offrant pour la première fois une tentative de combinaison originale du système accusatoire et du système inquisitorial. Une large place a été faite également au projet du code pénal portugais, produit d'une élaboration de vingt années, dont la promulgation se fait bien attendre; et au projet du code pénal italien, actuellement soumis aux délibérations du sénat du royaume d'Italie.

A ce dernier projet se rattache la grave question de l'abo-

lition de la peine de mort, effectuée dans plusieurs Etats secondaires, notamment en Portugal et dans les Pays-Bas, mais à laquelle se sont refusés jusqu'ici les grands États, telle qu'en Allemagne la Confédération du Nord, lors de la rédaction du code pénal de 1870.

Ces indications suffisent pour montrer quel intérêt sérieux présente cette publication pour tous ceux qui veulent se tenir au courant d'une science dont le progrès se trouve en constante harmonie avec la marche de la civilisation moderne.

E. BONNIER.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS CET OUVRAGE

A

ACTES PRÉPARATOIRES. A quel titre ils peuvent être incriminés par la justice sociale, t. Ier, no 987. — Distinction des actes préparatoires et de la tentative, 989. — Punis par la loi, tantôt comme délits spéciaux, tantôt comme actes préparatoires, 1022.

ACTION PUBLIQUE ET ACTION CIVILE. Naissance et caractère des droits d'action publique et d'action civile, t. II, nos 1672, 1673. — Cas exceptionnels où l'action publique n'est pas ouverte par le seul fait du délit, 1675-1742. — *Suspension de l'exercice des droits* d'action publique ou d'action civile, 1752-1768. — Epuisement de ces droits, 1775-1833. — Extinction de ces droits, 1838-1888.

ADULTÈRE. Excuse du meurtre en cas de flagrant délit d'adultère, t. Ier, nos 459-462. — Nécessité d'une plainte pour toute poursuite en adultère, t. II, no 1694. — Même vis-à-vis du complice, 1695. — Fin de non-recevoir contre le mari. Critique, 1696. — Mais non contre la femme, 1697. — Fin de non-recevoir commune, tirée de la réconciliation, 1698, 1699. — L'action d'adultère s'éteint par le désistement du mari; — non par celui de la femme; — ni par le décès du mari, 1885.

AFFAIRES CIVILES, EN RAPPORT AVEC LES AFFAIRES PÉNALES. Limites du droit civil et du droit pénal, t. Ier, nos 591-595. — Mal du délit considéré au pénal et au civil, 958 et suivants. — Contact des deux juridictions, t. II, no 2118. — Questions préjudicielles, 2119-2123. — Suppression d'Etat et rapt, 2124, 2125. — Quand et dans quelles limites le juge pénal statue sur le civil, 2126-2128. — Identité des règles sur la preuve, 2129. — Dans quelles limites l'action civile est subordonnée à l'action publique, 2130-2132. — Quand le juge pénal peut statuer sur l'action civile, 2133. — Influence du procès pénal sur la chose jugée au civil, et réciproquement 1811-1817; 2134-2145 (voy. *Chose jugée*).

AFFICHES. Utilité de l'humiliation résultant de la publicité, t. II, no 1389. — Affiches et insertions dans les journaux des condamnations criminelles, 1547-1550.

AGE. Influence de l'âge sur l'imputabilité et la culpabilité suivant la science rationnelle. Division en quatre périodes du développement moral chez l'homme, t. Ier, nos 257-273, 280-282. — Influence de l'âge suivant la législation positive et la jurisprudence, 274-301. — Droit romain. 275-277. — Ancien droit français, 278. — L'Assemblée constituante, dans son code pénal de 1791, établit en France la majorité pénale de seize ans en matière de crimes, 279. — Le Code pénal de 1810 reproduit cette règle, et l'applique aux délits, 283, 284. — L'agent qui a moins de seize ans a-t-il agi avec ou sans discernement? 285-290. — Le mineur de seize ans qui a agi sans discernement est acquitté, 291. — Il peut être détenu dans une maison de correction jusqu'à sa vingtième année, 292, 293. — Organisation défectueuse de cette détention, 294. — Diminution dans la pénalité, modification dans la juridiction pour le mineur de seize ans qui a agi avec discernement, 296, 297, 300. — La limite de seize ans n'est pas applicable aux contraventions de simple

police, 298. — Statistique, 301 (voy. *Jeunes détenus*).

Agent (sujet actif du délit), t. Ier, nos 219 et suivants. — De l'agent du délit considéré dans son moral, 232 et suivants. — Dans son corps, 400-415. — Dans ses droits, 416-486.

Amende. *Amende honorable* de l'ancien droit, t. II, no 1579. — Utilité de l'amende pécuniaire, 1398-1401. — Comment il convient de la régler, 1402-1404. — Quand elle est prononcée dans notre droit, 1580. — Au profit de qui, 1581. — Confusion de l'amende avec les réparations civiles, 1582, 1583. — Solidarité, 1584. — Moyens de recouvrement, 1585, 1586. — Statistique, 1587.

Amnistie. Utilité de l'amnistie, t. II, no 1883. — Historique, 1884, 1884 *bis*. — Amnistie après condamnation, 1913. — Elle laisse subsister le droit d'exécution civile, 1913 *bis*.

Appel. Principe de l'appel, t. II, no 1949. — Son admission limitée en matière pénale, 2345. — Appel, qualifié *opposition*, contre certaines décisions d'instruction, 2346. — Contre certains jugements de simple police, 2347. — Contre les jugements correctionnels, 2348. — Délais et formes de l'appel, 2349, 2352. — Effet suspensif, 2353, 2354. — Exceptions à cet effet, 2355.

Armes. Aggravation du délit au cas de port d'armes, et au cas d'usage d'armes, t. Ier, nos 817, 819. — Distinctes des armes proprement dites ou improprement dites, 818. — Définition des armes dans l'article 101 du Code pénal; comment il faut étendre cette définition, 820-823. — A quels cas elle est applicable, 824.

Assemblées représentatives. Droit pour les membres de ces assemblées de n'être poursuivis qu'avec l'autorisation de leurs collègues, t. II, nos 1757, 1768. — Exception au cas de flagrant délit, 1759. — Dispositions législatives sur ce point, 1760, 1761. — Motifs qui doivent guider l'assemblée, 1762. — Sur des mots *en matière criminelle*, 1763. — Sanction de la prohibition, 1764.

Association de malfaiteurs. Prévue par le Droit romain, t. I, no 805. — Punie par le Code pénal, 807 *ter*.

Attentat. Identité, dans notre ancien Droit, de l'attentat et de la tentative, t. Ier, nos 1035-1039. — Comment le Code de 1810 en est venu à incriminer spécialement l'attentat, 1040-1042. — Traces de l'ancien Droit sur les crimes de lèse-majesté, effacées en 1832, 1043, 1044. — Provocation érigée en attentat par la loi de 1835, 1045. — Incrimination directe de l'attentat en ce qui touche l'emprisonnement et l'incendie, 1047-1050. — Autres incriminations où se retrouve l'idée de tentative, 1052.

Aveu. La force de l'aveu n'est point absolue, t. II, no 2298. — Moyens illicites tendant à l'obtenir, 2220.

Avocat. Importance de cette profession, t. II, no 2043. — Absence de défense dans l'instruction préparatoire, 2173, 2174. — Communications avec l'accusé après l'interrogation, 2283 *bis*. — Droit de défense 2288-2293.

Avoués. Leurs fonctions devant les juridictions pénales, t. II, no 2043.

B

Bagnes. Leur ancien caractère, t. II, no 1526. — Leur suppression, 1526.

Bannissement. Vice de ce genre de peine, t. II, no 1416. — Comment il est organisé par le Code pénal, 1551.

Bris de scellés. Puni, soit comme délit spécial, soit comme circonstance aggravante du vol, t. Ier, no 841.

C

Carcan. Caractère de cette peine, t. II, no 1387. — Son abolition en 1832, 1546.

Chambre d'accusation. Elle remplace le jury d'accusation, t. Ier, no 153. — Son organisation, nos 2008, 2009. — Sa suprématie, 2010. — Ses décisions, 2260-2262.

Chambre du conseil. Motifs de sa suppression, t. II, no 2007.

Chasse. Règle spéciale sur la confisca-

tion des engins prohibés, t. II, n° 1576. — Quand on peut chasser sur le terrain d'autrui, 1732. — Dans quelles circonstances l'interdiction est absolue, 1733. — Quand est présumé le consentement du propriétaire, 1734. — Ne point étendre la loi de 1844 à d'autres délits spéciaux, 1735.

Chose jugée. Conditions de l'autorité de la chose jugée, t. II, nos 1775-1777. — Généraliser l'article 360 du Code d'instruction, 1778, 1779. — Application au droit pénal des règles du Code civil sur la chose jugée, 1780-1787. — Controverse sur l'interprétation de l'article 360, 1788-1798. — Identité au point de vue des parties, 1789-1810. — Autorité de la chose jugée quant à l'action civile, 1811-1817.

Circonstances aggravantes. Leur caractère, t. Ier, n° 1054. — A quelles sources elles se puisent, 1074. — Leur influence sur la culpabilité absolue ou relative, 1075. — Circonstances aggravantes générales ou spéciales, 1076, 1077. — Leur effet, 1078, 1079.

Circonstances atténuantes. Leur caractère. Moyen d'en tenir compte par le *maximum* et le *minimum*. Insuffisance de ce moyen, t. Ier, nos 1111-1114. — Origine de l'institution des circonstances atténuantes, 1115. — Article 463 du Code de 1832, 1116, 1117. — A quels crimes ou délits s'applique l'institution, 1118-1121. — Indétermination des circonstances, 1122. — Extension abusive de l'institution en 1832, 1123-1124. — Modifications proposées. Statistique, 1125-1127. — Atténuation de peines par suite de circonstances atténuantes, t. II, nos 1655-1661. — Lacune dans l'article 463 pour le maximum de l'amende, 1662. — Peines additionnées, alternatives, ou accessoires, 1663-1665.

Coauteurs. Distinction des auteurs intellectuels et des auteurs matériels du délit, t. Ier, nos 1259-1270. — Les auteurs intellectuels rangés par notre Code dans la classe des complices, 1297. — Intérêt à distinguer l'auteur matériel du complice, 1306. — Cas où la pluralité d'agent influe sur la peine, 1316.

Compétence. Distinction de la compétence générale et de la compétence spéciale, t. II, nos 2051-2053. — Quatre points de vue de la compétence générale, 2034-2055. — 1° Fonctions, 2056-2101. — 2° Hiérarchie, 2102. — 3° Qualité et importance des affaires, 2103-2145. — 4° Lieu, 2146-2140. — Compétence spéciale, 2150-2152. — Juges de la compétence, 2153-2160 *bis*.

Complicité. Caractères de la complicité, t. Ier, nos 1254-1256. — Distinction des auteurs et des auxiliaires, 1257, 1258. — Auteurs intellectuels et auteurs moraux, 1259-1270. — Auxiliaires, 1271, 1272. — Fauteurs après l'accomplissement de l'acte, 1273-1277. — Connaissance du but, 1278. — Pénalité rationnelle pour les auteurs, auxiliaires et complices, 1279. — Les causes d'aggravation ou d'atténuation doivent-elles rejaillir sur les complices? 1280-1288. — Distinction entre les auteurs et les complices quant à la culpabilité, 1289-1293. — Procédure, 1294. — Ancien Droit, 1295, 1296. — Système du Code pénal, 1297. — Notion de la complicité dans l'article 60, 1298-1301. — Doctrine de l'article 6 pour la peine, 1302-1307. — Complicité présumée au cas de recel des malfaiteurs, 1308. — Cas où la loi pénale atteint les faits postérieurs, 1309-1314. — Complicité de contraventions, 1315.

Complot. Droit pour le pouvoir social d'atteindre la résolution de crimes graves arrêtée entre plusieurs, t. Ier, nos 800-803. — Peine des complots contre l'Etat, 807 *bis*. — Du complot suivi d'un acte préparatoire, 1022.

Confiscation. Iniquité de la confiscation générale, t. II, n° 1394. — Justification de la confiscation spéciale, 1395-1397. — Abolition de la confiscation générale, 1573. — Comment la confiscation spéciale est réglée par le Code, 1574-1578.

Conflit. Conflit de juridiction, positif ou négatif. Règlement de juges pour vider ce conflit, t. II, n° 2157. — Conflit d'attributions. Tribunal des conflits, 2158. — Ordonnance de 1828, 2159.

Connexité. Distinction de la connexité

et de la complicité, t. Ier, nos 1239, 1240. — Origines de la connexité, 1241. — Ses diverses formes, 1242-1246. — Importance pratique de la connexité, 1247-1249. — Connexité dans notre procédure criminelle. 1250, 1251. — Effet quant à la pénalité, 1252, 1253.

Contrainte. Cas où la contrainte fait cesser l'imputabilité, au point de vue rationnel, t. Ier, nos 353-367. — Droit romain et ancienne jurisprudence sur ce point, 368, 369. — Droit intermédiaire, 370. — Code pénal de 1810, 371-373. — Comparaison avec les règles du droit civil, 374. — Cas où il n'y a qu'atténuation de culpabilité, 376. — Même règle pour les contraventions, 377.

Contravention. Dans le sens large du mot, délit non intentionnel. Dans quels cas la simple faute doit tomber sous le coup de la loi pénale, t. Ier, no 384. — Diverses catégories des contraventions, *lato sensu*, 405. — Origine du mot *Contravention*, 610. — Contraventions de police, 612-614. — De police générale et de police municipale, 615-621. — Règlements qui établissent les contraventions, 622-641. — Pouvoir du jury en cette matière, 642-646.

Contraventions de simple police. Distinction des contraventions de *police générale* et des contraventions de *police municipale;* autorités qui les déterminent, t. Ier, nos 619-621. — Anciennes polices locales, 624-626. Actes par lequel s'exerce le pouvoir réglementaire de la police, 629. — Fonctions de l'autorité municipale pour les règlements de police, 630-635. — Peines édictées par la loi pour les contraventions simples, 636-638. — Conditions de la validité des règlements de police, 639, 640. — Dénominations diverses employées pour désigner les contraventions simples, 683. — Accroissement de leur nombre, 693. — Dispositions de la loi du 27 juin 1866, sur les contraventions commises hors du territoire, 918 *bis*. — Point de peine pour la tentative de contravention, 1032. — Circonstances atténuantes applicables aux contraventions, 1119. — Cumul des peines des contraventions, 1172. — Règles spéciales pour la récidive en cette matière, 1227-1229. — Complicité de contravention rarement punie, 1315.

Contrefaçon. Caractère de la contrefaçon industrielle; nécessité d'une plainte pour l'action en contrefaçon de cette nature, t. II, no 1736. — Caractère différent de la contrefaçon littéraire ou artistique, 1737.

Contumace. Conditions nécessaires pour la contumace; procédure de contumace, t. II, no 2339. — Effet de la contumace sur la personne et sur les biens, 2339 *bis*. — Etat du condamné quand la contumace cesse, 2339 *ter*. — Différence du défaut et de la contumace, 2343. — Effet de la prescription, 2344.

Corps du délit. Ce que c'est que le corps du délit, t. Ier, nos 1129-1132. — Eléments divers qui le constituent, 1133-1135. — Diverses acceptions du mot, 1136-1138. — Mauvaise définition de d'Aguesseau, 1139. — Intérêt à reconnaître le corps du délit, 1140, 1141.

Cour d'appel. Son organisation, t. II, nos 1966-1970. — Comment elle statue sur appel, 2858 *ter*-2352.

Cour d'assises. Comment se tiennent les assises, t. II, nos 1971-1975. — Magistrature de la cour d'assises, 1976-1981. — Jury (voy. *Jury*). — Pouvoirs de la cour d'assises comparés aux attributions du président, 2075-2099. — Sa compétence, 2111, 2112, 2116. — Comment elle est saisie, 2269, 2270. — Présence de l'accusé, 2274-2280. — Formes antérieures aux débats, 2282-2284. — Publicité, 2285-2289. — Droit de défense, 2293. — Preuves, 2294-2307 *bis*. — Ordre de l'instruction, 2308 *bis*. — Jugement, 2313 et suiv. — Acquittement, absolution ou condamnation, 2331-2333. — Autorité des jugements de cours d'assises, 2334-2337. — Condamnation aux restitutions, dommages-intérêts et frais, 2338.

Cour de cassation. Nécessité d'une juridiction supérieure, t. II, no 1951. — Origine de notre cour de cassation, 2011. — Son organisation, 2012. — Son rôle général, 2101. — Ses attributions pour le règlement de la compétence, 2156-2160 *bis*.

Distinction du pourvoi en cassation et du pourvoi en révision (voy. *Révision*). — Pourvoi en cassation de la part des parties, 2359. — Contre quels jugements il peut être formé. 2360-2362; 2366-2371. — Effet suspensif, 2365. — Délai et formes du pourvoi, 2372, 2373. — Résultats du recours en cassation, 2374, 2375. — Pourvoi dans l'intérêt de la loi, 2376, 2377. — Pourvoi en annulation, 2378.

CRIME. Anciens délits de *grand criminel*, t. Ier, nos 658-674. — Crime dans le droit actuel, 675-678, 681. Statistique des crimes, 691-693. — (Pour les règles sur la répression des crimes, voir les mots : *Tentative, Complicité, Récidive*, etc.)

CULPABILITÉ. Distinction entre l'*imputabilité* et la *culpabilité;* conséquences à tirer de cette distinction, t. Ier, nos 225-231.

CUMUL DE DÉLITS. Problème à résoudre au cas du cumul de délits, t. Ier, nos 1144-1152. — Deux systèmes radicaux : cumul de peines et absorption, 1153-1156. — Système rationnel, 1157. — Cumul quant aux réparations civiles, 1158. — Cumul de peines dans le droit primitif, 1159-1160. — Comment a prévalu la règle de l'absorption, 1161, 1162. — Elle passe dans notre droit, 1163-1165. — Difficultés qu'elle soulève, 1166-1171. — A quels délits elle est applicable, 1172-1175. — Vice de la règle; renvoi pour les peines, 1176, 1177. — Cas exceptionnel de cumul, 1178.—Cumul idéal, 1178 *bis*. — Difficultés pratiques pour l'application de la peine, au cas de cumul de délits, t. II, 1636-1648.

D

DÉFENSE (voy. *Avocat*).

DÉGRADATION CIVIQUE. Organisation rationnelle de cette peine, t. II, nos 1405-1415. — Ce qu'elle est dans le Code pénal, 1554. — Faculté d'y ajouter l'emprisonnement, 1606.

DÉLIT. Dénomination du délit, t. Ier, nos 559 - 566. — Définition du délit, 567-590. — Classification des délits, 596. — Délits d'action ou d'inaction, 597 - 608. — Intentionnels ou non intentionnels, 609-648. — Communs et spéciaux, 649-656. — Délits correctionnels comparés aux crimes et aux contraventions, 657-694. — Politiques ou non politiques, 695-739. — Instantanés et successifs; simples et collectifs, 740-764. — Flagrants ou non flagrants, 765-781. — Ordre à suivre dans le dénombrement des délits, 782-791 (voy. les mots : *Agent du délit, Patient du délit, Pluralité de délits, Pluralité d'agents ou de patients du délit.*)

DÉLITS COLLECTIFS OU D'HABITUDE. Leur caractère par opposition à celui des délits successifs, t. Ier, no 761. — Quel est le nombre de faits nécessaires pour constituer un délit collectif? 762. — Pluralité des faits nécessaires, mais non pluralité des victimes, 763. — Difficultés relatives aux délits collectifs, 764.

DÉLITS DE POLICE CORRECTIONNELLE. Anciens délits de petit criminel, t. Ier, nos 668-673. — Comment le mot *délit* a acquis un sens spécial dans le droit actuel, nos 675-678, 682. — Statistique des délits, 691-693. — Tentative en matière de délits correctionnels, 1029-1031. — Circonstances atténuantes pour les délits; leur application, 1119, 1120. — Leur statistique, 1125. — Récidive en matière de délits, 1122, 1123 *bis*.

DÉLIT FLAGRANT. Influence du flagrant délit en droit pénal, t. Ier, nos 765-767. — Délit quasi flagrant, 768-770. — Effets du délit flagrant ou quasi flagrant, 771-772. — Flagrant délit dans l'ancien droit, 773-776. — Flagrant délit et cas assimilés au flagrant délit dans notre droit pénal, 776-778. — Influence du délit flagrant ou quasi flagrant sur la pénalité et sur la procédure, 779-781. — Instruction du crime flagrant, t. II, nos 2244-2249. — Du délit flagrant, 2250-2258 *bis*.

DÉLITS POLITIQUES. Caractère spécial des délits politiques, t. Ier, nos 695-706. — Les distinguer des délits ordinaires quant aux peines et quant aux juridictions, nos 707-709. — Analyse des faits qui renferment un délit politique, 710-732. — Intérêt pratique à distinguer les délits correctionnels politiques, 734. — Les délits politiques, *lato sensu*, au point

de vue de l'extradition, 734 *bis*. — Les crimes politiques, au point de vue de la pénalité, 735, 736. — Statistique des délits politiques, 737-739.

DÉLIT IMPOSSIBLE. Destinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative ou accidentelle; hypothèses diverses, t. Ier, nos 1001-1004. — Faire rentrer dans la tentative le cas d'impossibilité relative, 1005. — Au cas d'impossibilité absolue, point de peine, en principe, 1006-1007. — Possibilité de voir un délit spécial dans les faits de cette nature, 1008. — Silence de notre loi pénale, 1027.

DÉLIT MANQUÉ. Distinction de la tentative et du délit manqué, t. Ier, no 995. — Faut-il, en théorie, assimiler le délit manqué au délit consommé? 996-1000. — Notre Code pénal frappe avec la même rigueur le crime tenté, le crime manqué et le crime consommé, 1025.

DÉLITS SPÉCIAUX. Ces délits opposés aux délits *de droit commun*, t. Ier, no 649. — Quatre acceptions du mot délit spécial, 650-654. — Règles sur les délits spéciaux, 655. — Importance statistique de ces délits, 656.

DÉLITS SUCCESSIFS OU CONTINUS. Opposés aux délits instantanés, t. Ier, nos 740-743. — Cas d'action ou d'inaction continue, 744-746. — Intérêt de la distinction quant à la pénalité et quant à la prescription, 747-748. — Nombreux délits ayant un caractère successif, 749. — Discussion des hypothèses controversées, 750-760.

DÉMENCE. Examen rationnel de l'influence des maladies mentales sur l'imputabilité, t. Ier, nos 302-333. — Ancien Droit, 334-337. — Principes du Code pénal, 338-345. — Cas où il y a simplement atténuation de la culpabilité, 346-348. — Application de la règle aux contraventions, 349. — Intervalles lucides, 350. — Précautions administratives, 351. — Documents statistiques, 352. — Suspension de l'action politique par la démence du prévenu, t. II, nos 1753-1756. — Influence de la démence sur l'exercice du droit d'exécution, 1769-1771.

DÉNONCIATION. Officielle ou privée, t. II, nos 2183, 2184. — Sa forme, 2185. — Recours contre le dénonciateur, 2186.

DÉPORTATION. Colonies pénales pour crimes politiques. Leur utilité, t. II, no 1382. — Son application en droit positif, 1524.

DÉTENTION. Peine spéciale établie, en 1832, pour les délits politiques. Son application, t. II, no 1530.

DÉTENTION PRÉVENTIVE. Motifs qui la justifient; tendance à en restreindre l'application, t. II, nos 2212-2217. — Maisons d'arrêt et de justice, 2217 *bis*. — Statistique; améliorations, 2218, 2219.

DIFFAMATION. Subordination de l'action publique à la plainte de la personne diffamée, t. II, nos 1315-1318. — Distinction de la diffamation et de l'injure, 1719. — A quelles conditions on peut poursuivre la diffamation, 1720-1722. — Caractères de l'outrage, qui n'est point soumis aux mêmes restrictions, 1723-1728 (voy. *Outrage*).

DISCERNEMENT (voy. *Age*).

DOL. Rôle que joue le dol dans les délits, suivant la science rationnelle, t. Ier, nos 377 et suiv. — L'expression de *dol* empruntée au droit civil romain, 395. — Ancienne distinction des diverses espèces de dol, 395. — Dol dans le droit intermédiaire, 399. — Dans le droit pénal actuel, 400-402. — Dol dans les circonstances qui accompagnent le délit, 814-816.

DOMMAGES-INTÉRÊTS (voy. *Affaires civiles en rapport avec les affaires pénales*). Comment il est statué sur les dommages-intérêts, t. II, no 2338 *ter*.

DROIT DE PUNIR. Idées générales et division, t. Ier, nos 166-170. — Théories de la *vengeance*, 177. — Du *contrat social*, 178. — De la *réparation*, 179. — De la *conservation*, 180. — De l'*utilité*, 181. — De la *justice absolue*, 182. — Réfutation de ces diverses théories, 183-189. — Théorie fondamentale du droit de punir : il repose sur une double base, la justice et l'utilité sociale, 201-204. — Conséquences de cette théorie, 205-208. — Théories suivies par les législations positives, 209-216.

E

Économie politique, considérée comme science auxiliaire du droit pénal, t. Ier, n° 45.

Effraction. Idée générale de l'effraction, t. Ier, n° 827. — Délits auxquels elle peut se rattacher, 830, 831. — Cas où elle a le caractère le plus grave. Situations diverses, 832-835. — Définition par le Code pénal de l'effraction, *extérieure* ou *intérieure*, 836. — Conséquences à tirer de cette définition, 837-840. — Autres cas d'effraction prévus par le Code pénal, 841. — Cas où cette circonstance est laissée à l'appréciation des juges, 842. — Cas où l'effraction aboutit à un autre délit, 843.

Éléments du délit. Éléments de fait, distincts de ceux qui résident dans le sujet actif et passif, nos 792-797. — Fait en lui-même, 795-807. — Moyens de préparation ou d'exécution, 808-843. — Temps du délit, 844-852. — Lieu, 853-955. — Mal du délit, 956-980. — Tentative et attentat, 981-1052. — Conditions et circonstances du délit, 1053-1128. — Corps du délit, 1129-1141.

Emprisonnement. Supériorité des peines privatives de liberté sur les autres. Nécessité de bien organiser l'emprisonnement, t. II, nos 1366. 1367. — Ordonnance des peines privatives de liberté, 1419-1421. — Emprisonnement de peine, distinct de l'emprisonnement de garde et de celui d'éducation correctionnelle, 1422-1425. — But de répression et de correction à atteindre, 1426-1443. — Régime, 1444-1450. — Communications, emprisonnement cellulaire, 1451-1459. — Travail, 1460-1471. — Emploi du produit du travail, 1472-1476. — Instruction et éducation, 1477. — Architecture, 1478. — Graduation de l'emprisonnement, 1479. — Emprisonnements auxquels l'isolement n'est point applicable, 1480-1486. — Emprisonnement d'éducation correctionnelle, 1485. — Établissements pour les femmes, 1486. — Pour les vieillards, 1487. — Transition de la prison à la vie ordinaire, 1488-1494. — Pour l'emprisonnement en droit positif, voyez *Réclusion, Emprisonnement correctionnel, Emprisonnement de police.*

Emprisonnement correctionnel. Sa description dans le Code pénal, t. II, n° 1535. — Maisons où il est subi, 1536. — Prisons départementales. Projet de loi sur la réforme de ces prisons, 1538. — Statistique des condamnations à l'emprisonnement correctionnel, 1539. — Emprisonnement correctionnel appliqué aux mineurs de onze ans, 1541-1544. — Ensemble des journées de détention, 1545.

Emprisonnement de simple police. Caractère de cet emprisonnement; maisons où il est subi; statistique, t. II, n° 1540. — Motifs de l'augmentation des contraventions, t. Ier, n° 693.

Escalade. Escalade de nuit, cas de légitime défense, t. Ier, n° 443. — Escalade de jour, excuse, 445. — Escalade considérée comme préparation du délit, 826. — Extension de la notion d'*escalade*, 828. — A quels délits elle peut se rattacher, 830. — Situations diverses, 831-835. — Définition donnée par le Code pénal, 836. — Conséquences de cette définition, 837-840. — Escalade en dehors des cas prévus par la loi, 842. — Cas où l'escalade donne naissance à un délit spécial, 843.

Étranger. Droit de punir l'étranger pour les faits commis sur notre territoire, t. Ier, n° 881. — Pour les faits commis à l'extérieur, exiger, en principe, des faits plus graves et des faits commis contre un national, 900-903. — Règle posée par le Code civil pour les délits commis en France, 909. — Pour les délits commis à l'extérieur, ancien Droit, Code de brumaire et Code de 1808. Vices de cette législation, 915-917. — Elle a été maintenue quant à l'étranger par la loi de 1866, 918 *bis*.

Excuse. Sens de ce mot, t. Ier, nos 1081-1083. — Excuses absolutoires et atténuantes, 1084. — Distinction des excuses et des faits justificatifs, 1085. — Double application du mot excuse, 1086. — Classification des excuses, 1087-1091. — Historique de l'excuse avant notre Code pénal,

1092-1096. — Détermination de l'excuse dans le droit actuel, 1077-1101. — Classification des excuses dans ce droit, 1101-1104. — Etude des principales excuses dans le droit pénal, 1105-1109. — *Quid* en matière de contraventions? 1110. — Atténuation en cas d'excuse, t. II, nos 1652-1657.

Exécution. Distinction de l'exécution pénale et de l'exécution civile. Naissance et caractère des droits d'exécution, t. II, nos 1743-1751. — Suspension de leur exercice, 1769-1774. — Epuisement de ces droits, 1834-1837. — Extinction de ces droits, 1889-1934. — Cas où il y a exécution provisoire, 2387. — Exécution des diverses sentences, 2388, 2389. — Qui doit la diriger, 2390. — Mode, lieu et délais de l'exécution, 2391-2393. — Exécution par effigie, 2394. — Suppression, dans plusieurs pays, de la publicité de l'exécution capitale, 2395.

Exposition publique. Vice des peines de cette nature, t. II, no 1387. — Abolition du carcan, en 1832, et de l'exposition, en 1848, 1546.

Extradition. Dans quels cas elle est admise; extension qu'elle a reçue par les traités les plus récents, t. Ier, no 918 *bis*. — Statistique des extraditions, t. II, no 1147. — Marche à suivre, 2148.

F

Faits constitutifs. Distinction des faits constitutifs du délit et des circonstances qui s'y rattachent, t. Ier, nos 1053, 1054. — Circonstances constitutives, 1055. — Intérêt à distinguer les faits constitutifs, 1056-1058. — Etude sur le caractère des faits constitutifs dans l'assassinat, le parricide, l'infanticide, l'empoisonnement et l'incendie, 1056-1073.

Faits justificatifs. Justification puisée dans la légitime défense ou dans l'ordre de la loi, t. Ier, nos 416-486. — Distinction des faits justificatifs et des excuses absolutoires, 1085.

Fausses clefs. Ce qu'il faut entendre, en droit pénal, par fausses clefs, t. Ier, no 829. — A quels délits se rattache l'usage de fausses clefs, 830, 831. — Situations diverses où peut se présenter cet usage, 832-834. — Définition donnée par le Code pénal, 836. — Conséquences à tirer de cette définition, 837-840. — Cas où l'emploi de fausses clefs n'est point prévu par le texte, 842. — Où cet emploi aboutit à un autre délit, 843.

Fonctionnaires publics. Circonstance aggravante au cas où ils ont participé au délit qu'*ils devaient* réprimer, t. Ier, no 1076; t. II, no 1651. — Garantie accordée aux agents du gouvernement par la constitution de l'an VIII, t. II, nos 1676, 1677. — Examen de ce système, 1678. — Son abrogation en 1870, 1679. — Son extension à l'action civile, 1679 *bis*.

Fournisseurs des armées. Nécessité, pour les poursuivre, de la dénonciation du gouvernement. Ne pas confondre cette prescription avec la *garantie constitutionnelle*, abolie en 1870, t. II, no 1738.

Frais. Dispositions du Code d'instruction criminelle et du décret du 15 juin 1811, t. II, no 2338 *quater*.

Fraude (voyez *Dol*, ces expressions étant synonymes en droit pénal.)

G

Grace. Distinction de l'amnistie, de la grâce et de la réhabilitation, t. II, nos 1914, 1915. — Critique du droit de grâce. Distinction de la grâce *ordinaire* et de la grâce *extraordinaire*, 1916-1919. — Qui a le droit de faire grâce, 1920, 1921. — Statistique, 1922. — Autres cas où la peine peut être remise 1922 *bis*.

Greffiers. Leurs fonctions, t. II, no 2043. — Conditions d'aptitude, 2044.

Grossesse. Influence que cet état peut exercer sur l'imputabilité, t. Ier, no 317. — Elle suspend l'exécution capitale, t. II, no 1772.

Guet-apens. Origine du mot, t. Ier, no 810. — Définition, 811. — Influence de cette circonstance sur la culpabilité en général, 812. — En ce qui touche l'homicide, 1062-1064, 1067.

H

Histoire du droit pénal. Considérations générales : lois de génération, de propagande humaine, de similitude et de progrès, t. Ier, nos 49-54. — Vengeance privée ; vengeance publique, 55. — Juridictions féodales ; développement de l'autorité royale ; jury, 56. — Procédure ; les ordalies ; le jugement de Dieu. L'Eglise et le système inquisitoire. Le système accusatoire, 57. — Résumé de l'histoire de la pénalité, de la juridiction et de la procédure pénales, 58. — Sources du droit français : droit romain, 61, 62. — Droit canonique, 63, 64. — Son influence sur la pénalité, les juridictions et la procédure pénales, 65-73. — Droit barbare, 74-81. — Droit féodal, 82-100. — Son influence sur la pénalité, les juridictions et la procédure pénales, 101-103. — Droit coutumier, 104-111. — Ordonnances royales, 112-119. — Leur influence sur notre droit pénal, 120-142. — Lois et codes depuis la Révolution de 1789, 143-160.

Huissiers. *Leurs fonctions*, t. II, no 2063.

I

Imputabilité. Définition, t. Ier, nos 220-224. — Deux conditions constitutives de l'imputabilité chez l'agent, la raison morale et la liberté, 232-246. — L'intention n'est pas un élément nécessaire de l'imputabilité, 247-256.

Inaction. Pourquoi moins de sévérité pour les délits d'inaction, 507-509. — Dans quelles hypothèses ils sont atteints par notre droit pénal, 601-603. — L'ancien droit plus sévère, 604, 605. — Ce qu'il y aurait à faire en législation, 606, 607.

Incapacité de disposer ou de recevoir a titre gratuit. Inconvénient des privations de cette nature, t. II, nos 1405-1415. — Etendue de cette incapacité, établie par la loi du 31 mai 1854 ; comment le condamné peut être relevé, 1553.

Incapacités particulières. Indication des principales lois spéciales d'où résultent ces incapacités, t. II, nos 1559-1561.

Injure. Quand une plainte est nécessaire pour l'action publique d'injure, t. II, nos 1715-1718. — Distinction de l'injure et de la diffamation, 1719. — Personne ou corps dont la plainte est nécessaire, 1720-1722. — Distinction de l'injure et de l'outrage, 1723-1728.

Instruction préparatoire. Caractère et emploi de cette instruction, t. II, nos 2171-2179. — Sa marche dans les cas ordinaires, 2180-2242. — Dans les cas exceptionnels, 2243-2258 *bis*. — Décision de la juridiction d'instruction, 2259-2262.

Intention. Rôle de l'intention dans la mesure de la culpabilité, t. Ier, nos 247-256. — Distinction de l'intention et du motif du délit, 378, 379. — Culpabilité moindre des délits non intentionnels, 380-383, 385. — Classification des hypothèses où la loi punit la faute non intentionnelle, 384. — Ignorance du fait et ignorance du droit, 387, 388. — Cas où le délit a dépassé l'intention, 389-393. — Responsabilité pénale du fait d'autrui, 394. — Intention dans l'ancien droit, 395-398. — Dans le droit intermédiaire, 399. — Sous l'empire de notre Code pénal, 400-402. — Quand est requise la condition de l'intention, 403, 404. — Quatre catégories de délits non intentionnels, 405, 406. — Ignorance, erreur, responsabilité du fait d'autrui dans notre droit pénal, 407-409.

Interdiction de certains séjours. Disposition de nos Codes et de lois spéciales prononçant cette interdiction, t. II, no 1572.

Interdiction de l'exercice de certains droits. Peine correctionnelle, admise dans certains cas ; statistique, t. II, no 1558.

Interdiction légale. En quoi elle diffère de l'interdiction judiciaire, t. II, no 1555. — Capacité de l'interdit, 1556. — Faculté de relever de l'interdiction légale, 1557.

Interrogatoire. Dans l'instruction préparatoire, t. II, no 2197. — Devant le président de la cour d'assises, 2283. — A l'audience, 2297.

Ivresse. Influence de l'ivresse sur la

culpabilité, au point de vue rationnel, t. Ier, nos 321-325. — Droit positif, loi du 21 janvier 1873, 348.

J

Jeunes détenus. Système rationnel pour leur emprisonnement, t. II, no 1485. — Système organisé par la loi du 3 août 1850, 1541. — Lacunes de la loi de 1850, 1542. — Statistique, 1543. — Etablissements destinés aux jeunes détenus, 1544 (voy. *Age*).

Juge. Conditions d'aptitude aux fonctions de juge, t. II, no 2044. — Inamovibilité, 2045.

Juge d'instruction. Sa double qualité dans l'instruction judiciaire, t. II, no 2005. — Organisation de cette juridiction, 2006, 2007. — Comment il a connaissance du fait, 2181-2191. — Actes de recherche et de saisie, 2192-2197. — Pouvoirs et moyens de sanction, 2198, 2199. — Restrictions au droit de propriété, 2200. — A la liberté individuelle, 2201-2223 (Voy. *Mandats, Mise au secret*).

Jugement. Diverses espèces de jugements, t. II, no 2309. — Règles générales sur les conditions exigées pour la validité des jugements, 2310-2312.

Jurisprudence. Double sens de ce mot, t. Ier, no 29, 3o et à la note.

Jury. Origine de l'institution, t. Ier, nos 36, 122, 146. — Décomposition des fonctions de jugement, t. II, nos 1942, 1943. — Du jury en France, 1982-1987. — Personnes aptes à remplir les fonctions de juré, 1988, 1989. — Formation du jury, 1990-2003 *bis*. — Attributions du jury opposées à celles des magistrats de la cour, 2068-2072. — Serment des jurés, 2308 *bis*. — Remise des questions aux jurés et renvoi dans la chambre des délibérations, 2314. — Délibération et vote, 2320-2322. — Majorité requise, 2323-2325. — Déclaration du jury; quand elle peut être modifiée; quand la cour peut refuser d'y donner suite, 2326-2328.

Juridictions d'instruction et de jugement. Offices respectifs de ces juridictions, t. II, no 1941. — Quand il y a compatibilité et incompatibilité entre elles, 1946, 1947. — Organisation des juridictions de jugement, 1961-2003. — Des juridictions d'instruction, 2004-2010. — Juridictions spéciales ou exceptionnelles, 2049-2050. — Attributions distinctes des juridictions d'instruction et de jugement, 2060-2067. — Comment fonctionnent les juridictions d'instruction, 2171 et suiv. — Comment fonctionnent celles de jugement, 2263 et suiv.

L

Légitime défense. Principes rationnels sur le droit de défense, t. Ier, nos 417-434. — Droit romain et ancienne jurisprudence, 435, 436. — Codes de 1791 et de 1810, 437-439. — Extension du droit de légitime défense, 440, 441. — Réserve de l'action civile, 442. — Cas où il y a présomption de légitime défense, 443. — Légitime défense incomplète, 444, 445.

Liberté provisoire. Tempérament à la détention préventive, t. Ier, no 2224. — Améliorations introduites en 1865, 2225. — Juridiction compétente, 2226, 2227. — Affectation du cautionnement, 2228. — Cas où la détention peut être reprise, 2229-2230. — Statistique, 2231.

Lieu du délit. Importance du lieu du délit, t. Ier, no 853. — Renvoi aux dispositions spéciales pour la pénalité, 854. — Hypothèses les plus importantes pour la prise en considération du lieu, 855. — Délits commis *publiquement* ou *dans un lieu public*, 856-862. — Dans un lieu servant à l'exercice d'un culte, 863. — Dans un lieu où s'exerce la justice, 864. — Dans un lieu habité ou servant à l'habitation, 865-876. — Influence du lieu en matière de contraventions, 877. — Renvoi pour la compétence, 878.

(Pour les délits commis sur le territoire ou hors du territoire national, voy. *Territoire*.)

Loi. Lois physiques, lois morales, lois positives, t. Ier, nos 4-12.

M

Mandats. Règles générales, t. II, nos 2209, 2210. — Application des

quatre espèces de mandats, 2211. — Droit pour le ministère public de décerner le mandat d'amener, 2247.

Médecine légale. Considérée comme auxiliaire du droit pénal, t. Ier, nº 42.

Menaces. La menace, cessant d'être un acte purement interne, tombe sous le coup de la pénalité sociale, t. Ier, nos 799-801. — Si la menace porte sur un crime grave, elle devient par elle-même un délit, 802, 986. — Dispositions de nos lois pénales sur les menaces, 807, 1º.

Ministère public. Origine de l'institution, t. Ier, nº 126. — Exercice de l'action publique par ce ministère, t. II, nº 1939. — Fonctions judiciaires avec lesquelles le ministère public est incompatible, 1945. — Marche progressive de l'institution, 2021-2023. — Droit intermédiaire, 2024. — Organisation actuelle du ministère public, 2025-2033. — Son indépendance vis-à-vis de la magistrature, 2034. — Son indivisibilité, 2035. — Avantages et dangers de l'institution, 2036-2041. — Participation de certains agents à l'exercice de l'action publique, 1882, 1922 *bis*, 2042. — Conditions d'aptitude pour le ministère public; amovibilité, 2044-2045. — Fonctions pour l'exécution, 2047-2048. — Rôle du ministère public dans l'instruction ordinaire, 2180. — Au cas de crimes flagrants, 2244-2249. — De délits flagrants, 2250-2258 *bis*.

Mise au secret. Danger de cette mesure, t. II, nº 2220. — Dispositions légales qui l'ont établie, 2221. — Commment elle est réglée, 2222. — Son inutilité dans le système cellulaire, 2223.

Morale. Distinction du droit et de la morale, t. Ier, nos 16-18. — Sciences morales (*philosophie, morale théorique, morale expérimentale*) considérées comme auxiliaires du droit pénal, 37-39.

Mort (Peine de). Sa place dans l'ordre des peines, t. II, nº 1356. — Tendance à l'abolition; historique, 1357. — Abolition en matière politique, 1358. — Discussion de la légitimité de cette peine, 1359-1363. — Suppression ou restriction dans divers pays, 1364. — Peine de mort dans notre droit positif, 1522.

Mort civile. Son abolition par la loi du 31 mai 1854, t. II, nos 1552. — Incapacités empruntées à la mort civile par la loi de 1854, 1553.

Mort du prévenu. Extinction de l'action publique par le décès du prévenu, t. II, nº 1838. — Anciens procès au cadavre, 1839-1843. — Action contre les complices, 1844. — Quand peut être prononcée après décès la confiscation spéciale, 1845-1848. — Nullité absolue de la condamnation prononcée contre un mort, 1849. — Survie de l'action civile, 1850. — Droit d'exécution sur les biens après la mort du condamné, 1891.

N

Non-rétroactivité de la loi pénale. Motifs de ce principe, t. Ier, nº 583. — Distinction des principes du droit pénal et de ceux du droit civil, 585-586. — Textes appliquant la règle, 587. — Hypothèse d'une loi intermédiaire plus douce entre deux lois plus sévères, 588.

O

Officialités, t. Ier, nº 56.

Officiers de police judiciaire. Fonctions de la police judiciaire, t. II, nº 1939. — Officiers chargés de l'exercer, 2014-2020. — Rapports de ces officiers entre eux dans l'instruction, 2023. — Modification de leurs pouvoirs dans les cas exceptionnels, 2244-2249.

Opposition. Conditions requises pour qu'il y ait défaut devant les juridictions de police, t. II, nº 2239. — Opposition tendant à faire rétracter le jugement de défaut, 2340 *bis*. — Délai de l'opposition, 2341. — Effet de l'expiration du délai, 2342. — Distinction entre le défaut et la contumace, 2343. (Pour l'opposition aux ordonnances du juge d'instruction, voy. *Appel*.)

Ordre de la loi. Principes sur l'orr de la loi et sur le commandement de l'autorité légitime, t. Ier, nos 466-477. — Ancien Droit, 478-480. —

Codes de 1791 et de 1810, 481-483. — Les deux conditions nécessaires pour la justification de l'acte, 484-486.

Organisation des juridictions pénales. Notions générales, t. II, nos 1935, 1936 *bis*. — Fonctions auxquelles il est nécessaire de pourvoir, 1937-1940. — Rôles divers dans les fonctions de jugement, 1941-1943. — Incompatibilités, 1944-1947. — Hiérarchie, 1948-1953. — Classification des juridictions, 1954. — Origine de l'organisation actuelle, 1955-1960. — Développement de l'organisation actuelle, 1961-2060.

Outrage. L'outrage aux magistrats et officiers, dans les termes des art. 222 et suiv. du Code pénal, poursuivi sans plainte préalable, t. II, no 1723. — Difficulté quant à l'outrage prévu par la loi du 25 mars 1822, 1724. — Comment la jurisprudence concilie la législation de 1822 avec celle de 1819, 1725-1729.

P

Partie civile. Constitution de la partie civile; sa responsabilité, t. Ier, nos 2188-2190. — A-t-elle le droit de requérir une instruction? 2191. — Comment elle saisit la juridiction de police, 2265-2268. — Production des témoins par la partie civile en cour d'assises, 2303. — Plaidoirie de la partie civile, 2308 *bis*.

Patient du délit. Qui peut être sujet passif d'un délit, t. Ier, nos 542-554. — Relations entre l'agent et le patient du délit, nos 555-558.

Peine. Double but de la peine, t. Ier, nos 190-200. — Dénomination et définition de la peine, t. II, nos 1320-1323. — Conditions de légitimité des peines, 1324. — But des peines, 1325. — Mesure des peines, 1326-1333. — Qualités désirables dans les peines, 1334-1351. — Peines diverses selon la science rationnelle, 1352-1353. — Frappant le coupable dans son corps, 1354-1383. — Dans son moral, 1385-1390. — Dans ses droits, 1391-1416. — Conclusion, 1417-1418. — Ordonnance des peines privatives de liberté, 1419-1487. — Mesures de transition de la peine à la vie ordinaire, 1488-1500. — Historique du système pénitentiaire, 1501-1519 *bis*. — Peines suivant le droit positif, 1520-1587. — Classification des peines par rapport aux délits, 1588-1594. — Par rapport au lien qui les unit; peines principales et accessoires, 1595-1608. — Par rapport à leur effet; peines afflictives, infamantes, correctionnelles, 1609-1615. — Par rapport à leur durée, 1616-1627 *bis*. — Tableau général des peines, 1628. — Echelle des peines, 1629. — Application des peines; cas de cumul, 1630-1648. — Aggravation des peines, 1649-1651. — Atténuation pour cause d'excuses, 1632-1657. — Pour cause de circonstances atténuantes, 1658-1665. — Aggravation et atténuation combinées, 1666. — Modification des peines à raison de l'état physique des condamnés, 1667-1671.

Peine plus forte. Épuisement prétendu du droit d'action à raison d'une peine plus forte antérieurement prononcée, t. II, no 1818. — Réfutation de ce système au point de vue rationnel, 1819-1822. — Discussion des textes, 1823-1830. — Cas où les poursuites sont commencées, 1831. — Ne point étendre l'épuisement à l'action civile, 1833.

Philosophie. Considérée comme science auxiliaire du droit pénal, t. Ier, no 37.

Phrénologie. Considérée comme science auxiliaire du droit pénal, t. Ier, no 41.

Physiologie. Considérée comme science auxiliaire du droit pénal, t. Ier, no 40.

Plainte. Caractères de la plainte, t. II, no 2187. — Quand elle est nécessaire pour ouvrir le droit d'action publique, nos 1693 et suiv.

Pluralité. Notions générales sur la pluralité de délits, t. Ier, no 1143, — Cumul de délits, 1143-1178. — Récidive, 1178-1316. — Pluralité d'agents du délit (voy. *Complicité*). — Pluralité de patients du délit, 1317-1319.

Police judiciaire (voy. *Officiers de police judiciaire*).

Pouvoir administratif. Principe de la

séparation des pouvoirs, t. II, nos 1676, 2057. (Pour l'ancienne *garantie constitutionnelle*, voy. *Fonctionnaires publics*.) — Renvoi pour l'interprétation des actes administratifs, 2059, 2105. — Difficulté tirée du décret de 1870, 2105 *bis*.

Pouvoir législatif. Défense au juge d'empiéter sur ce pouvoir, t. II, no 2057. — Mais droit d'apprécier la légalité des arrêts ou ordonnances, 2058.

Préméditation. Distinction des actes spontanés et des actes faits après réflexion, t. Ier, no 810. — Définition de la préméditation dans le Code pénal, 811. — Dans les cas non prévus, la préméditation rentre dans la mesure de la culpabilité individuelle, 812. — La préméditation circonstance aggravante et non fait constitutif, pour l'attentat à la vie, 1062-1064, 1067.

Prescription. Caractères généraux de la prescription, t. II, nos 1851, 1852. — Comment la justifier en droit pénal, 1853. — Prescription de l'action en toute matière, 1854. — Variabilité de la durée suivant la nature de l'infraction, 1855, 1856. — Point de départ de la prescription de l'action, 1857-1868. — Interruption de cette prescription, 1869-1871. — Point de suspension, 1872-1874. — Point de restriction à l'extinction de l'action, 1875. — La prescription est de droit public, 1876. — Elle touche au fond du droit, 1877. — Association de l'action civile à l'action publique pour la prescription, 1878, 1879. — Prescription de la peine, 1892, 1893. — Les incapacités imprescriptibles, 1894. — Temps plus long que pour la prescription de l'action, 1895, 1896. — Point de départ, 1897-1899. — Interruption, 1900-1907. — La prescription n'efface que la peine matérielle, 1908. — Elle est de droit public, 1909, 1910. — Prescriptions spéciales, 1911. — Indépendance du droit d'exécution civile, 1911 *bis*.

Présence de la partie poursuivie. Motifs qui exigent cette présence au procès-verbal, t. II, no 2271. — Dispositions relatives aux diverses juridictions, 2272-2274. — Contumace, 2275, 2276. — Comparution aux assises, 2277. — Loi du 9 septembre 1835, 2278, 2279. — Droit de faire éloigner momentanément l'accusé, 2280.

Président de la cour d'assises. Comment il est pourvu à la présidence de la cour d'assises, t. II, nos 1977-1980. — Fonctions du président comparées à celles de la cour; exercice du pouvoir discrétionnaire, 2075-2099.

Preuve. Principes des preuves de conscience, t. II, nos 2294-2296. — Administration des diverses preuves, 2297-2306. — Exceptions au principe des preuves de conscience, 2307, 2307 *bis*.

Prise a partie. Dans quels cas cette voie est ouverte; renvoi aux dispositions du Code de procédure, t. II, no 2356.

Procédure pénale. Notions générales, t. II, nos 2161-2167. — Notions historiques, 2168-2170. — Développements, 2171 et suiv.

Procès-verbaux. Règles générales sur la forme de certains procès-verbaux; critique de ces règles, t. II, no 1307.

Provocation. Considérée au point de vue passif, comme excuse; principes rationnels, t. Ier, nos 448-452. — Droit intermédiaire, 453, 454. — Code de 1810, 455-458. — Provocation spéciale au cas d'adultère, 459-462. — Au cas d'outrage violent à la pudeur, 463. — En matière d'injures, 464, 465.

Considérée au point de vue actif, comme mode de complicité; principes rationnels, 1266, 1267. — Dispositions du Code pénal et de la loi du 17 mai 1819 sur la complicité par provocation, 1300.

Publicité. Droit constitutionnel, t. II, no 2285. — Exceptions à la publicité de l'audience, 2286. — A la publication par la presse, 2287.

Q

Questions au jury. Droit du président; cas d'intervention de la cour, t. II, no 2215. — Question complexe d'après le Code d'Instruction, 2316. — Position actuelle des questions, 2317. — Quand on peut diviser la question, 2318. — Question des cir-

constances atténuantes réservée au chef du jury, 2319.

R

Rapt de mineure. Le rapt ne constitue pas un délit successif, t. Ier, nos 751-754. — Peines dont il est passible, t. II, no 1700. — L'action publique s'arrête devant le mariage de la mineure, 1701-1703. — Pour quelles raisons et par quelles personnes peut être attaqué le mariage, 1704-1710. — Conditions auxquelles est subordonnée l'action publique pour rapt, 1711-1713. — Extension de la restriction aux complices, 1714.

Recel. Distinction, en principe, du recel des personnes et du recel des objets, t. Ier, no 1274. — Cas de connexité, et non de complicité, 1275. — Sévérité de l'art. 61 du Code pénal pour le recel des malfaiteurs, 1307. — Recel des instruments, du coupable ou du cadavre, 1309. — Recel proprement dit, 1310. — Adoucissement, en 1832, de la peine du recéleur, 1312, 1313. — Plus de sévérité pour le recel au cas de vol entre personnes proches, 1314.

Récidive. Conditions requises pour qu'il y ait récidive. t. Ier, nos 1179-1182. — Justification de la pénalité pour récidive, 1183-1189. — En quoi doit consister cette pénalité, 1190-1194. — Récidive générale ou spéciale, 1195-1198. — Rapport de temps et de lieu entre les deux délits, 1199-1201. — Renvoi pour la compétence, 1202. — Constatation, 1203. Récidive à Rome, 1204-1209. — Dans l'ancien droit, 1210. — Droit intermédiaire, 1211-1213. — Système du Code pénal de 1810, 1214-1217. — Combinaisons diverses substituant la récidive de peine à la récidive de délit, 1218-1223. — Diverses récidives de peines, 1223 *bis*. — Règle spéciale pour les délits militaires, 1224. — Point d'acception de temps ni de lieu, 1225, 1226. — Règles particulières aux contraventions, 1227-1229. — Conséquences pénales de la récidive, 1230-1231. — Récidive spéciale, 1232-1233. — Latitude subsidiaire laissée au juge, 1234. — Réserve pour la procédure, 1235. — Casier judiciaire, 1236. — Statistique, 1237. — Combinaison du cumul et de la récidive, 1238. — Aggravation des peines au cas de récidive, t. II, no 1651. — Cumul de la récidive et des circonstances atténuantes, 1666.

Réclusion. Caractère de cette peine, t. II, no 1531. — Maisons où elle est subie, 1532. — Régime des maisons centrales, 1533. — Statistique des condamnations à la réclusion, 1534.

Règlement de juges (voy. *Conflit.*)

Réhabilitation. Son utilité, t. II, no 1923. — Historique, 1924. — Extension de la réhabilitation aux matières correctionnelles, 1925. — Conditions exigées par la loi de 1852, 1926. — Statistique, 1927. — Application de la réhabilitation aux officiers ministériels, 1928. — Les incapacités peuvent-elles être levées par voie de grâce, 1930-1932. — Cas où la loi confère directement le pouvoir de faire cesser les incapacités, 1933.

Réitération (voy. *Cumul de délits*).

Renvoi. Droit suprême de règlement des juridictions, attribué à la cour de cassation, t. II, nos 2155 et suiv. — Renvoi pour cause de sûreté publique ou de suspicion légitime, 2160. — Cas spécial de renvoi, dans la loi du 27 juin 1866, 2160 *bis*.

Réparation d'honneur. Cette peine peu en harmonie avec nos mœurs actuelles, t. II, no 1386. — Cas rares où le Code pénal permet de la prononcer, 1546.

Réquisition du chef de maison. Assimilation de cette hypothèse à celle du crime flagrant, t. II, no 2244.

Résolution. La résolution de commettre un délit échappe à la justice pénale, tant qu'elle n'est point manifestée par des actes extérieurs, t. Ier, nos 570-800. — Lors même qu'il y aurait aveu de la résolution coupable, 985.

Responsabilité pénale ou civile. L'homme seul responsable, t. Ier, nos 488, 489. — Même le mort civilement, 490. — Pour les êtres moraux, responsabilité, non pénale, mais civile, 491-494. — Ancienne responsabilité des êtres moraux, 495. — Vestiges dans le droit actuel, 496.

— Responsabilité du chef d'un gouvernement républicain, 497-501. — Dans la monarchie, irresponsabilité du prince, 502, 503. — Des membres des assemblées parlementaires, 504-506. — Immunité des agents diplomatiques, 508-530. — Du chef de l'Etat en pays étranger, 531-534.

Restitutions. En quoi elles diffèrent des dommages-intérêts. Quand elles peuvent être ordonnées d'office, t. II, n° 2338 *bis*.

Résumé du président aux assises. Origine et critique de ce résumé, t. II, n° 2308 *bis*.

Révision. Origine de la révision. Son organisation par le Code de 1808, t. II, n° 2379. — Loi du 29 juin 1867, 2379 *bis*. — Cas où la révision est autorisée d'après cette loi, 2380, 2381. — Procédure en révision, 2382, 2383. — Qui peut demander la révision, 2384, 2385. — Conséquences de la révision, 2386.

S

Sciences auxiliaires du droit pénal. Nécessité de leur étude. Division, t. Ier, nos 35, 36. — Sciences morales, nos 37, 39. — Physiques, nos 40-43. — Sociales, nos 44-46.

Sénat. Priviléges tout particuliers, en matière pénale, conférés aux membres de l'ancien Sénat, t. II, nos 1680-1682.

Statistique. Considérée comme science auxiliaire du droit pénal, t. Ier, n° 46.

Suppression d'état. Ce qu'il faut entendre par *état* dans l'article 327 du Code civil, t. II, n° 1683. — Ce que c'est que la *suppression d'état*, 1684. — Origine de la disposition qui prescrit d'attendre le jugement civil sur la question d'état, 1685-1687. — Danger de cette disposition, 1688. — Ce qu'il aurait fallu décider, 1689, 1690. — Portée du principe posé par le Code civil, 1691.

Surveillance de la haute police. Difficultés que présente le problème des libérés, t. II, nos 1488-1494. — — Ecueils à éviter dans l'organisation de la surveillance, 1562. — Origine de l'institution, 1563. — Modes divers, 1564. — Systèmes de 1810, de 1832, et de 1851, 1565. — Loi du 23 janvier 1874, 1566. — Peine de la rupture de ban, 1567, 1568. — Statistique, 1569, 1570. — Améliorations introduites en 1874, 1571. — Cette peine n'est plus l'accessoire forcé des peines criminelles temporaires, 1607. — Elle cesse d'être perpétuelle; question transitoire, 1619.

T

Talion. Vengeance, origine de la pénalité; vengeance privée; vengeance publique, t. Ier, nos 171-175. — Théorie de la *vengeance*, 177.

Temps du délit. Temps envisagé comme mesure de la durée du délit, t. Ier, n° 844. — Temps envisagé comme époque, 845. — Influence de la nuit sur la pénalité, 445, 847-849. — Ce qu'il faut entendre par *nuit*, 849-850. — Influence des saisons sur la criminalité, 852.

Tentative. Quand commence la tentative, t. Ier, nos 988, 989. — Tentative suspendue, 990. — Point de peine, si c'est par la volonté de l'agent, 991. — Si c'est par des causes indépendantes de cette volonté, doit-on assimiler la tentative au délit, 992-994. — Pénalité rationnelle, 1009. — Quels actes constituent la tentative, 1010-1013. — Tentative à Rome et dans l'ancien Droit, 1014-1016. — Droit intermédiaire, 1017-1019. — Système de notre Code pénal, 1020-1026. — Tentative de délits correctionnels, 1029-1031. — De contraventions, 1032. — Statistique, 1033, 1034.

Territoire. Ce qu'il faut entendre par le territoire d'un Etat, t. Ier, nos 919-922. — Extension du territoire, 923. — Quant à la mer, 924-937. — Quant à la terre, 938-942. — Juridictions exceptionnelles dans certaines contrées d'Orient, 943. — Immunités diplomatiques, 944-949. — Quand un délit est considéré comme accompli sur le territoire, 950-955. (Pour les faits commis hors du territoire, voyez *Etranger*.)

Transaction. Droit de transiger admis

en principe pour l'action civile, non pour l'action publique, t. II, nos 1880, 1881. — Droit exceptionnel attribué à certaines administrations, 1882. — Droit du mari seul après condamnation, 1885, 1886.

Transportation. Envoi du condamné dans une colonie pénale, appliqué aux crimes de droit commun. Ses avantages et ses vices, nos 1369-1382. — Sa place dans un système répressif rationnel, 1493-1499. — Etablie, en 1834, comme mode d'exécution des travaux forcés, 1525-1529.

Travaux forcés. Comment cette peine a été transformée, t. II, nos 1525, 1526. — Etablissement dans la Guyane, puis dans la Nouvelle-Calédonie, 1527, 1528. — Statistique des condamnations à perpétuité ou à temps, 1528.

Tribunaux de police correctionnelle. Leur organisation, t. II, nos 1964, 1965. — Leur compétence, 2110-2112, 2113-2116. — Tendance à *correctionnaliser* les affaires, t. Ier, no 977; t. II, no 2066. — Comment ces tribunaux sont saisis, 2266-2268. — Cas de délits flagrants, 2250-2258 *bis*. — Présence de la partie poursuivie, 2273. — Formes antérieures aux débats, 2281. — Droit de défense, 2292. — Preuves, 2296-2307 *bis*. — Ordre de l'instruction, 2308. — Jugement, 2310, 2311. — Opposition, 2340 *bis* et suivants. — Appel, 2347 et suivants.

Tribunaux de simple police. Leur organisation, modifiée en 1873, t. II, nos 1961-1963. — Leur compétence, 2109, 2113-2116. — Comment ils sont saisis, 2265-2267, 2268. — Présence de la partie poursuivie en simple police, 2272. — Témoignage en simple police, 2295-2302. — Procès-verbaux, 2307. — Ordre de l'instruction, 2308. — Jugement, 2310, 2311. — Opposition, 2340 *bis* et suivants. — Appel, 2347 et suivants.

V

Vacances. Point de vacances pour les juridictions pénales, t. II, no 2012 *bis*.

Vieillesse. Modification des peines à raison de la vieillesse, tome II, no 1669.

Violence passive. Dans quelles conditions elle influe sur l'imputabilité, t. Ier, nos 356-362. — Ancien droit, 368, 369. — Droit moderne, 370, 371. — Violence sous l'empire du Code pénal, 372-376. — Active. Caractère de la violence accompagnant le délit, 815. — Cas prévus ou non prévus, 816. — Violence avec armes (voy. *Armes*).

ÉLÉMENTS

DE

DROIT PÉNAL

INTRODUCTION

TITRE I

IDÉES SOMMAIRES D'INTRODUCTION PHILOSOPHIQUE

CHAPITRE I

NOTION ET NATURE DU DROIT PÉNAL

Notion de la loi et du droit en général. — Différence entre le droit et la morale. — Droit rationnel et droit positif. — Le droit proprement dit ou le précepte, les juridictions, et la procédure. — Notion du droit pénal. — Il intervient dans toutes les branches du droit. — Il se divise à son tour en précepte pénal, juridictions pénales, et procédure pénale. — Il fait partie du droit public interne.

1. On ne donne pas une notion exacte du droit en général, quand on le définit : « Ce qui est prescrit par l'autorité législative (*quod jussum est*), » définition matérialiste, dans laquelle on prend le fait pour le droit.

2. Ni quand on le définit : « Ce qui est bon et juste, ou bon et équitable (*quod semper æquum et bonum est,* suivant Paul) ; ou l'art du bon et du juste, l'art du bon et de l'équitable (*ars boni et æqui,* suivant Ulpien) : apparence de définition spiritualiste, qui ne consiste réellement qu'à mettre un mot à la place d'un autre ; car qu'est-ce que le bon, qu'est-ce que le juste, qu'est-ce que l'équitable ?

3. L'étude philologique de la dénomination employée, *jus* en latin, *droit* en français (*quæstio nominis*), ne fournit pas une notion plus satisfaisante : soit que prenant le mot latin *jus*, on n'y voie qu'un sens matériel (*quod jussum est*) ; soit qu'on y cherche une origine toute spirituelle, et qu'avec Vico on le fasse dériver de *Jovis*, *Jupiter*, ou, avec saint Augustin, de la voix de Dieu qui

parle et enseigne aux hommes (*fatur et jubet*, d'où *fas* et *jus*) ce qu'il leur est permis, ce qu'il leur est commandé ou défendu de faire ; soit, enfin, que s'attachant à l'expression française *droit*, on y fasse remarquer l'idée d'une figure de géométrie, celle de la ligne droite, c'est-à-dire de la ligne la plus courte, de la ligne non arbitraire d'un point à un autre, et de la *règle* ou de l'instrument qui sert à tracer cette ligne.

Les sciences, comme la littérature, parlent souvent par images, par métaphores ; mais sous ces métaphores il faut savoir ce qu'il y a réellement ; il faut arriver, simplement et sans figure, à une notion exacte et précise. Or pour obtenir celle du *droit*, il est nécessaire de remonter à celle de la *loi*. L'une marchera à la suite de l'autre.

4. Si, dans le monde des objets matériels qui nous entourent, nous voyons un phénomène physique s'accomplir : une pierre tomber vers la terre, une bulle de savon s'élever dans l'air, une planche flotter à la surface de l'eau, et l'eau courir, en suivant sa pente, du ruisseau au fleuve et du fleuve à la mer ; si, au contact de certaines nuées, l'éclair jaillit, puis le tonnerre roule ; si le jour succède à la nuit et la nuit au jour ; ou que le cortége varié de chaque saison ait une fois passé graduellement devant nous : témoins de ces faits et de mille autres encore, nous arrêterons-nous au fait isolé, au phénomène déterminé, qui s'est accompli sous nos yeux, ou bien notre esprit ne s'élancera-t-il pas au-delà ? Penserons-nous que chacun de ces phénomènes est un accident, un hasard, une éventualité ; et que, les mêmes données se reproduisant, il ne se reproduira plus ou arrivera d'une tout autre manière ? Telle certainement ne sera pas notre pensée. Le phénomène une fois observé, nous nous attendons au retour si les mêmes conditions se réalisent. Nous portons en nous la conviction intime qu'il y a dans l'accomplissement de ce phénomène une série de forces en jeu, un enchaînement de causes et d'effets successifs, d'où, en définitive, une nécessité que tel résultat se produise, ou, en d'autres termes, ce que nous appelons une loi. Une loi, *dans l'ordre physique*, n'est autre chose en effet qu'une nécessité de mouvement ou de repos, de transformations ou de modifications ; ou, pour tout réduire à des expressions plus générales, une nécessité d'action ou d'inaction des corps les uns à l'égard des autres. — L'esprit des hommes, en présence de tout phénomène, est travaillé du besoin de découvrir et de préciser quelle est la nécessité immédiate, c'est-à-dire la loi la plus proche sous l'empire de laquelle le fait a eu lieu ; de remonter de celle-ci à celle qui la précède ; et se poussant de plus en plus dans un enchaînement de nécessités ou lois successives dont l'une le conduit à l'autre, de marcher sans cesse de degré en degré vers l'idéal d'une loi générale, principe générateur de toutes les autres. — Un des modes de raisonnement les plus naturels à

l'homme, une des conclusions de logique les plus usitées, sans étude et pour ainsi dire par instinct, ne repose que sur la croyance innée à l'existence de ces lois ; « cela s'est passé ainsi, donc cela se passera encore de même, » ou l'induction : tel est, on peut le dire, le principal fondement de nos connaissances. — Ne percevoir que le phénomène, en s'arrêtant à la sensation de l'effet produit, est d'une nature bornée, d'une organisation brute ; s'inquiéter de la cause, au moins la plus voisine, et chercher à s'en rendre compte appartient aux esprits même les plus vulgaires ; mais plus l'intelligence est élevée, plus elle embrasse en abstraction la série graduelle des lois, plus elle est possédée du besoin de parvenir à les connaître, plus elle tend à satisfaire ce besoin. — La connaissance, ou, pour mieux dire, le souvenir des phénomènes, comme purs phénomènes, quelque nombreux qu'ils soient, n'est qu'un acte de mémoire, qu'une chose de fait ; c'est la connaissance des lois qui seule constitue la science.

5. Qui dit la loi dit nécessité, et qui dit nécessité dit contrainte ; le moyen de contrainte d'où résultent les lois de l'ordre matériel gît dans les forces mêmes de la création. Ni les objets qui y sont soumis ne peuvent s'y soustraire, ni l'homme par ses efforts ne les peut empêcher ; les obstacles qu'il semble mettre à l'accomplissement de ces lois n'en provoquent, au contraire, que l'accomplissement même : c'est le paratonnerre qui garantit la maison parce qu'il sert au fluide électrique à aller se décharger dans la terre ; toute l'industrie, tout le pouvoir de l'homme se borne à fournir l'occasion à la loi de fonctionner ; à disposer les choses de telle sorte que la loi dont il veut profiter entre en application et produise son effet. Le propre des lois physiques est d'être permanentes, invariables et inviolables.

6. A mesure qu'on passe de la matière inerte et non organisée aux êtres construits de manière à former chacun une individualité distincte, pourvus d'organes remplissant certaines fonctions et dont le fonctionnement produit le phénomène qu'on appelle la vie, on trouve, à côté des nécessités ou lois purement physiques, auxquelles restent toujours soumis les éléments matériels dont se composent ces êtres, un ensemble de nécessités d'actions ou d'inactions d'un ordre plus élevé. Il s'agit, en effet, ici des actions ou inactions qui constituent le fonctionnement même des divers organes, en rapport soit avec les corps intérieurs ou extérieurs, soit l'un avec l'autre. Ces nécessités d'actions ou d'inactions organiques, d'où résultent les mille phénomènes de la vie, naissance, accroissement, reproduction, décadence progressive, finalement désorganisation et retour à la matière inerte, portent le nom de *lois physiologiques*. Le moyen de contrainte pour ces sortes de nécessités ou de lois gît encore dans les forces mêmes de la création. Plus mystérieux, plus impénétrable à nos investigations, le principe spécial qui y préside n'en exerce pas moins sa domination. Permanentes, et,

dans leur prodigieuse variété, toujours semblables à elles-mêmes, les lois physiologiques sont également inviolables. Nous les subissons sans pouvoir nous y soustraire, ni y soustraire les êtres qui nous environnent. Dans les obstacles mêmes ou dans les destructions que nous semblons y apporter, nous ne faisons qu'en provoquer l'accomplissement.

7. Si nous nous élevons toujours davantage, si nous nous prenons à considérer l'homme dans l'exercice de son activité : à côté de ces phénomènes d'action ou d'inaction dont il n'est pas le maître, qui ne sont que le résultat des nécessités ou lois, soit physiques, soit physiologiques, auxquelles il est soumis sans pouvoir s'y soustraire, nous trouverons le principe d'une autre activité dont il dispose ; une force qui est en lui, par laquelle il se sent la liberté de décider que telle action sera faite ou ne sera pas faite, avec la puissance de mettre en jeu ou de contraindre au repos les instruments de son corps, intérieurs ou extérieurs, nécessaires à l'exécution. C'est là véritablement l'activité de l'homme ; car dans l'autre, à parler juste, il est moins agent que patient : « *Non agit, sed agitur.* » Cette activité, il est appelé à l'exercer dans tout le cours et dans toutes les relations de sa vie ; soit que vous le supposiez en rapport avec l'idée de Dieu, avec les autres êtres de toute nature, avec ses semblables, avec lui-même, toujours la question de l'action ou de l'inaction se présente dans ces divers rapports. — Mais, si les actions ou les inactions de cette sorte ne sont soumises en lui à aucune nécessité, à aucune contrainte physique, cela veut-il dire qu'il soit maître de toute façon de s'y résoudre et de les exécuter dans un sens ou dans l'autre indifféremment ? C'est ici que l'homme se sépare, sans transition, sans analogie aucune, de tous les autres êtres animés ici-bas. C'est ici qu'apparaît, dans son plus haut privilége, la supériorité de sa création. L'homme a en lui une faculté éminente, la raison, qui lui indique qu'il est des actes qu'il doit faire, d'autres dont il doit s'abstenir, et qui lui signale ces actes en toute occasion. Maître matériellement, il est asservi rationnellement ; à côté de la liberté de fait dont il est doué, il y a pour lui des nécessités métaphysiques d'action ou d'inaction ; ces nécessités sont ce qu'on nomme, en d'autres termes, les lois de la conduite de l'homme, ou bien, en prenant l'épithète dans son acception la plus large, les *lois morales*. Il s'agit de savoir où gît, pour ces sortes de nécessités, le moyen de contrainte.

8. Si nous étudions sous ce point de vue les diverses actions ou inactions de l'homme dans toutes les relations qu'embrasse le cours de sa vie, nous reconnaîtrons qu'il en est pour lesquelles le moyen de contrainte réside uniquement en nous ; nul hors de nous, ici-bas, ne peut ni ne doit pouvoir nous les imposer ; aucune force extérieure n'y trouve d'application ; la nécessité métaphysique existe, mais le moyen de contrainte est tout métaphysique éga-

lement; la raison, qui nous signale la nécessité, doit en même temps susciter en nous la force qui nous y fera obéir. Se montrer reconnaissant envers son bienfaiteur, miséricordieux et plein de pardon envers son ennemi, bienveillant à chacun, être modeste, réservé, sobre dans ses habitudes, ferme là où il faut de la fermeté, indulgent là où se doit placer l'indulgence, courageux dans le péril : toutes ces nécessités de conduite, et tant d'autres semblables, sont abandonnées à notre propre contrainte. Elles constituent les lois morales proprement dites, dans l'acception étroite du mot.

9. Il est d'autres actions ou d'autres inactions, au contraire, qui peuvent être exigées de nous et pour lesquelles le moyen de contrainte est placé, non pas uniquement dans notre conscience, mais encore dans la volonté d'autrui ; où la contrainte est, non pas intérieure seulement, mais extérieure. S'abstenir de toute attaque contre la personne de son semblable ; réparer tout préjudice occasionné par sa faute ; exécuter toute convention valable, remplir les obligations de famille qu'imposent les qualités de père, ou de mère, ou de fils, et celles, plus larges encore, qui résultent de la sociabilité de l'homme, et qui existent entre l'individu d'une part et l'association collective de l'autre : voilà autant d'exemples de ces sortes de nécessités d'action ou d'inaction. Non-seulement nous comprenons ici que le moyen de contrainte est extérieur, qu'il réside en la volonté d'autrui, mais nous désirons de plus qu'à l'appui de cette volonté vienne se joindre, au besoin, une force matérielle pour imposer physiquement autant que possible l'action ou l'inaction qui est due ; et s'il en est autrement, s'il arrive que la loi soit violée en fait, nous avons en nous un sentiment qui se trouve blessé, et nous en souffrons.

10. Enfin, dans un grand nombre de cas, les sociétés humaines, chacune sur le territoire et pour les personnes à l'égard desquelles s'étend leur autorité, formulent textuellement les nécessités d'actions ou d'inactions qu'elles reconnaissent comme pouvant être exigées ; et pour moyen de contrainte, elles font intervenir les pouvoirs publics et la force collective de l'association au service de ceux qui en réclameront l'observation. Ces sortes de lois sont dites alors *lois positives*, par opposition aux *lois rationnelles*, qui nous sont révélées par la seule autorité de la raison. — De savoir par qui et comment ces formules ou lois positives sont décrétées, par qui et comment est exercée, au besoin, la contrainte qui doit les faire exécuter, c'est ce qui dépend de la constitution de chaque société et de l'organisation qu'y ont reçue les pouvoirs publics.

11. Ce sont ces dernières lois, rationnelles ou positives, dont l'étude constitue le domaine du jurisconsulte. C'est à ces lois que correspondent les expressions de *jus* en latin, et de *droit* en français. On a appelé — *juste* ou *droit* ce qui, dans les actions ou inactions des hommes, est conforme à ces lois : comme qui dirait la marche suivant la loi : « Je te ferai marcher droit ! » — et

injuste ou *tort* ce qui n'y est pas conforme. Puis, par cette faculté d'abstraction et de généralisation qui tient tant de place dans les idées et dans les langues humaines, de même que de la qualité d'être blanc, d'être noir, d'être vrai, d'être beau, notre esprit a fait sortir les idées générales abstraites, le blanc, le noir, le vrai, le beau, de même de la qualité d'être juste ou droit il a tiré l'idée abstraite générale, le juste, le droit; et par des figures variées de langage, le même mot s'est tourné ensuite en plusieurs autres significations secondaires dans lesquelles il est encore employé.

12. En résumé, si l'on cherche une définition de la loi, on pourra dire que toute loi est une nécessité d'action ou d'inaction : nécessité matérielle dans les lois physiques ou physiologiques ; nécessité morale, ou, en d'autres termes, métaphysique dans les lois morales et dans celles d'où est tirée l'idée générale de droit. Il ne reste en dehors de cette définition que le monde abstrait des mathématiques pures, dans lequel il ne s'agit pas d'action, et où la loi n'est qu'une nécessité dans les conditions d'existence. — Lorsque Montesquieu a défini les lois des rapports nécessaires, il y a eu dans cette formule transposition d'idées. La loi, en effet, n'est pas un rapport, mais bien la nécessité d'action ou d'inaction qui existe dans les rapports des corps ou des êtres entre eux. Ce ne sont pas les rapports qui sont nécessaires, un très-grand nombre sont accidentels ; mais dès qu'ils se produisent, la nécessité qui forme la loi y commande. — Le moyen de contrainte, dans les lois physiques et dans les lois physiologiques, est hors de nous et hors de toute autre créature : il gît dans les forces mêmes de la création. Dans les lois morales (*stricto sensu*)), il est uniquement en nous. Tandis que dans les lois auxquelles se réfère l'idée du droit, le moyen de contrainte est à la fois en nous et dans la volonté d'autrui ; avec l'emploi des pouvoirs et des forces collectives de la société pour opérer matériellement cette contrainte, s'il s'agit de lois positives.

13. Quant au droit, puisqu'il n'est qu'une abstraction généralisée, qu'une conception métaphysique de notre intelligence, et qu'il est reconnu entre les esprits logiques que les abstractions, les conceptions métaphysiques ne se définissent pas, du moins rigoureusement, il faut renoncer à en donner une définition irréprochable.

14. Cependant, si l'on observe ceci : 1° que les situations dans lesquelles la raison humaine reconnaît l'existence d'une loi de conduite extérieurement obligatoire, et d'où elle abstrait en conséquence la conception du droit, présentent toujours un ou plusieurs hommes en rapport avec un ou plusieurs autres, l'un ayant le pouvoir moral, la faculté d'exiger quelque chose de l'autre ; de telle sorte que nous éprouvons le désir que celui-ci se soumette et satisfasse à cette exigence, ou qu'un pouvoir physique

suffisant l'y contraigne, et que nous souffrons moralement s'il en est autrement; 2° qu'exiger quoi que ce soit d'un homme, c'est toujours, en définitive, contraindre sa volonté, c'est-à-dire le forcer à une action ou à une inaction : on arrivera à cette notion générale, que nous pouvons donner pour exacte :

« Le droit est une conception de la raison humaine, déduite d'un rapport d'homme à homme, dans lequel l'un a la faculté d'exiger de l'autre une action ou une inaction. »

Homme étant pris ici, du reste, soit dans un sens individuel, soit dans un sens collectif.

15. Notre raison déduit de chaque rapport d'homme à homme, avec plus ou moins d'exactitude, suivant qu'elle est plus ou moins forte, plus ou moins clairvoyante, plus ou moins dégagée de l'influence des erreurs ou des passions, la notion de la loi de conduite extérieurement exigible, et par conséquent celle du *droit rationnel;* le pouvoir social législatif, en déterminant les cas dans lesquels il reconnaîtra et sanctionnera, par le secours de la force publique, la faculté d'exiger une action ou une inaction de quelqu'un, décrète la loi positive, et par conséquent le *droit positif*, lequel n'est qu'un fait, lorsqu'il est contraire au droit rationnel.

16. Si le même procédé d'abstraction et de généralisation est appliqué aux lois que nous avons qualifiées de lois morales dans l'acception étroite du mot (ci-dess., n° 8), et qui ne sont autres que la nécessité métaphysique pour l'homme de certaines actions ou de certaines inactions, qu'il doit s'imposer lui-même mais qu'aucun autre n'a la faculté d'exiger de lui, on en fera sortir cette autre idée abstraite générale qu'on nomme la *morale*. Celle-ci ressort, non-seulement, comme celle du droit, des rapports d'homme à homme, mais même des rapports de l'homme conféré uniquement avec l'idée de Dieu, ou avec lui-même, ou avec les êtres animés qui lui sont inférieurs, ou avec les choses inanimées, abstraction faite de ses semblables. Ici la force coercitive est non pas hors de l'homme, mais en lui seul; non pas extérieure, mais interne.

17. Toutefois, prise dans un sens plus large (*lato sensu*), l'expression de morale embrasse la pensée non-seulement de ces nécessités extérieures d'actions ou d'inactions, mais encore des nécessités intérieures, en un mot, la pensée de toutes les règles de conduite de l'homme (ci-dess., n° 7). En ce sens, elle comprend aussi le droit, qui n'est alors qu'un petit cercle dans un plus grand.

18. D'autres veulent, au contraire, donner cette extension de signification au mot droit, qui renfermerait alors à la fois l'idée du droit proprement dit et celle de la morale. Tout cela n'est, à vrai dire, qu'une différence de langage, et en fait de langage il ne s'agit que de s'entendre. Ce qu'il y a de certain, c'est que les devoirs exigibles extérieurement par la puissance coercitive des autres hommes, et ceux qui ne sont exigibles qu'intérieurement par notre seule conscience, quelque divergence qu'il puisse y avoir

sur les points où doit se placer la limite, diffèrent essentiellement les uns des autres ; c'est surtout en droit pénal que cette différence se fait sentir : or il est raisonnable, pour ne pas dire indispensable, d'exprimer par des mots différents deux conceptions si différentes. Nous nous en tenons, pour l'expression de ces deux idées distinctes, aux termes communément reçus.

19. Le droit, qui n'est qu'une abstraction tirée comme droit rationnel d'une loi métaphysique, et comme droit positif d'un précepte formulé, est inerte par lui-même. Pour le mettre en vigueur, c'est-à-dire pour contraindre, au besoin, à l'observation des nécessités d'actions ou d'inactions auxquelles il se réfère, il faut organiser une puissance, et pour mettre en jeu cette puissance il faut un procédé. Il en est ainsi de tout effet que l'homme veut produire : tu veux faire mouvoir cette roue, cette meule, ce wagon; trouve une force, et pour mettre en jeu utilement cette force, qu'elle consiste dans l'eau, dans le vent ou dans la vapeur, trouve un procédé !

Divers pouvoirs publics concourent au but proposé, mais il est une puissance sociale spécialement organisée pour prononcer sur la mise en application du droit et pour en enjoindre l'exécution. Cette puissance porte le nom général de *juridiction;* et le procédé pour la faire mouvoir, le nom de *procédure.*

Toute branche quelconque du droit se divise donc essentiellement en trois parties indispensables : 1° le droit proprement dit, ou le précepte; 2° les juridictions; 3° la procédure. Une seule espèce de droit, le droit international, est dépourvu de ces deux dernières parties : aussi, trop souvent, la guerre et la raison du plus fort en décident.

20. Mais l'organisation des juridictions et des pouvoirs publics chargés de les seconder ne suffit pas malheureusement pour empêcher que le droit soit violé. Des violations ont lieu, et quelquefois d'une nature ou d'une gravité telles que notre raison trouve insuffisante la réparation, souvent d'ailleurs impossible, du préjudice occasionné, et qu'elle conçoit, en outre, la faculté pour le pouvoir social de contraindre le violateur à subir un certain mal en punition de la violation qu'il a commise. Cette conception, généralisée, est ce qu'on nomme le *droit pénal.* La notion peut en être résumée en ces termes :

« Le droit pénal est une conception de la raison humaine, déduite d'un rapport d'homme à société, dans lequel la société a la faculté de faire subir à l'homme un certain mal, à raison d'une violation de droit qu'il a commise. »

21. Le droit pénal constitue donc un dernier recours contre certaines violations du droit, qui intervient après que ces violations ont eu lieu, et qui, dans toutes les branches du droit, donne ainsi appui au précepte. De telle sorte que tout droit quelconque, outre les trois parties déjà indiquées : 1° le droit proprement dit

ou le précepte ; 2° les juridictions ; 3° la procédure, en contient une quatrième ; 4° la pénalité.

Et comme ces trois dernières parties ont pour but commun de procurer l'exécution de la première, quelques jurisconsultes ont nommé *droits déterminateurs* le droit proprement dit, ou le précepte, dans toute branche quelconque du droit ; et *droits sanctionnateurs*, les trois autres parties, savoir : l'organisation des juridictions, la procédure et la pénalité.

22. On voit aussi que, puisque tout droit quelconque contient comme sanction une partie pénale, le droit pénal se lie à toutes les divisions du droit, et que le jurisconsulte véritablement versé dans la connaissance du droit pénal doit l'être aussi dans celle de toutes les branches du droit.

23. Enfin le droit pénal, n'étant lui-même qu'une abstraction tirée comme droit pénal rationnel d'une loi métaphysique, et comme droit pénal positif d'un précepte formulé, inerte, a besoin, pour être mis en application, d'une puissance organisée à cet effet, et d'un procédé qui fasse agir et fonctionner cette puissance. D'où il suit que le droit pénal se divise, à son tour, en trois parties :

1° Le droit pénal proprement dit, ou le précepte pénal, la pénalité ;

2° Les juridictions pénales ;

3° La procédure pénale.

C'est dans cet ordre que ces trois parties seront successivement examinées dans cet ouvrage.

24. Il ne nous reste plus, pour en finir avec ces notions préliminaires, qu'à nous demander à quelle division du droit appartient, par sa nature, le droit pénal.

Toute classification est une opération d'ordre, elle doit être assise sur une base commune ; et comme il peut toujours se présenter plusieurs bases distinctes à prendre, il s'ensuit que les mêmes objets peuvent recevoir diverses classifications, suivant les divers points de vue sous lesquels on les considère. Cette remarque, vraie en général, est vraie en particulier pour le droit.

C'est ainsi qu'au point de vue de sa destination, du but auquel il doit pourvoir, nous avons distingué dans l'ensemble du droit et dans chacune de ses parties : les *droits déterminateurs*, ou le droit proprement dit, le précepte ; et les *droits sanctionnateurs*, savoir : l'organisation des juridictions, la procédure et la pénalité. Le droit pénal, sous ce point de vue, appartient donc à la classe des droits sanctionnateurs.

Il existe beaucoup d'autres classifications possibles, mais la plus importante, selon nous, celle qui est invariable et non arbitraire, c'est la classification tirée du sujet du droit, c'est-à-dire des personnes entre qui les rapports de droit s'établissent. Le sujet du droit ne peut offrir que ces deux termes : l'homme considéré individuellement, et l'homme considéré collectivement, ou la société.

Or deux termes mis en rapport ou combinés deux à deux et avec eux-mêmes ne peuvent donner que quatre combinaisons. Ces combinaisons, en fait de droit, sont les suivantes : 1° Rapports d'homme privé à homme privé : d'où le *droit privé ;* 2° et 3° Rapports d'homme privé à la société, et réciproquement : d'où le *droit public interne ;* 4° Rapports de société à société : d'où le *droit public externe ;* autrement dit droit des gens, droit international.

Le rapport d'où se déduit la conception du droit pénal n'est pas un rapport d'homme privé à homme privé ; car entre hommes privés il peut y avoir droit de défense pendant le danger, droit de réparation du préjudice après le mal consommé, mais non pas droit de punir : le mal fait par le lésé après coup et par réaction au violateur du droit serait vengeance et non justice pénale. Le droit pénal ne fait donc pas partie du droit privé.

Le rapport d'où se déduit la conception du droit pénal n'est pas non plus un rapport de nation à nation : le droit pénal ne fait donc pas partie du droit public externe ou droit international.

Les personnes qui figurent dans ce rapport sont toujours : d'une part, la société qui punit ; d'autre part, le violateur du droit qui est puni.

Il faut donc dire que le droit pénal est une partie spéciale du droit public interne, qui intervient, comme moyen sanctionnateur, dans toutes branches quelconques du droit.

CHAPITRE II

MÉTHODE SUIVIE DANS CET OUVRAGE

Distinction entre la science, l'art et la pratique. — Cette distinction s'applique au droit : d'où la science du droit, la législation positive et la jurisprudence. — Chaque donnée sera exposée dans cet ouvrage, d'abord d'après la science, ensuite d'après la législation et la jurisprudence. — Ce que c'est que l'analyse et la synthèse. — Le véritable procédé scientifique consiste à recourir d'abord à l'analyse et ensuite à la synthèse. — C'est la méthode qui sera suivie dans cet ouvrage. — L'étude de l'homme en société doit être la base constante de l'étude du droit. — L'analyse conduit à étudier l'homme, quant à la science du droit, sous ces trois points de vue : dans son moral, dans son corps et dans sa sociabilité.

25. Il est des vérités tenant à la création elle-même, constituant les lois de cette création, que l'homme cherche à découvrir : vérités dans l'ordre matériel, vérités dans l'ordre immatériel ou moral. Le secours de ses sens, l'observation, ses diverses facultés intellectuelles, et surtout la raison, sont les instruments qui servent à l'homme dans cette exploration et dans les découvertes qui en résultent. La connaissance de pareilles vérités ou lois primordiales, et seulement de ces vérités (*virtus cognitionis*,

suivant les expressions de Vico), est ce qu'on appelle une *science* (ci-dess., n° 4).

26. De ces lois ou vérités une fois reconnues, l'homme déduit, soit dans l'ordre physique, soit dans l'ordre moral, un enseignement, des conseils, des préceptes, des règles à mettre en application pour en obtenir des résultats avantageux ou désirables. Un tel corps de préceptes est ce qu'on nomme un *art*.

27. Enfin, quand l'homme, dans l'activité de sa vie, arrive, bien ou mal, à mettre le précepte en application, vous avez la *pratique*.

28. Science, art, pratique, voilà donc trois termes qu'il importe de distinguer soigneusement. La science a pour base la raison; l'art, la mémoire, l'autorité; la pratique, l'activité, la prudence. A les examiner de près, on reconnaît que la science correspond à l'idée de philosophie et l'art à l'idée d'histoire.

29. Dans quelque ordre de connaissances ou d'activité humaine que l'on se place, on rencontre ces trois termes. Ainsi vous avez : les sciences des mathématiques, de la physique, de la chimie, de la médecine; puis, les arts mathématiques, les arts physiques, les arts chimiques, l'art médical; enfin la pratique de chacun de ces arts.

Le droit ne fait pas exception à cette règle commune, et nous devons y distinguer avec soin :

1° La *science du droit*, c'est-à-dire la connaissance des vérités ou lois de première création dans l'ordre moral, du juste ou de l'injuste. C'est ce que l'on nomme communément droit naturel, droit général, droit rationnel, ou, selon des expressions aujourd'hui plus à la mode, philosophie du droit;

2° L'*art du droit*, c'est-à-dire le corps de préceptes émanés de l'autorité, autrement dit l'ensemble des lois positives, que l'on qualifie de droit positif, de législation positive, en prenant ce terme de *législation* dans l'acception qu'il a communément, non pas de lois à faire, mais de lois déjà faites.

3° La *pratique du droit*, c'est-à-dire l'application, dans la conduite et dans les affaires de chaque jour, des préceptes de la législation, éclairés par les vérités de la science. C'est ce que nous nommerons *jurisprudence*, ou sagesse, prudence dans la mise en action du droit, dans la solution, dans le règlement pratique des difficultés que fait naître cette mise en action (1).

30. A examiner cette gradation d'idées, qui ne voit :

Que la pratique ne peut être bonne si elle ne s'appuie sur la

(1) On voit que nous ne prenons pas le mot de jurisprudence dans le sens plus étroit qu'on donne vulgairement parmi nous à cette expression, lorsqu'on l'emploie pour désigner uniquement une suite plus ou moins longue de décisions judiciaires rendues dans un même sens, et caractérisant l'opinion adoptée sur certains points par une juridiction.

connaissance de l'art, expliqué et complété par les enseignements de la science ;

Que l'art, ou le corps de préceptes, ne peut être bon s'il n'est fondé avec exactitude sur les vérités de la science ;

Enfin, que la science ne donne toute son utilité et ne remplit sa véritable destination qu'autant qu'elle sert à créer, à perfectionner le précepte ; à guider, à soutenir et à ennoblir la pratique ?

De telle sorte qu'au lieu de dédaigner, de dénigrer l'une ou l'autre de ces parties, nous devons comprendre que leur réunion seule forme un tout complet et puissant, un tout qui réponde à cette destinée de l'homme, accomplir sa tâche et suivre sa route depuis la pensée jusqu'à l'activité.

31. Chaque donnée, en cet ouvrage, sera donc examinée dans cet ordre : d'abord suivant la science, source suprême et commune ; ensuite suivant la législation positive et la jurisprudence.

32. La nature n'offre guère à l'étude de l'homme recherchant les vérités ou lois de première création que des produits complexes, des composés d'éléments divers. Cela est vrai dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique. Or la raison humaine n'est pas assez puissante pour embrasser immédiatement tous les détails d'un composé, et pour découvrir la loi de ce composé à l'inspection seule de son ensemble. Il faut qu'elle en sépare les éléments divers, qu'elle les étudie les uns après les autres, pour arriver ensuite à la connaissance du tout. Cette opération est celle de l'*analyse ;* c'est la méthode des découvertes.

Mais l'esprit humain ne doit pas se contenter de cette décomposition, de cette étude à part des éléments divers ; pour achever véritablement son œuvre, il faut qu'après avoir décomposé, il recompose ; il faut qu'il reconstruise avec les éléments, une fois qu'ils lui sont connus, le tout que ces éléments doivent former. Cette opération de reconstruction est ce qu'on nomme la *synthèse ;* elle complète la découverte de la loi ; elle sert de contrôle aux résultats de l'analyse et en résume le profit.

Une seule science physique, la chimie, offre pour ainsi dire le spectacle matériel de ces deux opérations successives ; mais l'emploi de l'analyse et de la synthèse n'en est pas moins réclamé par les autres sciences.

33. Quelle est de ces deux méthodes celle qui doit être préférée ? La question, comme on le voit, est bien mal posée, et les controverses exclusives en faveur de l'analyse ou de la synthèse bien mal fondées. Le véritable procédé scientifique, la seule méthode complète consiste à employer d'abord l'analyse pour découvrir, ensuite la synthèse pour reconstruire et démontrer. C'est ce que nous avons fait dans notre travail, et ce que nous continuerons à faire jusque dans ce traité élémentaire.

Toutefois, introduire le lecteur dans les détails mêmes de l'analyse, le faire assister pour ainsi dire à la découverte de la

vérité ou loi primordiale, c'est une marche souvent trop lente, surtout pour un abrégé tel que celui-ci. Il nous arrivera donc, plus souvent que nous ne voudrions, de glisser sur les opérations analytiques que nous aurons faites, et de présenter directement, par la synthèse et sur le crédit de notre parole, le tableau coordonné des résultats auxquels nous serons parvenu.

34. Ici une application immédiate du procédé analytique se présente à nous :

Le droit, puisqu'il n'est autre chose qu'une conception particulière déduite d'un rapport d'homme à homme, a pour sujet l'homme en rapport avec ses semblables, c'est-à-dire en société, et n'en a pas d'autre. Il suit de là, en premier lieu, que le droit est une science éminemment sociale : pas de droit sans société, et réciproquement, pas de société sans droit; et, en second lieu, que le pivot constant, la base fondamentale des études du droit, doit être l'étude de l'homme en rapport avec ses semblables. C'est le cas de dire au jurisconsulte, avec Charron : « Dieu se connaît, le monde se regarde ; toi, homme, reconnais-toi, examine-toi, épie-toi, connais-toi ! »

Mais l'analyse nous montre indubitablement dans l'homme deux éléments : l'un physique, matériel, le corps ; l'autre métaphysique, immatériel, le moral. Elle nous fait, en outre, découvrir en lui une qualité essentielle, inhérente forcément à sa création : la sociabilité. D'où, pour arriver à la construction exacte de la science du droit, *la nécessité d'étudier l'homme sous ces trois points de vue : dans son corps, dans son moral et dans sa sociabilité.*

Tout ceci est vrai pour le droit pénal en particulier comme pour toute espèce de droit en général ; et cette étude de l'homme sous une triple face, que nous ne perdrons jamais de vue, sera un des caractères particuliers de notre enseignement.

CHAPITRE III

SCIENCES AUXILIAIRES POUR LE DROIT PÉNAL

Toutes les sciences sont unies entre elles. — Quelques-unes sont plus spécialement auxiliaires pour le droit en général, et pour le droit pénal en particulier. — Ce sont, 1° les sciences morales : la philosophie, la morale théorique, la morale d'observation pratique; — 2° les sciences physiques sur l'homme : la physiologie, la phrénologie, la médecine légale ; — 3° les sciences sociales : l'économie politique, la statistique; — 4° enfin les notions historiques : histoire des peuples, histoire de la science du droit, étude des langues et philologie.

35. Il n'existe pas de science à l'état d'isolement ; la découverte d'une vérité ou d'une loi de la création conduit à celle d'une autre ; les sciences forment une grande chaîne, et le droit, d'anneau en anneau, tient à chacune d'elles. Le moyen âge avait dans l'orga-

nisation des universités (*mot qui ne signifiait cependant autre chose que corporation*) un symbole matériel de cette fraternité des sciences. Si le rapprochement matériel paraît aujourd'hui affaibli chez nous, qu'il n'en soit pas de même du lien intellectuel !

36. Mais entre toutes les sciences, et à part cette relation universelle, il en est qui sont plus directement utiles à l'étude du droit en général et à celle du droit pénal en particulier.

Si l'on se rappelle que la base fondamentale de l'étude du droit est l'étude de l'homme en société ; et que l'homme doit être étudié sous trois points de vue, le moral, le corps et la sociabilité, on aura un lien naturel et logique qui groupera et enchaînera, comme sciences éminemment auxiliaires pour le droit, celles qui suivent : 1° les sciences morales ; 2° les sciences physiques sur l'homme ; 3° les sciences sociales.

37. Les sciences morales nous offriront d'abord la *philosophie :* panthéistique à son origine, enfermant dans son sein toutes les sciences et les ayant toutes engendrées, concentrée aujourd'hui sur ces deux grands problèmes, qui composent son domaine exclusif : l'étude de l'intelligence divine et celle de l'intelligence humaine ; avec ses deux principes, en lutte sans cesse sous tant de formes diverses : l'esprit et la matière, ou l'âme et le corps. Pour être dans le vrai, il faut les accepter tous les deux.

38. Puis la *morale théorique*, qui n'est autre chose que la conclusion de la philosophie, le précepte déduit de la vérité ; la science des devoirs de l'homme ; avec ses deux principes, toujours en lutte aussi sous des formes diverses : le juste et l'utile ; et leur opposé, l'injuste et le nuisible. Pour être dans le vrai, il faut pareillement les accepter tous les deux.

39. Enfin, la *morale d'observation, d'expérimentation pratique*, enseignant, non pas ce qui se doit faire, mais ce qui se fait ; histoire du moral humain, qui met à nu le cœur de l'homme et nous le montre sur cette pente fatale : le penchant, le vice, le crime ; étude qu'il est nécessaire de faire : pour la science du droit, sur toute l'humanité ; pour la législation, sur le peuple à qui cette législation est destinée : pour la jurisprudence, sur les personnes en cause dans chaque affaire.

40. Quant aux sciences physiques sur l'homme, elles nous offriront comme directement auxiliaires pour le droit en général et pour le droit pénal en particulier :

En première ligne, la *physiologie*, mieux nommée *biologie*, ou la science du phénomène de la vie, qui donne au droit des enseignements nécessaires sur les phases diverses par lesquelles passe l'homme dans le cours de sa vie, sur les lois suivant lesquelles il naît, se nourrit, se développe, se reproduit, se désorganise et meurt ; sur les relations de ces vicissitudes physiques avec les vicissitudes morales ; — et enfin qui intéresse plus particulièrement le droit pénal par celles de ses parties qui traitent des phénomènes

intellectuels, des instincts et des passions, servant ainsi de transition des sciences morales aux sciences physiques sur l'homme.

41. En seconde ligne, la *phrénologie*, science encore contestée, à l'état d'enfantement, qui n'est qu'un système particulier de physiologie du cerveau, basée sur cette donnée que le cerveau n'est pas un seul organe, mais qu'il se divise en parties diverses correspondant aux diverses facultés intellectuelles et morales de l'homme. La science du droit pénal doit y recourir, ne fût-ce, sans parler des travaux de dissection morale que cette école a faits à propos de la dissection physique qu'elle tentait, ne fût-ce que pour examiner cette prétention que l'homme serait poussé fatalement, matériellement au crime, de telle sorte que toute peine serait une injustice. Les théories et les expérimentations mêmes des fondateurs et des maîtres de la phrénologie, loin d'être favorables à une telle prétention, la condamnent; elles servent à mieux démontrer l'existence du libre arbitre et par conséquent de la responsabilité de l'homme, la puissance de ce libre arbitre pour dominer les penchants vicieux, et enfin l'influence salutaire de l'éducation et de la législation sur ces penchants.

42. En troisième lieu, la *médecine légale* (1), qui considère l'homme, non pas à l'état sain, en sa condition normale, mais dans les altérations que cette condition a pu éprouver; non pas afin de guérir, mais afin de signaler les moyens de prévenir le mal, ou afin de constater ce mal quand il est arrivé. Le pouvoir législatif pour la confection de la loi, le pouvoir exécutif pour l'administration, le pouvoir judiciaire pour la solution des affaires, ont souvent besoin des enseignements de cette science; ce qui devrait conduire, selon nous, à la diviser en ces trois spécialités distinctes : *médecine législative*, *médecine administrative ou gouvernementale*, et *médecine judiciaire*. C'est plus particulièrement dans les affaires de droit pénal que le recours à l'assistance de la médecine judiciaire est fréquemment nécessaire. Le criminaliste devrait en cultiver l'étude plus qu'il n'est d'usage de le faire en France, non pas pour substituer son demi-savoir à celui des hommes de l'art, mais pour apprendre à mieux interroger la science, à mieux comprendre, à mieux apprécier ses réponses et à y suppléer en cas de nécessité.

43. Il y a entre les sciences morales et les sciences physiques sur l'homme, dans leurs rapports avec le droit, cette grande différence : que le droit est dominé par les premières; il en dérive, il y prend sa source; tandis qu'il ne s'adresse aux secondes que comme à des auxiliaires, pour leur demander, sur certains points, le tribut de leur enseignement.

44. Quant aux sciences sociales, en tête de toutes se place le

(1) M. Ortolan avait commencé d'importants travaux sur la médecine légale, que la mort ne lui a point permis d'achever.

droit dans son ensemble. Il est inutile de dire comment il se relie à la spécialité du droit pénal, puisque la pénalité intervient comme sanction dans toutes les parties du droit.

45. Puis vient l'*économie politique*, qui a le même sujet que le droit, l'homme en société; et le même objet, la richesse, ce que Vico appelle *les utilités* : car *richesse*, selon l'expression économique, ou *choses*, selon l'expression juridique, c'est tout un. — Avec cette première différence toutefois, que l'objet immédiat de l'économie politique, c'est la richesse; tandis que l'objet immédiat du droit, ce ne sont pas, à vrai dire, les choses, mais bien les actions ou les inactions de l'homme, lesquelles, à leur tour, ont le plus souvent les choses pour objet. Vico exprime une pensée analogue lorsqu'il dit que « les utilités sont non pas la cause, mais l'occasion du droit ». — Avec cette seconde différence, plus caractéristique encore : que la science du droit étudie les rapports de l'homme en société pour y déterminer les cas dans lesquels l'un peut exiger d'un autre une action ou une inaction, c'est-à-dire les lois de la conduite exigible de l'homme; tandis que l'économie politique les étudie pour voir comment se produit, se distribue, se consomme la richesse, et pour arriver ainsi à connaître la loi de ces phénomènes. De telle sorte que, quoique semblables dans leur sujet, et dans leur objet, le droit et l'économie politique diffèrent notablement dans leur but.

Le précepte positif du droit et surtout la sanction pénale courent grand risque de s'égarer et de se mettre en opposition directe avec les conditions du bien-être social, comme cela est arrivé trop souvent, si, dans les matières qui touchent à la production et à la distribution de la richesse, ils ne s'inspirent pas aux vérités de la science économique. Il y a donc entre le droit et l'économie politique une affinité nécessaire, qui se fait sentir jusque dans la spécialité du droit pénal et qui a laissé des traces dans l'histoire de cette spécialité : Beccaria, Filangieri, Bentham, Romagnosi, Rossi, ont été à la fois des criminalistes et des économistes distingués.

46. La *statistique* marchait ordinairement comme un appendice de l'économie politique; mais de nos jours elle a pris plus d'extension. On pourrait la définir avec quelque vérité : « les mathématiques des sciences morales et sociales. » De toutes les parties du droit, c'est le droit pénal qui en peut tirer le plus d'utilité; car parmi les phénomènes moraux, c'est le désordre et surtout le crime qui donnent le plus de prise à ses calculs. L'étude de l'homme sous le rapport des violations du droit et des causes diverses qui peuvent influer sur ces violations; plus, l'épreuve des institutions : tels sont les deux points les plus importants sur lesquels le criminaliste ait des lumières à tirer de la statistique.

47. A la suite des sciences sociales se range une série de notions auxiliaires qui ne constituent pas, à proprement parler,

une science, parce qu'on n'y trouve pas la connaissance de lois ou vérités primordiales, mais seulement celle de faits accomplis : ce sont les diverses notions historiques :

L'*histoire générale* et l'*histoire particulière des peuples ;* plus spécialement, celle du peuple dont il s'agit de faire, d'étudier ou d'appliquer la législation ;

L'*histoire de la science du droit,* qui se décompose en histoire de ses principes ; histoire de ses grands hommes, ou *biographie ;* histoire de ses monuments littéraires, ou *bibliographie,* nommée aussi par les Allemands *littérature* de la science ;

L'*étude des langues,* un des monuments de l'histoire, et l'instrument de communication pour toutes les sciences. Langues anciennes, langues de transition, de formation intermédiaire ; et parmi les modernes, sans en excepter aucune, l'allemand, l'anglais et l'italien, comme les plus utiles ;

Enfin la *philologie* (amour du langage), art ingénieux, art puissant, qui se rattache à l'histoire et à la philosophie de la parole, et qui, dans une décomposition de mots, nous fait retrouver souvent la nature philosophique ou la génération historique des idées.

48. Il nous suffira d'avoir montré, pour ainsi dire du doigt, toutes ces branches du savoir humain, auxiliaires à l'étude du droit pénal. Ce sera à nous à y recourir au besoin, dans le cours de cet ouvrage.

TITRE II

IDÉES SOMMAIRES D'INTRODUCTION HISTORIQUE

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

L'histoire de l'humanité suit en son développement certaines lois, au nombre de quatre : les lois de génération, de propagande humaine, de similitude et de progrès. — Utilité à retirer pour l'historien de la connaissance de ces quatre lois. — On en trouve l'application dans l'histoire du droit pénal en Europe. — Vérification sur chacune des parties du droit pénal. — 1° Sur la *pénalité* : divers principes qui l'ont successivement régie ; — 2° sur la *juridiction pénale* : diverses données d'après lesquelles elle a été successivement organisée ; — 3° sur la *procédure pénale* : divers modes suivant lesquels elle a successivement opéré. — Chacune de ces institutions a passé graduellement par trois ordres d'idées distincts. — Point où en est là-dessus le travail européen.

49. Celui qui étudie attentivement, sur un ensemble suffisant de temps, de lieux et de peuples, la succession des faits sociaux, en tire la conviction profonde que l'histoire de l'humanité suit, en son développement, certaines lois, ou, en d'autres termes,

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ "CAROL I" BUCUREȘTI

114583

certaines nécessités générales, conséquences de la constitution même de l'homme. Ces lois, dont ce n'est pas ici le lieu de développer tous les caractères, me paraissent au nombre de quatre.

50. La première est la loi de génération : loi universelle, qui préside à la succession des événements comme à celle des choses. L'historien apprend, en acquérant la conscience de cette loi, à ne pas s'arrêter aux causes apparentes et futiles, mais à rechercher les véritables éléments générateurs des faits, à remonter la filiation, à embrasser la chaîne qui lie ces faits les uns aux autres.

51. La seconde loi est celle de la propagande humaine, qui se manifeste par une contagion, par une communication incessante des idées, des passions, des coutumes bonnes ou mauvaises, d'homme à homme, de cité à cité, de peuple à peuple. Cette loi prend sa base dans le caractère essentiellement communicatif et imitateur de l'homme ; elle est un des agents les plus actifs par lesquels s'accomplit la génération des événements ; plus énergique, plus rapide en Europe que partout ailleurs, à cause surtout de l'origine commune et des rapports multipliés des nations modernes, elle peut y prendre le nom de propagande européenne ; les effets en sont faciles à suivre et à constater ; l'historien puise dans l'observation qu'il en fait un large et fécond enseignement.

52. La troisième loi est celle de la similitude, qui n'est qu'une conséquence de la loi précédente, car la propagande amène la similitude. Cette loi, dont les résultats deviennent tous les jours plus évidents, pousse les nations, graduellement et en toute chose, vers l'uniformité, laquelle a pour point extrême l'unité ; mais il sera toujours bon de dire, l'unité dans la diversité. Au fond, l'homme est un même être, et l'humanité un grand tout. L'esprit limitateur et superficiel, en étudiant l'histoire ou les institutions des peuples, n'y voit que diversité ; l'esprit généralisateur et profondément scrutateur soulève l'écorce et montre la similitude.

53. Enfin, la dernière loi est celle du progrès : loi finale, qui a sa base dans le caractère essentiellement perfectible de l'homme, et qui, par le travail continu de cette perfectibilité, nous fait avancer, sur tous les objets soumis à ce travail, du mal au bien, du bien au mieux, de la faiblesse à la puissance, des ténèbres à la lumière, de l'erreur à la vérité.

54. Sans doute, ces diverses lois admettent, pour un temps, des obstacles, des déviations, des reculs, produits de mille causes diverses, au nombre desquelles se range le libre arbitre de l'homme ; mais, à la longue, elles finissent toujours par s'accomplir. Ne vous attachez pas à un point isolé du temps, faites la somme des siècles, qu'il s'agisse de sciences, d'arts, de coutumes ou d'institutions, partout vous reconnaîtrez la trace des lois de génération, de propagande, de similitude, et, en définitive, pour résultat total vous aurez toujours le progrès.

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ "CAROL I" BUCUREȘTI

55. L'histoire du droit pénal chez les nations modernes de l'Europe présente l'application de ces vérités.

La pénalité y débute par le principe de la vengeance privée, par la guerre de famille (*faida*), d'où dérive la composition, le rachat suivant un certain tarif (*weregeldum* et *fredum*) : on peut dire qu'à cette époque le droit social est presque inaperçu, la peine publique n'existe pour ainsi dire pas.

Dès qu'elle apparaît, elle est cruelle, inégale, arbitraire : le principe est celui de la vengeance publique mise à la place de la vengeance privée. Cette idée de vengeance publique dure jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, et elle laisse même dans la langue du droit pénal des traces qu'on y retrouve encore aujourd'hui (1).

Enfin les peines s'humanisent, s'équilibrent, se déterminent : plus de vengeance; le principe scientifique devient celui de la justice unie à la nécessité sociale, de la répression avec miséricorde et correction, et l'on travaille à le faire passer dans la législation. Telle est la marche des idées sur la pénalité depuis la fondation des nations modernes, c'est-à-dire durant le cours de quatorze siècles environ.

56. La juridiction, qui n'est qu'une partie du pouvoir social, a suivi en Europe les vicissitudes de ce pouvoir :

Sous l'ère barbare et d'après les mœurs des peuples du Nord, elle commence par un principe populaire mais grossièrement organisé : le concours du prince ou de ses officiers (*princeps, dux, comes, grafio, gerefa, vicecomes, centenarius, decanus*, etc.); avec les hommes libres (*boni homines, rachimburgii, pagenses, witan*, etc.); dans des réunions temporaires et périodiques (*mallum, placitum*); quelquefois en assemblée générale (*conventus*). L'officier royal, dans la division à laquelle il est préposé, convoque le mâl et les hommes qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent les *boni homines* (généralement au nombre de sept au moins), et la fait exécuter.

Sous l'ère féodale, la juridiction devient patrimoniale, propriété du seigneur justicier, ou du seigneur fieffeux. Du reste, elle n'est, sous le rapport de son organisation, qu'une transformation de celle qui précède : elle présente, dans des réunions temporaires

(1) La voici exprimée, avec une singulière association de pensées, où se fait bien sentir la filière historique de nos institutions sur ce point, dans un ouvrage assez estimé, qui servait, au dix-huitième siècle, comme de manuel pour l'étude du droit français : « Quoiqu'un particulier se trouve offensé en son honneur ou en ses biens par le crime d'un autre, il ne lui est pas permis de poursuivre la punition du crime : la vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu. » (*Institution au droit français* de M. ARGOU, liv. III, ch. 38, Paris, 1753). La même idée se rencontre, du reste, chez tous les criminalistes de l'époque, et de nos jours les mots de *venger la société, vengeance publique, vindicte publique*, sont encore dans toutes les bouches.

et périodiques (*assises, plaids, cort*), le concours du seigneur ou de son officier (*lieutenant, bailli, prévost, sénéchal*, etc.) avec ses hommes féodaux (*homes de fief, homes jugeurs, homes léaux*), qui lui doivent service à l'host et aux plaids. Le seigneur ou son lieutenant, aux époques en usage ou en cas de besoin extraordinaire, convoque l'assise et *semonce* les hommes de fief qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent ces hommes jugeurs (au nombre de deux au moins ou de trois, ou de plus, suivant les coutumes) (1), et la fait exécuter. Assises tantôt sur le propre droit de fief, tantôt sur des droits de justice séparés du fief, qui peuvent être divisés, subdivisés, vendus, légués à part, ou donnés eux-mêmes en inféodation, ces juridictions offrent à la fois morcellement et indépendance d'une part, enchevêtrement et sujétion d'une autre. Le roi a les siennes, distinctes entre elles, comme chef suzerain ou chef féodal de ses feudataires et comme justicier de ses domaines particuliers; les seigneurs ont les leurs, soit dans les qualités réunies de seigneurs féodaux et de seigneurs justiciers, soit dans l'une ou dans l'autre séparément, susceptibles des mêmes nuances, et qualifiées de haute, de moyenne ou de basse justice, suivant l'étendue de leurs priviléges; les communes, à mesure qu'elles s'affranchissent, ont la leur, à laquelle concourent le représentant de la commune (*major, maire, consul* ou autres officiers) et les hommes jugeurs de la commune (*bourgeois, jurés*); enfin l'Eglise a aussi les siennes (*corts de chrétienté*), attribuées aux évêques et archevêques, se ressentant de l'influence du droit romain, dont le souvenir est conservé par le clergé, soumises à des recours successifs devant les autorités supérieures ecclésiastiques, et commençant les premières à être déléguées comme office permanent à un juge ecclésiastique, l'*official*, d'où le nom d'*officialité* pour cette juridiction. De telle sorte qu'il faut distinguer, dans cet état de choses, les justices seigneuriales, la justice royale, les justices communales et les justices ecclésiastiques. C'est de cette confusion, de

(1) Dans la *cour des Bourgeois*, aux assises de Jérusalem, il y avait le visconte, représentant la personne du roi, « qui est chief seignor dou païs, » et douze jurés, « ou plus ce (si) il plaît au Roi. » Ces jurés doivent être bourgeois et chrétiens « bourgois et frans, de la loy de Roume. » (Voir le *Livre des assises de la cour des Bourgeois*, ch. 4 et 7, et l'*Abrégé du Livre des assises de la cour des Bourgeois*, 1re partie, ch. 2, 3, 7 et 8.) Du reste, malgré ce nom de jurés et ce nombre de douze, il ne faut pas les assimiler entièrement à nos jurés d'aujourd'hui. C'étaient des personnes désignées pour un temps, comme hommes sages et prudents « predoumes » (prud'hommes), pour venir siéger aux assises; quoiqu'ils fussent douze, ou plus s'il plaisait au roi, ils ne venaient pas toujours siéger tous à la fois, et ils pouvaient juger au nombre de deux ou de trois, suivant la règle commune. On peut induire d'une scène racontée dans l'*Abrégé du Livre des assises de la cour des Bourgeois*, 2e partie, ch. 21, que c'était le roi qui les désignait et les destituait à volonté.

ce système d'inégalités à tant de degrés que sort cette règle féodale : chacun doit être jugé par ses pairs ; c'est-à-dire, en prenant la règle, non pas dans son application exclusive à la hiérarchie féodale, mais dans sa plus grande extension, qu'au milieu du morcellement de la société en classes inégales, chacun sera jugé dans sa classe et avec le concours des hommes de sa classe.

Sous l'ère monarchique, en comprenant dans ces termes toute l'époque durant laquelle l'autorité royale a commencé, s'est efforcée chaque jour davantage, est parvenue enfin à s'élever au-dessus du principe féodal, à dominer ce principe et à se faire reconnaître comme autorité publique et supérieure, indépendante de toute idée de fief et venant de Dieu, il se produit un long travail par suite duquel l'organisation précédente se transforme et se détruit. Les hommes de fief ne sont plus appelés au jugement; le roi, les seigneurs, jugent par eux-mêmes, ou du moins par les officiers qu'ils délèguent; les assises temporaires et périodiques font place à des institutions fixes, la charge de juger devient un office ; ces offices s'afferment pour un temps, se vendent, ou se concèdent gratuitement; les légistes en sont pourvus sous de certaines conditions d'aptitude. Enfin l'organisation judiciaire se résout en un système de juridictions permanentes, dont la suprématie appartient aux juridictions royales, ordinaires ou extraordinaires, composées de membres nommés par le roi, le plus souvent moyennant finance, réparties sur les diverses portions du territoire, avec une hiérarchie marquée et des recours de divers genres d'une autorité à l'autorité supérieure. Cependant les justices ecclésiastiques, quoique plus contenues et réglées en certains points par les ordonnances, existent encore à côté de la justice et du pouvoir séculiers, dont elles empruntent le bras pour l'exécution temporelle de leurs sentences. Les justices seigneuriales ou communales subsistent également, mais asservies aux règles des ordonnances, réduites à un rôle subalterne et soumises à la surveillance royale. C'est à la fin de cette époque, par allusion à cette lutte du pouvoir royal contre la féodalité, lutte dans laquelle les jurisconsultes ont apporté tant d'appui à la couronne, et pour exprimer la victoire de la juridiction royale sur toutes les autres juridictions, que se formule cet aphorisme monarchique : « Toute justice émane du roi (1). »

---

(1) Déjà on voit poindre ce principe exprimé féodalement dans Beaumanoir, au temps de saint Louis (vers 1283) : « Car toute laie juridictions du roiaume est tenue du Roy en fief ou en arrière-fief. » (Ch. 11, n° 12, p. 163.) — Et dans cette phrase remarquable, écrite au temps du roi Charles VI (vers 1380) par l'auteur inconnu du *Grand Coustumier de France :* « Jaçoit ce qu'à généralement parler il ne soit qu'une Justice, qui meult de Dieu, dont le Roy a le gouvernement en ce Royaume, toutesfois en spécialité elle est divisée en plusieurs membres.... » etc. (Liv. 4, tit. 5 : *De haulte, moyenne et basse justice.*)

Enfin, après avoir passé par ces vicissitudes, le principe de la juridiction se dégage : la science ne voit dans ce pouvoir qu'un pouvoir social, qui est un et qui découle de la même source que tous les autres pouvoirs, c'est-à-dire de la souveraineté. La législation l'organise en le confiant comme nomination, institution, surveillance et mise à exécution, à l'autorité exécutive, avec des garanties d'aptitude, d'inamovibilité, de hiérarchie, de compétence déterminée et surtout avec le concours des hommes du pays, dans l'institution du jury, pour les matières pénales les plus graves, pour les matières politiques, quelquefois pour certaines matières civiles. De telle sorte qu'au fond le principe fondamental de la juridiction, après le long cours de quatorze siècles, revient à être ce qu'il était dans l'origine, mais le système en est savamment et régulièrement organisé ; il offre le profit de l'expérience, il a retenu et associé entre eux divers éléments produits dans cet intervalle ; enfin, au lieu de reposer sur une idée d'inégalité, il repose sur l'idée contraire. Sous l'ère barbare si les hommes libres, sous l'ère féodale si les hommes de fief étaient appelés au jugement, il y avait des esclaves, il y avait des serfs qui n'y prenaient aucune part ; il y avait une multitude de classifications distinctes des personnes. Aujourd'hui nous sommes tous égaux devant la loi, tous pairs les uns des autres. Et cependant tel est l'empire des traditions, que ces deux maximes contradictoires, si significatives pour qui sait les comprendre, l'une de la féodalité, « chacun doit être jugé par ses pairs », l'autre de la monarchie de droit divin, « toute justice émane du roi », se combinent, changent de sens, et sont reproduites encore l'une à côté de l'autre jusqu'à notre temps.

57. Quant à la procédure, elle commence sous l'ère barbare par le principe accusatoire, avec la publicité des débats, et l'accusateur posé contradictoirement en face de l'accusé, sous la menace de la peine du talion s'il succombe. Mais quels sont les moyens de preuve ? Après le flagrant délit, c'est l'aveu ; et la torture apparaît, dans quelques lois barbares, comme moyen employé contre l'esclave ou le colon, même contre les hommes libres d'après la loi des Visigoths, pour obtenir cet aveu en matière capitale. A défaut de flagrant délit, d'aveu ou de conviction patente, l'accusé soupçonné doit se purger (1). Il le fera par le serment de son innocence, qu'il prêtera, suivant le cas et suivant la nation, avec trois, quatre, cinq, six, douze mains, et quelquefois jusqu'à soixante-douze chez les Francs Ripuaires, ou quatre-vingts chez les Allemands (*jurare quarta, quinta, sexta*

(1) Un grand nombre de textes dans les lois barbares et dans les documents de cette époque font voir que l'on recourt à la purgation par serment ou par ordalies sur les seuls soupçons, lorsqu'il n'y a pas de preuve certaine de l'accusation.

manu, etc.), c'est-à-dire assisté de ses *conjuratores*, parents, alliés ou amis, au nombre fixé par la loi, qui, plaçant leur main sous la sienne, pendant qu'il jure, attestent la foi due à son serment et l'appui qu'ils sont prêts à lui donner (1). A défaut de serment avec le nombre voulu de *conjuratores*, c'est le jugement de Dieu, c'est-à-dire les ordalies (de *Urtheil*, jugement; en hollandais, *Oordel*), par le combat, par le fer rougi, par l'eau bouillante, par le sort, par la croix ou autres sortes d'épreuves, qui décidera.

La féodalité emprunte ces formes et ces moyens de procédure, en les modifiant, suivant chaque lieu, dans les nuances et dans les détails de l'application (2). Toutefois elle a une prédilection marquée pour le jugement de Dieu par le combat, surtout quand il s'agit de seigneurs ou chevaliers. Elle règle les cas où il échet tournois ou gages de bataille, ceux où l'on peut combattre par champion, la manière de demander, d'obtenir et d'accepter le combat, les armes, suivant la qualité des parties, les conditions de la lutte et ses conséquences finales. En matière criminelle, la rigueur du droit est que le vaincu, s'il n'a pas péri dans la bataille, accusé ou accusateur, tant le champion que celui qui l'a donné, soit incontinent mis à mort (3). L'appel en ces temps consiste à fausser la cour, c'est-à-dire à l'accuser de fausseté et de déloyauté dans le jugement qu'elle a rendu, et à combattre contre chacun de ses membres (4). C'est de cet usage du combat judiciaire, maintenu longtemps en matière civile et en matière pénale, même à l'époque où la féodalité commence à être minée et à se détruire, que sort ce dicton coutumier : « Le mort a le tort, et le battu » paye l'amende (5). »

---

(1) La loi des Allemands décrit ainsi la forme du serment : « Les *conjuratores* posent chacun leur main sur la châsse des reliques, et celui qui doit jurer avec eux, plaçant sur toutes ces mains la sienne, prononce seul les paroles du serment, et jure par les reliques et par les mains qu'il tient, que Dieu lui soit en aide comme il n'est pas coupable. » (Tit. 6, § 7.) — Dans le droit canonique, les *conjuratores* doivent prêter serment à leur tour. — Au moyen âge, postérieurement à l'époque barbare, un brave Suisse qui, attaqué, la nuit, seul, dans sa maison, a tué l'agresseur, s'en vient jurer avec trois brins de paille de sa maison, son chien, son chat et son coq, qu'il n'a fait cet homicide qu'en se défendant. (*Histoire de Suisse*, de Jean de Muller, t. III, p. 238.)

(2) On trouve dans les *Assises de Jérusalem* comme moyens de preuve : les garants, qui ne sont pas identiques, mais qui ont incontestablement quelque chose d'analogue aux *conjuratores*; la question; l'épreuve par le *juyse* ou barre de fer rougie, et celle par la bataille.

(3) « Et tos homes vencus en champ de tex batailles deivent eistre pendus. » (*Assises de Jérusalem*, Jacques d'Ibelin, § 19, édition de M. Beugnot.) Voir le § 23, quant au champion et à celui qui l'a donné. Cette rigueur n'a pas été partout ni toujours observée. Voyez les *Institutes coutumières* de Loysel, citées note 5.

(4) « Qui fause la Court, convient que il se combate à tous ceaux de la Court, ou que il ait la teste copée. » (*Ibid.* La clef des assises de la haute cour, § 140.)

(5) *Institutes coutumières* de Loysel, liv. 6, tit. 1, § 29, n° 817 de l'édition

L'Eglise, qui a commencé par tolérer ces divers moyens de décision et par y intervenir quelquefois (1), ne tarde pas à les condamner (2). Elle n'en retient pour ses juridictions que la purgation par serment, avec un nombre déterminé de *conjuratores* : d'où vient à ce mode de justification le nom spécial de purgation canonique (3). Mais ensuite, au treizième siècle, par son caractère lettré, par sa propension à s'inquiéter de l'état des consciences et à chercher à y pénétrer, elle est amenée à produire, à développer graduellement un nouveau système de procédure pénale, le système inquisitoire, qui n'est admis d'abord que comme un procédé inférieur pour des cas exceptionnels (4), mais qui finit par dominer et par exclure le système accusatoire que l'Eglise tenait du droit romain, comme la féodalité l'avait tenu des barbares.

Des juridictions ecclésiastiques le système inquisitoire passe dans les juridictions temporelles ; il y remplace ce qui restait encore des anciennes coutumes, et il devient finalement, à l'exception de l'Angleterre, le droit commun de toute l'Europe, avec ses informations d'office, ses interrogatoires et procès-verbaux couchés par écrit, son impitoyable développement de la torture, son secret durant tout le cours du procès, sa théorie des preuves légales, et son jugement sur pièces.

---

de MM. Dupin et Laboulaye. Ces termes « le battu paye l'amende » font allusion à l'issue de la bataille pour meubles ou héritages, dans laquelle le vaincu perdait sa cause avec amende.

(1) On trouve dans les anciennes formules des exorcismes, recueillies et publiées par Baluze, à la suite des Capitulaires, le rituel qui devait être observé et les prières qui devaient être chantées par le prêtre pour l'accomplissement des diverses ordalies par l'eau chaude, par l'eau froide, par le fer incandescent ou autres épreuves.

(2) Voir dans le *Corpus juris canonici*, Décrétales, livre 5, tit. 35, *De purgatione vulgari*, le chapitre 1, qui interdit le combat, et le chapitre 3 l'épreuve par le fer incandescent, « in quo Deus tentari videtur. » Ces constitutions pontificales sont du douzième et du treizième siècles ; mais la réprobation de ces usages par les Pères et par les conciles remonte bien plus haut ; le droit canon (décret de Gratien, 2e partie, cause 2, question 5) nous offre à ce sujet des textes antérieurs de plusieurs siècles, que les papes étaient obligés de reproduire fréquemment, parce que la pratique continuait à l'emporter sur leur autorité.

(3) *Corpus juris canonici*, Déc., liv. 5, tit. 34, *De purgatione canonica* : « ... Deinde compurgatores super sanctum Dei Evangelium jurabunt, quod ipsi credunt, eum verum jurasse. » Voir aussi les textes antérieurs dans le décret de Gratien, *loco citato*.

(4) Les textes canoniques les plus anciens en date sur le système d'inquisition, sont d'Innocent III, ans 1212, 1213 et 1216, quoique avec des indices de germes antérieurs (voir ci-dessous, n° 71). La procédure par inquisition ne doit avoir lieu que lorsqu'il y a une sorte de dénonciation par bruit public et avec vraisemblance ; la peine contre celui qui n'a été condamné que sur une telle procédure doit être ordinairement mitigée. (*Corpus juris canonici*, Décrétales, liv. 5, tit. 1. *De accusationibus et inquisitionibus*, ch. 16, 19, 21. Voir aussi les *Instituta juris canonici*, liv. 4, tit. 1, *De accusationibus, denuntiationibus et inquisitionibus*.

Enfin les excès du système inquisitorial sont réprouvés ; la voix publique les signale et les flétrit ; la législation les atténue ou les abandonne ; puis, des éléments divers fournis par les régimes précédents, l'expérience fait sortir comme un composé, comme un système mixte de procédure pénale, dont une première partie emprunte ses caractères à l'information inquisitoriale, mais dont la seconde reprend toutes les garanties du système accusatoire (1), avec les seuls moyens de s'éclairer que la raison et la conscience puissent admettre : l'accusateur en face de l'accusé, le débat oral, les preuves de conviction, la liberté et la publicité des débats et de la défense. Le principe barbare, en matière de procédure, était que l'accusé doit se purger, et voici le principe civilisé : « C'est l'accusation qui doit prouver ; jusque-là, l'accusé est réputé innocent. »

58. Si l'on résume ce tableau, déjà si concis, des vicissitudes par lesquelles ont passé la pénalité, les juridictions pénales et la procédure pénale en Europe, on voit, dans chacune de ces institutions, se succéder les trois ordres d'idées bien distincts qui suivent :

En fait de pénalité : 1° vengeance privée ; 2° vengeance publique ; 3° plus de vengeance, mais justice et nécessité sociale, répression et correction.

En fait de juridiction : 1° concours du chef avec les hommes libres ou les hommes de fief, grossièrement organisé, en des assises temporaires, dans une société fractionnée et inégale ; 2° délégation du pouvoir royal, comme droit supérieur et divin, en des offices permanents, avec de grands efforts et des progrès marqués vers l'homogénéité ; 3° concours du pouvoir exécutif et des citoyens, comme partie intégrante de la souveraineté, en des institutions permanentes et des assises temporaires, dans une société une et proclamant l'égalité devant la loi.

Enfin, quant à la procédure pénale : 1° système accusatoire et publicité, avec l'obligation pour l'accusé de se purger, et le serment, le combat ou les ordalies comme moyens de décision ; 2° système inquisitoire, avec la torture, l'instruction écrite, le secret, les preuves légales et le jugement sur pièces ; 3° système mixte, commençant par l'information inquisitoriale, terminé par le procédé accusatoire, avec l'obligation pour l'accusateur de prouver, le débat oral, les preuves de conscience et la publicité.

Dans la succession de ces trois ordres d'idées, en chacune de ces institutions, on voit la loi de génération qui conduit, par des transitions ménagées, de l'une à l'autre de ces idées ; on voit la loi de propagande qui les communique d'un pays à l'autre, d'une époque à l'époque suivante ; la loi de similitude, qui se révèle chez les nations européennes d'une manière ostensible, si l'on s'en

(1) Voir l'abrégé de mon cours d'*Introduction historique* à l'étude du droit pénal comparé ; 1841, page 215.

tient aux grands délinéaments et qu'on laisse de côté les détails, effacés dans une vue d'ensemble ; enfin la loi du progrès, qui emploie même le mal temporaire pour s'accomplir, et qui laisse toujours en définitive ses résultats. Si le dernier ordre d'idées, dans chacune de ces institutions, ne présente pas encore en Europe une réalisation aussi complète ni aussi généralement étendue que l'on fait, en leur temps, les idées précédentes, c'est que nous en sommes précisément à ce dernier ordre, et que là-dessus le travail est commencé en Europe, mais n'est pas terminé.

59. Après cette vue d'ensemble sur le cours des institutions elles-mêmes, nous pouvons passer plus sûrement à l'indication des sources d'où ont découlé ces institutions et leurs vicissitudes.

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Droit romain : textes du *Corpus juris civilis* qui se réfèrent au droit pénal. — Droit canonique : *Corpus juris canonici*. — Droit barbare : Lois germaniques, Capitulaires, formules. — Droit féodal : *Consuetudines feudorum ;* les Leis et les coustumes de Guillaume le Conquérant ; les Assises de Jérusalem ; plus, les documents du douzième et du treizième siècles ; anciens établissements, coutumes et arrêts de quelques provinces, établissements de saint Louys, coustumes et usages de Biauvoizins par Philippe de Beaumanoir. — Droit coutumier : 1re série, appartenant à l'ère féodale ; 2e série, depuis les réformes de saint Louis jusqu'à la rédaction officielle ordonnée par Charles VII (1453) ; 3e série, après cette rédaction. — Ordonnances royales : influence de ces ordonnances sur la pénalité, sur les juridictions, sur la procédure pénale. — Lois et codes depuis la révolution de 1789 : corps de notre droit pénal actuel.

60. En tête de toutes les sources de notre ancien droit il en faut placer deux, générales, communes à toute l'Europe, auxquelles les autres se sont plus ou moins alimentées, et qui sont dérivées, l'une de l'ancienne Rome, l'autre de la Rome nouvelle : le droit romain et le droit canonique.

Puis, à mesure que l'Europe passe par ces deux régimes successifs d'organisation, le régime barbare et le régime féodal, nous trouvons, l'une après l'autre, deux nouvelles sources, qui, bien que tenant à un système général répandu par toute l'Europe, se localisent et prennent leur spécialité dans chaque Etat : le droit barbare, et après lui le droit féodal.

Dans tout le cours de ces deux périodes, suivant de jour en jour l'esprit qui y règne et les modifications qui s'y produisent, deux autres sources se rencontrent constamment : l'une introduite par l'usage des populations dans chaque localité ; l'autre par l'autorité dans toute l'étendue de son territoire : le droit coutumier et les ordonnances de l'ancienne monarchie jusqu'à la révolution de 1789.

Enfin les lois et les codes survenus depuis cette révolution. Tel

est l'ensemble des monuments sur lesquels s'est fondé, dans son développement historique, le droit pénal français.

§ 1. Droit romain

61. Il s'en faut de beaucoup que les jurisconsultes romains aient traité ce qui concerne le droit pénal avec cette supériorité de raison et cette autorité scientifique que nous rencontrons dans leurs écrits sur les matières de droit privé. Toutefois, la législation romaine a exercé en Europe, sur ce point comme sur les autres, une influence dont nous apercevons la trace dans le droit canonique, même dans les lois barbares et dans le droit féodal, mais qui devient plus marquée dès l'époque où le pouvoir monarchique se fortifie et commence à l'emporter sur la féodalité.

62. Les juridictions et la procédure criminelles, s'étant fondées en Europe avec un caractère nouveau et distinct, se sont séparées du droit romain : mais, pour la pénalité, les textes romains, nommés souvent la loi écrite, ont été reconnus comme droit commun en tout ce qui n'était pas réglé différemment par des statuts spéciaux ou par la coutume. Les jurisconsultes de droit pénal ont montré la même habileté que les jurisconsultes de droit civil à plier aux usages et aux choses de leur temps ces textes faits pour une tout autre société ; ils ont puisé, au besoin, dans les décisions données pour les matières civiles, et ils ont étendu, par *analogie*, ces décisions aux matières criminelles ; enfin, ils ont *continuellement* et *systématiquement* appliqué au droit pénal proprement dit ce que les jurisconsultes romains avaient écrit uniquement de ces sortes d'actions naissant des délits privés, qui prenaient l'épithète de pénales, mais qui n'étaient en réalité que des actions civiles pour la poursuite d'obligations privées. C'est ainsi que s'est assise et constituée, avec le secours fréquent du droit romain interprété suivant les besoins de l'époque, l'ancienne jurisprudence criminelle européenne, et, par conséquent, la nôtre (1).

§ 2. Droit canonique

63. Le droit canonique, dont l'ensemble comprend, quant à l'Eglise catholique, les préceptes du Christ et des apôtres, les

---

(1) Les textes du *Corpus juris civilis romani* plus spécialement relatifs au droit pénal, sont les suivants :

Dans les Instituts, liv. IV, tit. 1, 2, 3, 4, qui traitent des délits privés, et le titre 18, *De publicis judiciis*.

Dans le Digeste, les quatre titres du livre IX, le titre 3 du livre XI et les vingt-trois titres du livre XLVII, sur les délits privés ; spécialement le titre 11, *De extraordinariis criminibus ;* plus les vingt-quatre titres du livre XLVIII consacrés aux délits publics, et notamment le titre 19, *De pœnis*.

Dans le Code, livre III, tit. 35 et 41, et livre VI, tit. 2, sur les délits privés, plus les cinquante et un titre du livre IX, relatifs aux délits publics, et notamment le titre 47, *De pœnis*.

règles posées dans les assemblées communes des premiers fidèles, les canons des conciles et les constitutions pontificales, n'a d'abord été recueilli que par essais particuliers, en des documents partiels et divergents, dont quelques-uns remontent jusqu'au quatrième siècle de l'Eglise.

A l'époque où dans les universités d'Italie et de France, surtout dans celles de Bologne et de Paris, une activité extraordinaire se déploya pour l'étude du droit romain, le droit canon ne tarda pas à prendre sa part de cette activité. Une sorte de recueil méthodique, mis au jour à Bologne, en 1151, par un moine camaldule du nom de Gratien, fut reçu comme texte de l'enseignement.

Sur cette base vinrent s'asseoir cinq autres parties, consacrées par la suite des temps et d'époque en époque aux nouveaux textes qui étaient survenus, et le tout revisé définitivement, approuvé en 1580 par le pape Grégoire XIII et déclaré clos, constitua le corps de droit canonique (*corpus juris canonici*), à l'imitation du corps de droit romain.

Pour compléter l'imitation, on y joignit des *Instituta* ou éléments divisés en quatre livres, qui n'ont pas d'autorité officielle, parce qu'ils ne sont que l'œuvre privée d'un jurisconsulte italien, Lancelot, mais dont l'adjonction a été autorisée, en 1605, par le pape Paul V.

64. Admis dans les universités de la chrétienté sur le même pied que le droit romain, avec lequel il avait d'ailleurs de nombreux points de contact, compris dans les études des légistes, qui se faisaient graduer dans l'un ou l'autre droit (*in utroque jure*), le droit canon est entré comme un élément dans la formation de la société et des législations européennes. Il faut donc le compter au nombre des sources historiques de notre propre droit, sans oublier cependant que nos rois, nos jurisconsultes, nos hommes d'Etat, nos parlements se sont toujours montrés jaloux de conserver intacte la souveraineté séculière du pays, et que, hors ce qui regarde la foi, les textes du droit canon n'avaient d'autorité en France, même pour la discipline ou la police temporelle de l'Eglise, qu'autant qu'ils étaient reçus et confirmés par les lois du royaume (1).

---

(1) Les textes du *Corpus juris canonici* qui se réfèrent plus spécialement au droit pénal sont les suivants :

1. *Dans le décret de Gratien*, seconde partie, Causes 2, 3, 4, 5, 6, où sont agitées de nombreuses questions sur les accusations, et plus indirectement les Causes 22, 24, 26, 32, 35, pour certains délits ;

2. *Dans les Décrétales de Grégoire*, le livre v tout entier, qui traite d'abord des accusations, inquisitions et dénonciations, et ensuite des divers crimes ou délits, selon le droit canon (tit. 1 à 33) ;

3. *Dans le Sexte*, le même livre v, et dans le même ordre (tit. 1 à 11) ;

4. *Dans les Clémentines*, le même livre v, et dans le même ordre (tit. 1 à 10) ;

5. *Dans les Extravagantes*, les titres 8, 9, 10, 12, *De pœnis*, et 13 ;

Influence du droit canonique sur la pénalité, sur les juridictions et sur la procédure pénale.

65. Le droit canonique et les institutions de l'Église figurent comme élément de l'ancien droit pénal, en ce qui touche soit la pénalité, soit les juridictions pénales, soit la procédure pénale.

66. Quant à la pénalité, ils y figurent par leur influence sur l'appréciation de divers cas, de divers degrés de culpabilité, de divers principes relatifs aux peines et sur l'incrimination de nombreux actes : matières sur lesquelles les livres canoniques contiennent des décisions que la législation et la jurisprudence criminelles laïques se sont empressées de suivre en plus d'un point.

L'Église, bien que quelques textes de droit canon indiquent formellement la mort contre certains crimes (1), professait un éloignement absolu pour les peines corporelles, surtout pour la peine de sang (2); mais elle livrait les coupables au bras séculier (3). Cependant, dès les premiers temps de la monarchie et dans les époques postérieures, les monuments nous montrent fréquemment son intervention servant à arracher des coupables au supplice capital et à faire composer les parties ou modérer la peine. Tel a été notamment l'effet du droit d'asile conféré aux églises et à divers établissements pieux par les constitutions des empereurs romains, par diverses lois barbares, par les capitulaires de nos rois et par des actes ou des usages postérieurs.

67. Quant aux juridictions pénales, l'Église et le droit canonique s'y trouvent intimement liés par la constitution des juridictions ecclésiastiques à côté des juridictions séculières, avec une attribution privilégiée à l'égard de certains délits ou à l'égard des clercs et des autres personnes assimilées aux clercs. Les questions de compétence ou de rapports possibles entre ces deux juridictions de nature diverse, jalouses chacune de leur autorité, ont formé dans notre ancien droit pénal une matière difficile et

---

6. *Dans les Extravagantes communes*, toujours le livre v, dans le même ordre (titre 1 à 6) ;

7. *Dans le Septième*, ajouté en 1661, postérieurement à la révision définitive de 1580, le même livre v, dans le même ordre (tit. 1 à 18) ;

8. *Dans les Instituts*, le livre iv tout entier.

(1) Par exemple, *Décretales*, livre v, tit. 7, chap. 1; et tit. 18, chap. 1.

(2) Aussi, les ecclésiastiques se plaignant devant le juge de quelque crime commis contre eux, doivent-ils, d'après les canons, protester formellement : « Quod ad vindictam seu pœnam sanguinis non intendunt. » (*Décrétales*, liv. v, tit. 4, chap. 2, Boniface VIII, an 1298) ; ce que nous retrouvons dans les Assises de Jérusalem en cette formule : « Il n'entent ne il ne viaut que, por lui ne por la clamor que il fait, vous deés procedre à peine de sanc. » (*Abrégé du Livre des Assises de la cour des Bourgeois*, deuxième partie, §§ 38 et 39.)

(3) Par exemple, *Décretales*, liv. v, tit. 7, chap. 9; livre xvii, chap. 4. — *Le Sexte*, livre v, tit. 2, chap. 6, etc.

importante à étudier. L'exemple des officialités ecclésiastiques n'a pas été non plus sans influence dans la transformation de nos anciennes assises temporaires en des offices de judicature fixes et permanents.

68. Enfin, quant à la procédure pénale, c'est du droit canonique qu'est venue de bonne heure et à plusieurs reprises la réprobation des épreuves ou jugements de Dieu; et c'est par ce droit qu'a été imaginée, développée, puis de là introduite dans nos juridictions répressives, la procédure par inquisition.

Que ce soit l'autorité ecclésiastique et l'exemple de ses juridictions qui aient poussé dans cette voie, c'est ce qui est incontestable. L'ancienne coutume de Normandie le dit positivement en parlant des épreuves : « Et pour ce que saincte Église a osté ces choses, nous usons souvent de l'enqueste (1). »

69. Les textes par lesquels les papes ont commencé à réprouver, quoique vainement, les épreuves et le duel, remontent au sixième, au neuvième siècles; dès la fin du douzième et dès les premières années du treizième, cette réprobation canonique, réitérée à différentes fois, parce qu'elle restait généralement inefficace, était constante et avérée de tous (2).

70. L'enquête ou audition de témoins faite séparément et rédigée par écrit, qui devint la procédure usitée à cause de la suppression des épreuves et des gages de bataille, comme le dit le passage que nous venons de citer de l'ancienne coutume de Normandie, est un procédé lettré, par conséquent clérical, à l'époque où clerc et lettré étaient synonymes. C'est également à la fin du douzième et aux premières années du treizième siècle qu'appartiennent les textes canoniques d'où l'on conclut que les dépositions des témoins étaient rédigées par écrit (*et de singulis circumstantiis prudenter inquirens... cuncta plene conscribas*), closes (*cum attestationes ipsæ sint clausæ*), puis, à un moment donné de la procédure, lues

---

(1) « Jadis, quand femmes estoient accusées de crimes et elles n'avoient qui les défendist, elles se expurgeoient par ignise, et les hommes par eaue ou par ignise quand la justice ou femmes les suyvoient de causes criminelles. Et pour ce que saincte Eglise a osté ces choses, nous usons souvent de l'enqueste. » (*Coutume de Normandie*, ch. LXXVI, de suyte de femmes, dans le *Coutumier général* de RICHEBOURG).

(2) En nous en tenant aux textes du *Corpus juris canonici*, nous en trouvons des papes saint Grégoire, mort en 604, et Etienne V, mort en 891 (décret de Gratien, deuxième partie, cause 2, question 5, ch. 7 et 20); puis des papes Célestin III, an 1195; Innocent III, an 1212, et Honorius III, an 1225 (Décrétales, livre V, tit. 35, *De purgatione vulgari*). — Voir aussi la prohibition des tournois par le concile de Latran, an 1179; et les constitutions d'Alexandre III, an 1172, et de Célestin III, an 1195, contre les ecclésiastiques qui offriraient ou accepteraient un duel judiciaire, même par champion, « *Secundum pravam terræ consuetudinem.* » (Décrétales, livre V, tit. 13, *De torneamentis;* et livre XIV, *De clericis pugnantibus in duello*). De pareils combats sont de vrais homicides : « *Tales pugiles homicidæ veri existunt,* » dit cette dernière constitution pontificale du douzième siècle.

publiquement aux parties et à l'auditoire (*solemniter publicatæ*) (1); encore la rédaction de ces textes nous montre-t-elle qu'il s'agit là d'une forme parfaitement établie dans la pratique ecclésiastique, et non pas nouvellement introduite.

71. La dénonciation substituée à l'accusation, l'information secrète préalable, et enfin les poursuites d'office par le juge, trois points qui diffèrent du précédent, quoique venant s'y relier, dont l'un conduit à l'autre, et qui à eux tous constituent la procédure d'inquisition dans son ensemble, doivent aussi leur origine aux usages des juridictions ecclésiastiques. L'époque à laquelle on en trouve le règlement formel dans les lois canoniques est toujours la même : la fin du douzième siècle et le commencement du treizième, avec des indices d'une origine encore plus reculée. Organisées dans les Décrétales par les constitutions d'Innocent III, de 1212, 1213 et 1216, tant comme inquisition particulière contre des faits précis que comme inquisition générale et indéterminée contre tout un diocèse, toute une localité (2), ces pratiques étaient en vigueur dans l'Église, comme mode exceptionnel de procédure, avant même les règlements d'Innocent III. Une constitution du pape Lucius III, de 1181, en contient le germe contre les hérétiques (3). Les dispositions de cette constitution étaient déjà nominativement dirigées contre les *Catharins*, *Paterins*, ou *Pauvres de Lyon*, désignés plus tard sous le titre de *Vaudois* ou *Albigeois*. L'application en fut faite d'une manière spéciale et énergique à ces sectaires, dès les années 1203 et 1204, dans une mission confiée à deux légats par le pape lui-même, Innocent III, pour l'extirpation de cette hérésie. La résistance du Languedoc amena ces croisades fanatiques d'une nouvelle espèce prêchées et formées dans toute la France, ces luttes acharnées, ces massacres de populations au nom du Christ (1208, 1209 et suiv.), événements d'où sortirent, au bout de quelque temps, deux résultats considérables dans l'histoire : pour la France, l'adjonction à la couronne du comté de Toulouse et du pays albigeois (traité de 1226, traité de Meaux de 1229; la réunion de toute la province du Languedoc, consommée en 1271); et pour

(1) Décrétales, livre II, tit. 20, *De testibus et attestationibus*, ch. 25, Urbain III, an 1186; — chap. 35 et 37, Innocent III, ans 1208 et 1210, d'où sont tirées les expressions par nous citées; — chap. 31, Innocent III, an 1208, qui est précisément la constitution à laquelle renvoient les Établissements; — et plusieurs autres du même pape.

(2) Décrétales, livre V, tit. 1, *De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus*, chap. 16 et suiv., chap. 25.

(3) Décrétales, livre V, tit. 7, *De hæreticis*, chap. 9. — Il y est enjoint à chaque archevêque ou évêque de parcourir son diocèse deux fois ou au moins une fois chaque année, par lui-même ou par son vicaire, ou par d'autres personnes compétentes et honnêtes, lorsque la renommée y signale des hérétiques, et d'informer pour reconnaître les coupables, qui doivent être punis des peines ecclésiastiques et livrés au bras séculier pour l'application des peines laïques.

la chrétienté, la constitution par l'Église d'un tribunal spécial d'inquisition, érigé en institution permanente contre les crimes d'hérésie ou autres semblables, et installé par la suite des années dans ceux des États chrétiens qui souffrirent une pareille institution.

72. Ainsi, c'est dans la Gaule Narbonnaise, au milieu d'événements auxquels la France a pris une part active, que la procédure inquisitoriale ecclésiastique a été pratiquée sur une large échelle dès les deux premières années du treizième siècle, et que le tribunal spécial d'inquisition contre l'hérésie a eu son origine. La France, cependant, où le peuple et tous les pouvoirs ont toujours été jaloux de conserver intacte la puissance temporelle du royaume, ne pouvait pas être soumise à ce tribunal; toutes les tentatives faites dans ce but ont échoué. Les provinces méridionales elles-mêmes, où il avait été installé durant la lutte, se sont soulevées contre lui et ont fini par en être délivrées. Avignon et le Comtat Venaissin, devenus possession du saint-siége, l'avaient seuls conservé.

73. Mais, si le tribunal spécial d'inquisition n'a pu s'établir en France, il n'en a pas été de même des formes de procédure inquisitoriale, dont le système avait été réglé par les constitutions d'Innocent III, et qui étaient pratiquées par les juridictions ecclésiastiques ordinaires. Nous aurons à voir comment ces formes ont passé, en se développant, des juridictions ecclésiastiques aux juridictions séculières.

Elles n'étaient introduites, du reste, dans l'origine, par le droit canonique, nous l'avons déjà dit (n° 57), que comme une procédure extraordinaire, pour des cas exceptionnels, avec ce tempérament qu'elles ne devaient pas entraîner toute la sévérité de la peine contre celui qui n'avait été condamné que par suite d'une telle procédure.

§ 3. Droit barbare

74. A côté des deux sources qui viennent d'être indiquées, le droit romain et le droit canonique, il en faut placer une troisième, la législation des Barbares, ou, pour mieux dire, des anciens Germains.

75. De même que l'invasion barbare a apporté dans le monde romain une population nouvelle, rudement vigoureuse et originale, dont l'installation et le mélange avec les vaincus ont produit les nations modernes de l'Europe, de même cette invasion a apporté dans la législation un élément grossier, mais tout nouveau et fortement caractérisé, qui s'est allié graduellement avec le droit romain et le droit canonique, et qui a fini par produire le nouveau droit européen.

Il y a eu toutefois, entre ces trois sources, cette différence majeure de composition et de destinée : 1° que le droit barbare,

divisé en diverses lois, empreintes sans doute d'un esprit commun, mais séparées dans leur existence et dans leurs détails, ne s'est jamais présenté avec ce caractère d'unité compacte et puissante que le droit romain et le droit canonique offrent tous les deux; 2° qu'il a fourni, dans la vie législative des nations modernes de l'Europe, l'élément destiné à être travaillé, absorbé et décidément transformé, tandis que le droit romain et le droit canonique se sont pendant longtemps de plus en plus dégagés et élevés.

76. L'époque que l'on peut signaler dans notre histoire comme celle de la législation barbare s'étend depuis le cinquième siècle jusqu'au dixième. Elle comprend les diverses lois des Francs Saliens, des Bourguignons, des Francs Ripuaires, des Allemands, des Bavarois, des Lombards, des Visigoths, des Thuringiens, des Frisons, des Saxons, et des Anglo-Saxons, ainsi que les Capitulaires de nos rois de la première et de la seconde races. Nous n'y trouvons pas l'élément barbare dans toute sa pureté. Au contraire, plus on avance, plus on voit cet élément modifié par l'influence du droit romain, législation conservée aux vaincus et au clergé, et par celle des institutions canoniques, plus on voit sa transformation qui se prépare (1).

77. C'est dans le texte même de ces lois barbares et de ces capitulaires qu'il faut étudier tout ce qui concerne : la guerre de famille (*faida*), héritage de vengeance qui se transmet par succession avec la terre et la cuirasse; les compositions ou le rachat de la vengeance, qui en dérivent, décomposées en deux parts, l'une pour la famille offensée (*weregeldum*, de *Wehr*, défense, et *Geld*, argent monnayé), et l'autre pour le fisc (*fredum*, de *Friede*, paix); les peines, atroces dès qu'elles apparaissent, comprenant toutes sortes de supplices de mort, de mutilations, d'aveuglement, de talion, d'esclavage, de décalvation, de mise hors la loi, de confiscation, mêlées souvent à des pénitences canoniques, et quelquefois à des dispositions ridicules (2) : — le système des juridictions par convocations temporaires et périodiques (*mallum*, *placitum*), avec le concours de certains d'entre

---

(1) Il existe divers recueils des lois barbares. Nous nous contenterons de signaler ceux de Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*. Venet., 1781-1792, 5 vol. — Walter, *Corpus juris germanici antiqui*. Berlin, 1824, 3 vol. grand in-8°. — En y joignant la remarquable édition de la *Loi salique, ou Recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de* Lex emendata, *avec des notes et des dissertations*, par M. Pardessus. Paris, 1843, in-4°.

Quant aux Capitulaires, on peut en voir l'édition donnée par P. de Chiniac, d'après Baluze. Paris, 1677, 2 vol. in-fol.; et celle de Walter, dans la collection citée ci-dessus.

(2) Comme dans la loi des Bourguignons : pour le vol d'un épervier, se faire manger par cet épervier six onces de chair posées sur le sein (*super testones*); et pour le vol d'un chien de chasse, baiser ce chien, devant tout le peuple, sous la queue. (*Additamentum* I, tit. 11 et 10.)

le peuple, sous la présidence d'un officier civil et militaire, délégué du roi ou du *princeps ;* — la procédure publique, par accusation, mais avec l'obligation, sur un simple soupçon, de se purger, avec l'emploi des *conjuratores,* des ordalies et quelquefois de la torture; en un mot, tous les éléments que la législation barbare a apportés dans la pénalité, dans les juridictions et dans la procédure pénale.

78. Toutes ces lois ne sont pas identiques dans leurs dispositions, mais elles ont un même caractère général. On y voit la guerre de famille plus ou moins en vigueur, ou déjà plus ou moins restreinte par les efforts de l'Église ou du prince; les compositions, quoique avec des détails et des chiffres différents, se trouvent partout; la coopération du peuple aux jugements, déjà dans plusieurs lois, n'apparaît plus d'une manière claire : il faut la rechercher dans des documents antérieurs ou différents; le nombre des *conjuratores* et le genre des épreuves varient d'une nation à l'autre, mais dans toutes ces deux institutions existent; enfin l'intervention de l'Église s'y manifeste dans plusieurs points, soit en certaines épreuves que les textes nous montrent accomplies avec le concours et les prières du prêtre, soit dans les trêves imposées aux guerres privées, soit dans les asiles, soit dans quelques premiers indices de juridiction ecclésiastique.

79. Toutes ces lois barbares ayant un caractère commun s'étudient et se comprennent mieux l'une par l'autre; toutefois, celles qui doivent le plus attirer notre attention à nous sont : les trois lois des Francs Saliens, des Bourguignons et des Francs Ripuaires, comme plus intimement liées à nos origines nationales; la loi des Anglo-Saxons, pour l'organisation des juridictions, et celle des Visigoths, pour la participation que le clergé a prise à sa rédaction et pour son influence dans la partie méridionale de notre territoire.

80. Les Capitulaires, dont la majeure partie appartient à Charlemagne, traitent le plus souvent de matières ecclésiastiques ou des intérêts politiques du moment : cependant la pénalité y est mêlée partout.

81. A la suite des Capitulaires se trouvent réunies par les éditeurs diverses collections de formules contemporaines, dont plusieurs offrent un grand intérêt pour l'histoire du droit pénal à cette époque; on y voit, mises en action, diverses pratiques de ce droit, dans des chartes ou modèles relatifs à des cas de composition, de purgation par *conjuratores* ou par la croix, d'accusation, de citation, de jugement; on y reconnaît des traces visibles de la manière dont les juridictions étaient composées, de l'importance attachée à l'aveu de l'accusé, de l'intervention des prêtres pour faire composer les parties ou pour accomplir le rituel des ordalies (1).

(1) Il n'y a dans les lois barbares et dans les Capitulaires aucune indication à

§ 4. Droit féodal

82. Le droit féodal a été une première et remarquable transformation du droit barbare. Le seul contrat que voici : donation d'un immeuble, sous la réserve d'un droit de domaine supérieur et honorifique; avec obligations mutuelles de loyauté et de protection d'une part, de foi et d'assistance de l'autre (1), entre le donateur et le donataire, y compris leurs successeurs respectifs, ce seul contrat, dans lequel se résume en dernière analyse la constitution d'un fief (*feudum*, de *fides*, foi, fidélité) (2), et qui paraît peu de chose en soi si on l'examine superficiellement, a pourtant changé la face de l'Europe. Il a modifié profondément l'ordre politique, la société, la famille, la propriété, avec tout le droit qui les régit, et les institutions pénales s'en sont ressenties considérablement. Comment d'aussi graves conséquences ont-elles été produites par un tel contrat, qui n'était après tout que le développement d'une coutume personnelle depuis longtemps pratiquée chez les Germains? Comment, à la suite de l'occupation définitive et de la distribution d'un sol

---

faire de titres ou chapitres qui traiteraient plus spécialement des délits et de leurs conséquences, parce que cette matière y est répandue partout; sauf toutefois la loi des Visigoths, qui présente un ordre plus méthodique, et dans laquelle les livres VI et VII sont consacrés exclusivement aux matières criminelles. Quant aux *Formules*, voici celles que je signale, d'après l'édition de Baluze, comme intéressant le plus le droit pénal :

Formules de Marculfe : liv. II, nos 16, 18 et 29. — Appendix, nos 18, 29, 33, 34 et 51.

Formules de Sirmond : nos 16, 29, 30, 31, 32 et 33.

Formules de Bignon : nos 7, 8, 12 et 26.

Formules de Lindenbrog : nos 81, 82, 117 à 126 et 160.

Formules des exorcismes et excommunications, sorte de rituel ecclésiastique pour les diverses ordalies et pour quelques autres cas.

D'autres collections moins importantes de formules inédites ont été publiées de nos jours; M. Eugène de Rozière, digne petit-fils de M. Pardessus, après en avoir publié lui-même d'après des manuscrits de Saint-Gall (1853), de Munich et de Copenhague (1858-59), a donné une édition d'un *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, en trois volumes, de 1859 à 1871.

(1) L'engagement de foi et loyauté était réciproque dans le contrat de fief : « Doit l'homme joindre ses deux mains en nom d'humilité, et mettre ès deux mains de son seigneur en signe que tout luy vouë et promet foy. Et le seigneur ainsi le reçoit, et aussi luy promet à garder foy et loyauté. » (*Somme rural* de Bouteiller, liv. I, tit. 82, § 2, p. 478.) — « Tout autant que li hons (l'homme) doit à son seigneur de foi et de loiaté par le reson de son homage, tout autant li sires en doit à son home, » dit Beaumanoir, bien antérieur à Bouteiller, (Ch. 61, § 28, t. II, p. 385.)

(2) « De la dérivation et ethymologie du mot barbare latin *feudum*, je laisse disputer les docteurs fendistes; mais le mot *fief*, qui est ancien originaire françois, n'en procède : Il se trouve en tous les vieux livres escrit *fié*, sans *f* :.... les anciens François ont usé de ce mot fié, fier et fiance, pour fidel ou feal, et fidélité ou féauté. » (Annotations de Charondas le Caron sur le titre précité de Bouteiller, p. 481.)

conquis, est-il sorti de cette coutume personnelle une institution territoriale permanente, et finalement un régime particulier, le régime féodal? Il serait trop long, et il n'entre pas dans notre sujet de le dire ici.

83. Qu'on remarque dans ce contrat ce qui est relatif à la transmission de biens et ce qui est relatif aux engagements personnels : deux parties distinctes, quoique essentiellement unies, empreintes d'originalités toutes deux. Par l'une la constitution de la propriété, par l'autre l'organisation des personnes ont été renouvelées.

84. La propriété s'est décomposée en deux parts : le *domaine utile* concédé au bénéficiaire, et le *domaine direct* réservé au donateur; décomposition nouvelle, dans laquelle les jurisconsultes ont bien pu chercher des analogies avec la division de droit romain, en usufruit et en nue propriété, mais qui s'en distingue profondément. Par suite de leur origine, l'un de ces domaines, le domaine utile, s'est trouvé exister à titre de bienfait reçu et de subordination; l'autre, le domaine direct, à titre de bienfait accordé et de supériorité; cette idée d'infériorité et de supériorité a été étendue même à l'immeuble concédé, par opposition au bien dont il avait été détaché et qui était resté dans les mains du donateur : de telle sorte que non-seulement les droits de domaine, mais les immeubles eux-mêmes, terres, châteaux et maisons, se sont subordonnés les uns aux autres.

85. Il en a été de même des personnes. Le donateur de fief prenant pour lui et pour ses successeurs le nom de *seigneur*, et le bénéficiaire pour lui et pour ses successeurs le nom de *vassal*, les personnes engagées dans le contrat féodal se sont divisées en seigneurs et en vassaux. La promesse réciproque de foi et de loyauté était une promesse de foi et de loyauté dans la protection de la part du seigneur, de foi et de loyauté dans l'assistance de la part du vassal (1). Celui-ci se déclarait l'*homme* de son seigneur, d'où est venu à cette déclaration le nom d'*hommage* (2); il se

(1) Beaumanoir explique parfaitement cette différence, ch. 61, § 31, t. II, p. 386.

(2) « Le mot d'hommage, appelé *hominium* par Helmodius, Radevicus et autres anciens, tesmoigne ceste antiquité : d'autant qu'il est entendu par l'hommage que le vassal devient homme, c'est-à-dire sujet. » (*Somme rural* de Bouteiller, liv. I, tit. 82, Annotations de Charondas le Caron, p. 481.)

« Sire, je viens à vostre hommage et en votre foy, et deviens vostre homme » de bouche et de mains, et vous jure et promets foy et loyauté envers tous » et contre tous, et de garder vostre droict à mon pouvoir, et faire bonne justice » à vostre semonce ou à la semonce de vostre Baillifs à mon sens : et celer le » secret de vostre cœur. » Et ce faict, le seigneur le doit recevoir et respondre en telle manière : « Et ainsi je vous recoy comme mon homme de fief, sauf » mon droict et l'autruy. » (*Ib.*, liv. I, tit. 82, § 2, *La manière de faire hommage*, p. 473.)

« Aussi, dit Charondas le Caron dans ses Annotations (p. 481), le fief se peut bien définir, selon le droict François : L'héritage tenu d'un seigneur, à la charge et condition de la foy et hommage. »

trouvait engagé, lui et ses successeurs, dans un lien de services personnels d'une durée indéfinie. De telle sorte que la chaîne et la subordination féodales ont embrassé à la fois les immeubles, les droits de domaine et les personnes de génération en génération.

86. Le réseau s'est étendu encore à mesure que le vassal a lui-même concédé en fief une partie de l'immeuble qu'il avait reçu, prenant à son tour le rôle de seigneur envers son vassal; qu'il y a eu ainsi des fiefs, et des arrière-fiefs tenus par seconde, par tierce, par quarte main, et que le premier concessionnaire ou seigneur suzerain a compté sous lui des vassaux, des vavassaux et ainsi de suite, en descendant la filière des inféodations successives.

87. On a donné en fief non-seulement des immeubles, mais des droits immobiliers de toute sorte, rentes, dîmes, péages, ou redevances quelconques : d'où, suivant les expressions de Bouteiller, des fiefs *incorporels et non tangibles* (1). Parmi ceux-ci on peut noter celui qui se nommait *fief en l'air*, lorsque le seigneur, ayant inféodé tout son domaine sans en retenir aucune partie, ne se trouvait plus avoir que son droit abstrait de seigneurie féodale.

Même des droits qui, suivant leur nature, ne devraient appartenir qu'à la puissance publique, des offices, certains tributs, le produit des amendes, des confiscations, jusqu'à l'autorité de commandement et de juridiction sur un territoire, étant tombés dans la propriété privée du régime féodal, ont pu être concédés en fief, morcelés de mille manières, et éparpillés dans des mains diverses.

88. De tels contrats formaient entre les divers suzerains et vassaux, entre ceux-ci et les vavassaux, des groupes d'associations, d'assurances mutuelles d'inférieur à supérieur, de confédérations militaires dignes de remarque. Cette foi, cette loyauté, le premier devoir de l'un envers l'autre, cette cérémonie dans laquelle le vassal, à genoux, nu-tête, sans manteau, ceinture, épée ni éperons, posant ses deux mains jointes dans les mains du seigneur, se vouait à lui comme son homme de bouche et de mains, c'est-à-dire de loyal conseil et de bon service; ce seigneur qui le recevait, et en signe de confiement réciproque, au nom de la foi et de la loyauté mutuellement promise, le baisait en la bouche : tout cela ne laissait pas que d'avoir son côté touchant et digne (2).

A la semonce du seigneur, le vassal devait arriver au conseil pour y délibérer, aux plaids pour y juger; et lorsqu'il s'agissait de l'host, il devait arriver à la chevauchée, en armes et en che-

(1) « Si comme aucunes fois on vend sur son fief aucune rente ou pension annuelle, et ce appelle on fief incorporel et non tangible. » (*Somme rural*, liv. I, tit. 82, § 4, p. 479.)

(2) « Et en ce confiement, en nom de foy et de vray seigneur, doit le seigneur baiser l'homme en la bouche. » (*Somme rural*, liv. I, tit. 82, § 2, p. 478.) — On peut voir dans Beaumanoir l'idée qu'on se faisait en ces temps de la foi et loyauté : « Foi et loiaté est de si france nature, qu'ele doit estre gardée, et espécialement à celi à qui ele est pramise. » (Ch. 61, § 29, t. II, p. 385.)

vaux (1) : d'où, à chaque vassal, pour le moins, le titre de chevalier. La société était divisée et subdivisée en une multitude de confédérations : mais c'était la confédération des nobles.

89. Quant aux immeubles qui n'avaient pas fait l'objet, quant aux personnes qui n'avaient pas été parties d'un contrat de fief, quel était leur sort? Ces immeubles libres de tout droit de domaine direct, les alleux; ces personnes étrangères aux engagements du contrat féodal, les vilains, manants, roturiers (*ruptuarii*) ou serfs attachés à la glèbe, étaient en dehors de la confédération. Mais le régime féodal ne les avait pas moins atteints.

90. En effet, un des résultats caractéristiques de ce régime, considéré non pas dans le simple contrat de fief, mais dans son ensemble, fut l'appropriation patrimoniale de la puissance publique au profit de certaines personnes, sur une certaine étendue de territoire et sur les habitants, avec application du système des inféodations aux différents droits contenus dans cette puissance.

Les ducs, comtes, vicomtes et autres officiers délégués par les rois de la première et de la seconde races pour exercer la puissance publique, ou ceux à qui l'immunité en avait été accordée dans un certain espace de territoire, avaient fait de cette puissance une sorte de propriété, dont l'objet était purement immatériel, soit qu'ils reconnussent la tenir en fief de la royauté, soit qu'ils prétendissent l'avoir en propre et comme un droit direct de souveraineté.

Cette prétention de puissance et de souveraineté directe, rattachée par quelques-uns aux origines diverses d'occupation, d'établissement ou de partage des États, par d'autres à une indépendance conquise au milieu des vicissitudes qui frappèrent la race des Mérovingiens et celle des Carlovingiens, se trouva une réalité lorsque ce fut un de ces seigneurs, Hugues Capet, qui fut décoré par les autres, en 987, du titre de roi, et qui commença la dynastie des Capétiens. A l'exception de ses propres vassaux ou vavassaux, les autres seigneurs ne tenaient véritablement rien en fief de Hugues Capet : il fallut plus d'un siècle pour que les descendants de ce comte parussent substitués, par le bénéfice de la couronne qu'ils avaient reçue, au lieu et place

(1) « Item quiconque tient fief, soit fief à pur ou moyen, ou arrière-fief, sçachez qu'il est tenu de servir son seigneur toutes fois que semons en est par son seigneur en deux choses, c'est à sçavoir en ses plais pour justice faire et tenir..... Item si le Seigneur ou Prince a mestier de son homme pour son honneur garder, pour son corps et pour sa terre défendre : sçachez que mander peut son homme de fief, qui est tenu de venir en armes et en chevaux, selon que le fief le doit, et en ce le seigneur servir par le terme de quinze jours. » (*Somme rural*, tit. 83, §§ 4 et 5, p. 485 et 486.) — Cette double obligation de servir le seigneur au plaid et à l'host (*in curte et in campo*) est exprimée dans la formule même de l'hommage; ces paroles : « Votre homme de bouche et de mains, » la contiennent d'une manière naïve et énergique. Dans le service de la Cour féodale est compris celui de conseil et celui de justice.

de la race précédente, dans un titre général et imaginaire de concessions féodales primordiales; et que, contrairement aux faits, les fictions du droit et les légistes y aidant, il fût admis en axiome que le roi était le souverain fieffeux de tout le royaume, et que tous droits de puissance ou de juridiction étaient tenus de lui en fief ou en arrière-fief (1).

91. Ces droits de puissance et de juridiction tombés ainsi dans le patrimoine immatériel de certains seigneurs, et pouvant devenir à leur tour l'objet de concessions féodales, étaient donnés en fief par celui qui en était investi, tantôt comme annexe d'une inféodation domaniale, tantôt même séparément comme chose incorporelle; divisés soit quant à l'étendue et à la nature des droits concédés, soit quant au territoire, soit quant aux hommes qui y seraient soumis. De telle sorte qu'on voyait des fiefs domaniaux pourvus de ces droits, lorsque ces droits y avaient été joints par l'acte de concession; d'autres qui n'en étaient pas pourvus; et qu'à considérer la nature diverse de ces deux objets d'inféodation, il était vrai de dire : « Autre chose est le fief, autre chose est la justice (2), » en entendant ici par fief celui qui consistait en domaines fonciers. Le seigneur investi de droits de puissance et de juridiction se nommait seigneur justicier; on voit comment, parmi les seigneurs féodaux, les uns étaient justiciers et les autres ne l'étaient point.

92. C'était à cette puissance justicière, devenue seigneuriale et contenue dans les limites, non pas d'un domaine foncier, mais d'un territoire, qu'étaient soumis, indépendamment de tout contrat de fief, les biens et les personnes restés en dehors de ce contrat (3). Ces personnes n'étaient pas des vassaux, mais des sujets; la confédération féodale et militaire n'était pas faite avec eux; les promesses réciproques de foi et de loyauté ne les regardaient pas; libres, ils étaient des *hommes de poote*, c'est-à-dire soumis à la puissance; serfs, la glèbe les retenait. Le seigneur investi de la puissance ou seigneur justicier avait sur eux, indépendamment de tout droit de domaine, des droits de police, de commandement, de charges, de tribut, de juridiction, suivant la part qui lui avait été attribuée dans ces droits.

---

(1) « Toute laie juridictions du roiaume est tenue du Roi en fief ou en arrière-fief. » (Beaumanoir, ch. 11, § 12, t. I, p. 163.) Voy. ci-dessus, p. 21, note 1.

(2) Cette règle était formulée dans plusieurs coutumes. (V. le *Grand Coustumier de France*, p. 531.) — Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, la donne en ces termes : « Fief, ressort et justice n'ont rien de commun ensemble. » (Liv. II, tit. 2, règle 44.) — Il faut lire tout ce qu'a écrit là-dessus notre regrettable Championnière dans son bel ouvrage : *De la propriété des eaux courantes*.

(3) « Franc aleu est un heritage tellement franc qu'il ne doit point de fonds de terre, ne d'iceluy n'est aucun Seigneur foncier..... mais quant est à Justice, il est bien subject à la Justice ou jurisdiction d'aucun. » (Le *Grand Coustumier de Charles VI*, liv. II, ch. 33 *in fine*, p. 222.)

93. Les alleux, devenus de plus en plus rares, formaient la faible part, une part finalement presque imperceptible dans les immeubles de la France: mais les hommes de poote étaient la majeure partie de la population.

94. On imagina pour eux des espèces de concessions féodales à charge, non pas de services mobiliers comme ceux de plaids et de la chevauchée, mais de services subalternes et souvent humiliants, de payement de dîmes, de redevances ou de cens : de telle sorte que le fief, pour s'étendre, se faisait roturier; à côté des vassaux gentilshommes et chevaliers, les véritables vassaux du véritable contrat féodal, il y eut des vassaux manants, vilains et roturiers.

95. Les communes ne furent autre chose que des sortes de confédérations bourgeoises, formées au milieu des confédérations nobilières et enchâssées dans ce système, avec affranchissement plus ou moins large de la puissance féodale et de la puissance justicière des seigneurs.

96. Tel fut, dans son ensemble, l'aspect que prirent, sous l'empire de ce qu'on nomme le régime féodal, la constitution des personnes et celle de la propriété.

97. C'est dans le dixième, dans le onzième siècle que le régime féodal se montre déjà formé; dans le douzième et dans le treizième, il apparaît en toute sa vigueur; dans le quatorzième et dans ceux qui le suivent, il commence à être attaqué sur plusieurs points et à décliner.

98. Les diverses règles relatives à la constitution du fief, aux droits et aux obligations qui en découlent pour chaque partie, aux successions, aux aliénations, aux causes de déchéance, en un mot à tous les rapports du seigneur au vassal, se formèrent graduellement, par la pratique, en une sorte de droit à part. Vers le milieu du douzième siècle, ces matières furent comprises dans le grand mouvement d'excitation qui se produisit en Italie et de là dans les autres pays pour les études juridiques. Tandis que les uns portaient leurs travaux sur le droit romain, et d'autres sur le droit canonique, plusieurs les portèrent sur le droit féodal. Pour ce dernier droit, de même que pour le premier et pour le second, un texte parut, livré bientôt à l'enseignement des universités et aux gloses des commentateurs. Ce fut une compilation méthodique de peu d'étendue, offrant le résumé de la jurisprudence féodale en Lombardie. Cette compilation suivit de très-près (1158 à 1168) celle que Gratien avait donnée pour le droit canon; quelques constitutions des empereurs d'Allemagne vinrent s'y joindre, et elle fut insérée, dans le treizième siècle, sous le titre de *Consuetudines feudorum*, à la suite du Corps de droit romain, où on la trouve encore avec les additions et les modifications qu'elles a reçues depuis. De telle sorte que sur ce premier élément, le droit romain, venaient se modeler et se grouper ces deux autres, le droit canonique, le droit féodal, triple source du nou-

veau droit européen : tandis que le droit barbare s'effaçait comme un germe transitoire destiné à disparaître en se transformant.

99. Mais ce livre sur les coutumes des fiefs, consacré spécialement au contrat et à ses effets, ne suffit pas pour donner une idée de l'influence exercée par le régime féodal sur tout l'ensemble de la législation, et en particulier sur le droit pénal. Il faut donc compléter ce monument par d'autres monuments de la même époque. Deux conquêtes mémorables, celle de l'Angleterre par Guillaume le Bâtard avec ses Normands (1066), et celle de Jérusalem par Godefroi de Bouillon avec les croisés (1099), nous fournissent ces monuments. L'une nous offre les lois de Guillaume le Conquérant, *les Leis et les Custumes*, rédigées en français-normand, avec une traduction latine, et suivies de quelques autres chartes (1066 à 1087) ; l'autre nous donne les *Assises de Jérusalem*, tant celles de la haute Cour que celles de la Cour des Bourgeois, rédigées aussi en français du temps (1). Dans ces textes, qui sont comme les codes de chacune de ces conquêtes, nous croyons pouvoir signaler les deux vestiges les plus précieux à joindre aux *Consuetudines feudorum* pour l'étude du droit en usage dans la société féodale. En effet, chacun des deux conquérants, avec l'armée de chevaliers, de seigneurs et de vassaux qui les ont suivis, a importé tout formé dans le pays conquis le régime féodal et ses coutumes, que les nécessités attachées à l'improvisation d'un royaume subitement créé ont fait rédiger par écrit. Toutefois, il y a eu entre le régime féodal ainsi installé en Angleterre ou dans la terre sainte et celui en vigueur sur le continent européen cette différence capitale : que dans l'un et dans l'autre de ces nouveaux royaumes la suprématie du chef conquérant a été généralement reconnue, et que les textes législatifs que nous venons de citer nous montrent en saillie, dès cette époque, l'autorité royale, tandis que cette autorité était alors morcelée et presque annihilée sur le continent (2).

100. Enfin nous rattachons encore à l'étude du droit féodal les chartes, établissements, ou vieilles coutumes, les sommaires d'anciennes Assises ou décisions judiciaires qui appartiennent au dixième, au onzième, au douzième et au treizième siècles, tels

---

(1) Les lois de Guillaume le Conquérant se trouvent dans les recueils des lois barbares de Canciani (t. IV, p. 349), de Walter; et il faut voir les Assises de Jérusalem, tant celles de la haute Cour que celles de la Cour des Bourgeois, dans la belle et savante édition qu'en a donnée M. Beugnot en 1842, 2 v. in-fol.

(2) Ainsi nous voyons Guillaume le Conquérant se faire prêter à lui-même, à Salisbury, en 1085, le serment de fidélité, non-seulement par les seigneurs ses vassaux, mais encore par ses arrière-vassaux, de manière à tout rattacher à lui. De même dans les *Assises de Jérusalem* tout nous montre que le roi « est chef seignor dou païs, » comme le dit formellement l'*Abrégé du Livre des Assises de la Cour des Bourgeois*, première partie, ch. 2, 3 et 7. (Voir notre *Histoire du droit constitutionnel en Europe*, constitutions du moyen âge, p. 372.)

que ceux de Normandie, dont il existe plusieurs textes (1), de Picardie, de Bourgogne, de Barcelone; et même ces documents remarquables qui ont surgi en France dans la dernière moitié du treizième siècle, à partir du règne de saint Louis : le *Conseil de Pierre de Fontaines* (vers 1253), les *Établissements de saint Lovys* (1270), et les *Coustumes et usages de Biauvoizins* par Philippe de Beaumanoir (1283) (2). Bien que dans ces derniers documents on aperçoive déjà l'introduction plus marquée du droit romain et un commencement de progrès sensible pour l'autorité royale, cependant ce ne sont là que les premières atteintes portées à l'organisation et à la société féodales; mais cette société existe encore, et c'est encore le tableau de ces usages que nous rencontrons dans ces écrits (3).

---

(1) Le *Coutumier général* de Richebourg contient quelques-unes de ces anciennes coutumes, telles que celles d'Orchies, de Normandie, de Toulouse, de Bragerac. M. Marmier a donné, en 1839, une édition des établissements et coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie (1207 à 1245), 1 vol. in-8°; et, en 1840, une édition de l'*Ancien Coutumier inédit de Picardie* (1300 à 1323), 1 vol. in-8°. Enfin M. Ch. Giraud a publié, en 1846, dans son *Essai sur l'Histoire du droit français au moyen âge*, t. II, une collection intéressante de plusieurs anciennes coutumes ou statuts locaux qui se réfèrent aux quatre siècles de l'ère féodale.

(2) M. Beugnot a donné en 1842, une excellente édition des *Coutumes de Beauvoisis* (2 vol. in-8°); M. Marmier en a fait autant, en 1846, pour le Conseil de Pierre de Fontaines (1 vol. in-8°); en attendant que le même service soit rendu à la science pour les Établissements de saint Louis, on peut lire ces Établissements à la suite de l'Histoire de saint Louis par Joinville, édition de Du Cange.

(3) Les parties en relation plus spéciale avec le droit pénal, dans les monuments du droit féodal indiqués ci-dessus, sont les suivantes :

1. *Dans les Consuetudines feudorum :* le livre II, tit. 27 et 53, et le livre V, tit. 10, sur la paix à garder et sur ceux qui la violent. Plus le livre I, tit. 17 et 21; le livre II, tit. 23, 31, 37 et 98, sur la perte de fiefs.

2. *Dans les Leis et les Costumes* de Guillaume le Conquérant; sur cinquante paragraphes dont se compose ce monument, il y en a vingt-trois, principalement les premiers, qui ont trait au droit pénal. Il faut y joindre plusieurs dispositions des chartes suivantes, du même prince, et surtout de celle de son fils et successeur, Henri Ier.

3. *Dans les Assises de Jérusalem : Haute Cour :* Jean d'Ibelin, tout le second livre; — Geoffroi le Tort, principalement les §§ 22, 25 à 27; — Jacques d'Ibelin, les §§ 15, 16, 19, 22 et 23; — Philippe de Navarre, les §§ 12 à 16, et 60; — La clef des assises de la haute Cour, les §§ 105, 106, 109 à 121, 127 à 140, 264.

Cour des Bourgeois : Le livre des Assises, chap. 4, 7, 134, 135, 149, 244 à 259, 262, 277, 299 à 303; — l'Abrégé du livre des Assises, 1re partie, §§ 2, 3, 7 et 8; 2e partie, §§ 20 à 22, 25, 26, 38 à 40.

4. *Dans les vieux Établissements, Coutumes et Arrêts de Normandie*, un certain nombre de paragraphes fort intéressants, mais qui offrent trop peu de suite pour que nous les indiquions ici.

Quant aux monuments postérieurs, qui se réfèrent à l'époque où la féodalité est déjà attaquée, et qui néanmoins en portent encore la trace :

Le *Conseil de* Pierre de Fontaines, où se trouve mêlé un emploi fréquent du droit romain, contient peu de chose sur le droit pénal.

Les *Établissements de saint Lovys*, où les textes du droit canonique, et

Influence du droit féodal sur la pénalité, sur les juridictions et sur la procédure pénales.

101. Le principal effet du régime féodal en matière de pénalité a été de transformer le droit de vengeance privée ou publique en un droit de vengeance du seigneur. C'est le seigneur justicier qui est offensé par le crime : peu importe de composer, de se pacifier avec les parents ou les amis de la victime, c'est de ce seigneur qu'il faut avoir trêve ou paix; et lorsqu'il vous l'a donnée, tous, sur son territoire, doivent la respecter (1). Témoin cette *paix le duc*, dont parlent les vieilles coutumes de Normandie, que le délinquant, s'il l'a obtenue, doit porter un an et un jour pendue à son cou publiquement, ou autour de lui secrètement s'il est de noble lignage. Néanmoins, dans les cas les plus graves, le duc ne doit jamais accorder sa paix ni en prendre deniers, et dans d'autres il ne le peut que si la réconciliation privée a eu lieu (2). Le principe des compositions s'en est allé; mais on sent qu'il en reste encore les derniers souvenirs. Les guerres privées sont encore en usage, et elles servent d'excuse aux actes de violence entre gentilshommes : mais elles sont interdites entre gens de poote et bourgeois.

Une multitude de crimes et de délits sont prévus dans les textes de l'époque féodale : murdres et homicides, rapt ou forcement de femmes, arson de maison, bature de bourgeois, qui sont les cas les plus fréquents pour les chevaliers, mescréance, sorcerie (sorcellerie), fausse monnoie, larrecins ou roberies, injures ou vilonies, et tant d'autres encore (3). De même pour les peines : pendaison et autres manières de supplice capital, amputation de mains ou de quelque partie du corps, fustigation, cheveux rasés, maison renversée ou brûlée, forbannissement, voyage en terre sainte ou à Rome, ou à Saint-Jacques en Galisse ou à d'autres

---

notamment les décrétales, sont cités très-souvent, offrent, au contraire, dans le livre I et dans le livre II, plus de soixante chapitres sur des matières liées à ce droit.

Enfin, dans les *Coustumes et Usages de Biauvoizins*, par Philippe de Beaumanoir, il faut lire les chapitres 1, 10, 11, 30, paroles des meffès; 31 à 33, 34, parole des preueves; 40, paroles des enquesteurs; 52, 58, parole de haute justice et de basse; 59 et 60, guerres et trèves; 61 à 67, batailles et jugements; et 69, cas d'aventure.

(1) « Se li homicides puet aquerre la pès as amis à cels que il a ocis, ce ne vaut rienz se il n'a la pès le duc. » (*Etablissements de Normandie*, édition Marmier, p. 27, *des Fuitis*). Philippe de Beaumanoir intitule son chapitre XXX, où il traite des délits : « De pluriex meffés et quele venjance doit estre prise de chascun meffet; » et il déclare écrire ce chapitre pour que le commun peuple sache comment il doit être puni s'il méfait, « et que li seigneur sacent quele venjance il doivent penre de çascun meffet. »

(2) *Etablissements de Normandie*, page citée à la note précédente.

(3) Philippe de Beaumanoir, chap. LIX, *Paroles de guerres*, § 5 : Les gens de poote et bourgeois, « il doivent estre justicié selonc le meffet, ne se poent aidier de droit de guerre. »

destinations pieuses, pénitences canoniques, eau de détresse et pain de douleur, amendes et afflictions de diverse nature. Mais la féodalité, en ce qui touche le contrat de fief, a une sorte de crime et une sorte de peine qui lui sont propres, c'est-à-dire qui dérivent du principe même de ce contrat, savoir : le crime de félonie ou traïson, et la peine de commise ou déchéance au profit du sire du fief. A ce crime de trahison se ramènent contre le vassal la plupart des autres, et la commise marche toujours à la suite. Quoique cette commise (au profit du sire du fief) diffère de la confiscation proprement dite (au profit du sire justicier), cependant elle a réagi sur elle ; c'est à l'influence du régime féodal qu'il faut attribuer la large extension de cette dernière peine en Europe; c'est là que les coutumes postérieures ont puisé cette maxime presque générale : « Qui confisque le corps, il confisque les biens (1); et c'est de là qu'en Angleterre, où le roi était reconnu sans conteste seigneur fieffeux et justicier de tous, et où les traces et le langage de la féodalité se maintiennent si longtemps, est venue l'expression de *félonie*, usitée encore aujourd'hui pour désigner tout délit emportant, en principe, peine capitale et confiscation.

102. L'influence de la féodalité en ce qui concerne les juridictions pénales a été plus marquée encore. C'est dans la transformation de ces juridictions, sans aucun doute, que se trouve, en fait de droit pénal, l'effet capital de la féodalité, son effet le plus empreint d'originalité. La juridiction devenue féodale, annexe du fief, quant aux relations du seigneur à ses vassaux; patrimoniale, droit héréditaire du seigneur justicier, quant aux autres cas; divisée suivant l'étendue de ses pouvoirs, d'abord en haute et basse justice, avec addition postérieure d'un troisième terme, la moyenne justice (2) : telle est l'œuvre particulière du régime féodal. Quant aux assises, à la semonce et au concours des hommes du fief, concours d'où dérive le principe, développé par l'inégalité des classes, que « chascuns doit estre jugiez par ses pers », nous n'y voyons que l'organisation barbare, féodalement transformée (3). Parmi les monuments féodaux signalés par nous,

---

(1) Ce n'était que par exception et privilége que plusieurs coutumes, telles que celles du Boullenois, du Maine, d'Anjou, de Touraine, de Saint-Sever, de Bayonne, de la Marche, portaient que confiscation n'avait pas lieu dans le pays, fors en crime de lèse-majesté au premier chef, ou autre restriction semblable.

(2) Dans Philippe de Beaumanoir, il n'est encore question que de la haute et de la basse justice (chap. x, § 2, et chap. LVIII, *Parole de haute justice et de basse*). Le plus ancien monument où il soit fait mention de la moyenne est une charte de Philippe de Valois, de février 1331 (rapportée par Brussel, *De l'usage des fiefs*, p. 299 et suiv.)

(3) « Les assises, portent les établissements de Normandie, sont tenues par les chevaliers et par les léaux (loyaux) homes; chascuns doit estre jugiez par ses pers; li baron et li chevalier qui sevent (savent) les établissemenz de la loi, et qui criement (craignent) Dieu pueent bien jugier li uns l'autre, mès il ne

ceux qui se rapportent aux deux royaumes d'Angleterre et de Jérusalem ne présentent pas le morcellement seigneurial de la justice, et cela par les raisons que nous avons indiquées. Ce n'est pas la paix du seigneur, c'est la paix du Roi qui est troublée par le crime, et les officiers qui président à la justice sont des délégués de l'autorité royale. Mais on y voit bien clairement les assises, la convocation des hommes sages, jurés, ou hommes du pays, pour former la décision, et le principe du jugement par ses pairs, qui est, dès cette époque, formellement et solidement assis en Angleterre (1). Au contraire, sur notre continent, le morcellement de la justice, devenue seigneuriale et héréditaire, est opéré, et si les assises avec le jugement par les hommes de fief existent d'après le pur droit féodal, déjà on voit poindre, au treizième siècle, sur tel point ou sur tel autre, des usages qui éloignent les hommes de fief, et qui plus tard ne laisseront plus le jugement qu'aux officiers du seigneur ou du roi (2). L'institution des juridictions *de saincte Église*, par opposition aux Cours *laies* (Cours laïques), et la distinction des cas de compétence entre les unes et les autres, apparaissent fréquemment dans les monuments du droit féodal.

103. Enfin, quant à la procédure pénale, on voit dans ces monuments l'extension de l'emploi des preuves par témoins, la disparition des *conjuratores*, remplacés, surtout dans les Assises de Jérusalem, par les garants, qui ont quelque analogie avec les

---

loist pas à vilain ne à aucun del pueple à jugier chevalier ou clerc. » (Edition Marmier, p. 22.)

(1) Ainsi, la grande Charte d'Angleterre du 19 juin 1215, consentie par Jean Sans-terre, ratifiée à maintes reprises par ses successeurs, trois fois par Henri III, onze fois par Edouard Ier, et ainsi des autres, qui devait être lue deux fois l'an dans les cathédrales, avec excommunication et malédictions contre les infracteurs (statut 25 d'Edouard Ier), et qui forme la base vénérée de la constitution britannique, contient les dispositions suivantes :

Art. 22. « ... Nous enverrons une fois tous les ans dans chaque comté des juges qui, avec les chevaliers des mêmes comtés, tiendront leurs assises dans la province même... »

Art. 48. « Nul homme libre ne sera arrêté, emprisonné, dépossédé, privé de ses franchises, mis hors la loi, exilé ou lésé d'une manière quelconque; nous ne courrons sus et n'enverrons personne contre : si ce n'est par le jugement légal de ses pairs et par la loi du pays. »

L'article 26 détermine le nombre de douze pour les jurés. (Voir mon *Histoire du droit constitutionnel en Europe*, constitutions du moyen âge, p. 375, où se trouve la traduction ou l'analyse des principales dispositions de cette grande Charte.)

(2) Philippe de Beaumanoir, qui écrit en 1283, à l'époque où la féodalité commence déjà à être attaquée, indique les deux modes de procéder : « Il y a aucuns liex là u on fet les jugemens par le bailli et autre liu là u li homme qui sont home de fief font les jugemens. » (Chap. I, § 13.) Mais il ajoute immédiatement que le dernier mode est seul usité dans le comté de Clermont : « Tout aions-nous parlé des lieus où li bailly font les jugemens, il n'en a nul en le conté de Clermont qui les face, ançois doivent estre fet tout li jugemens par les homes de le Cort de fief. » (*Ibid.*, § 14.)

conjuratores, mais qui ne sont pas identiques; l'usage encore maintenu, quoique plus rare, de certaines épreuves, telles que celles par l'eau bouillante et par le fer rougi, que les établissements de Normandie nomment le *jugement d'ève* (d'eau), ou le *jugement de fer*; et la grande prédilection pour le combat, tornes ou gages de bataille, à tel point que l'auteur du *Grand Coustumier* nous montre : « les chanoines de sainct Marry qui ont en leur Auditoire deux champions combattants, pour signifiance qu'ils ont haulte Justice en leur cloistre (1). »

§ 5. Droit coutumier

104. Le droit coutumier, par sa propre nature, précisément parce qu'il se forme de jour en jour, sous l'empire des précédents, a dû suivre les phases diverses de la société, et passer successivement de l'époque barbare à l'époque féodale, et de celle-ci à l'époque royale, en prenant le caractère de chacune de ces époques. C'est, en effet, ce qui a eu lieu.

105. La source primitive du droit coutumier est évidemment, à nos yeux, le droit barbare : ses institutions originales viennent de là. Mais le clergé a occupé, dès le principe, dans la société nouvelle, une trop grande place pour que les lois et les traditions de l'Église ne soient pas entrées pour une bonne part dans les coutumes : la trace de ces lois et de ces traditions y est évidente à chaque pas. Enfin, comme le droit romain était le droit temporel du clergé, qui en tirait plusieurs de ses priviléges et de ses pouvoirs ; comme c'était aussi le droit d'une grande partie de la population, celle des vaincus, il s'est mêlé, dès l'origine, comme un élément dans la fusion graduelle d'où est sorti le droit coutumier. Il est facile encore de l'y reconnaître. De telle sorte que le fond du droit coutumier, c'est le droit barbare, modifié par l'influence du droit canonique et du droit romain, puis continuellement approprié aux situations et aux habitudes successives de la société dans les diverses localités.

106. Lorsque dans ces habitudes est survenue l'institution des fiefs, développée, régularisée, et passée à l'état d'un système général, les coutumes s'en sont partout empreintes, et toutes les conséquences de la féodalité, puisqu'elles étaient dans la vie sociale, se sont trouvées dans le droit coutumier de ces temps.

Lorsque le pouvoir féodal a reçu une première atteinte dans l'établissement des communes ou villes libres, villes de loi, par suite d'un mouvement parti, dès le dixième siècle, de l'Italie, puis de l'Espagne, et communiqué, par la Méditerranée et par la Baltique, au littoral et de là à l'intérieur du continent européen, le droit coutumier s'est encore ressenti de ce mouvement. Les communes, considérées à cette époque, ne sont autre chose que

(1) Livre IV, ch. v, *De haulte justice*, in fine.

des corporations franches en tout ou en partie de l'autorité seigneuriale. Elles prennent leur place dans la société féodale comme des exemptions privilégiées. Leurs chartes, leurs règlements et leurs usages intérieurs apportent un élément important dans les institutions coutumières.

Enfin, lorsque le pouvoir royal est parvenu par des progrès successifs à dominer la féodalité, à faire descendre de plus en plus la sphère de ses attributs et à fonder l'ère monarchique, le droit coutumier a suivi encore cette progression.

107. De telle sorte que prendre le droit coutumier à telle époque plutôt qu'à telle autre, c'est n'en prendre qu'une partie, et que juger du tout par cette partie, c'est s'exposer à de graves méprises. Quelles différences n'y a-t-il pas, en effet, entre les coutumes, suivant qu'on en cherche l'expression dans les vieux monuments du onzième, du douzième et du treizième siècles, ou dans les rédactions qui en furent faites postérieurement à l'ordonnance de Charles VII, c'est-à-dire au quinzième, au seizième siècle, et jusque dans les premières années du dix-septième ?

Il faut donc, pour apprécier le droit coutumier et pour se faire une idée exacte de la marche qu'il a suivie, recourir aux documents successifs qui en contiennent l'expression, d'époque en époque, réunir ce que nos jurisconsultes ont appelé les nouvelles, les anciennes et les très-anciennes coutumes.

Ces documents du droit coutumier nous paraissent pouvoir être rangés en trois séries :

108. La première appartenant à l'ère féodale, savoir : le texte des coutumes ou des chartes de commune, les recueils ou sommaires d'arrêts et les traités judiciaires, dont la date est du dixième, du onzième, du douzième ou du treizième siècle, c'est-à-dire de l'époque où le régime féodal régnait en toute sa vigueur (1). Utiles, comme nous l'avons déjà indiqué, pour étudier le droit féodal, puisqu'ils en retracent les usages, plusieurs de ces documents sont de véritables textes du droit coutumier, et d'autres, tels que les Assises de Jérusalem, le Conseil de Pierre de Fontaines et le livre de Beaumanoir, nous en présentent le tableau.

109. La seconde série est celle du quatorzième et de la presque totalité du quinzième siècle, depuis les réformes de saint Louis jusqu'à la rédaction officielle des coutumes, en vertu de l'ordonnance de Charles VII, à Montils-lez-Tours, en 1453 (art. 125). C'est une époque intermédiaire durant laquelle la féodalité décroît et l'autorité royale prend son assiette. Là se rangent : les *Anciennes Constitutions du Chastelet de Paris*, qui me paraissent avoir un cachet d'ancienneté plus grande qu'on ne le suppose ordinairement ; les *Décisions de messire Jean des Mares*, conseiller et advocat du roy au Parlement, sous les roys Charles V et Charles VI ;

(1) Voir l'indication que nous en avons donnée ci-dessus, n° 100, avec la note.

les *Coustumes notoires jugées au Chastelet de Paris*, qui se réfèrent à la même période ; le *Grand Coustumier de France*, d'auteur inconnu, qui était du temps du roi Charles VI ; et enfin la *Somme rural de Jehan Bouteiller*, conseiller du roi au Parlement de Paris, mort dans les premières années du quinzième siècle (1).

110. La troisième et dernière série comprend les nombreux textes de coutumes écrites suivant l'ordonnance de Charles VII et dans les règnes subséquents. Ici les coutumes se produisent sous l'autorité du pouvoir royal ; elles sont rédigées par ordre du roi, vérifiées par le Grand Conseil, promulguées par le roi, enregistrées par les Parlements (2) ; plus la date en est récente, plus

---

(1) Les *Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris* ont été mises par Laurière à la suite de son commentaire sur la coutume de Paris. Les articles relatifs au droit pénal sont les suivants : Art. 30 et 40, ci paroles de crime ; 58, ci paroles de gages ; 59, ci paroles d'enqueste ; et 67, ci dit du plet du croisié. L'article 59, qui parle d'enqueste, et sur lequel nous reviendrons en traitant de l'introduction de la procédure inquisitoriale dans notre justice criminelle laïque, est à remarquer.

Les *Décisions de messire* Jean des Mares (mort en 1382), éditées par Brodeau, à la suite de son commentaire sur la Coustume de Paris, offrent, sur leur nombre total de quatre cent vingt-deux, soixante et une décisions ou maximes se référant au droit pénal, et intéressantes pour l'histoire de ce droit.

Les *Coustumes notoires jugées au Chastelet de Paris* (de 1300 à 1387, suivant les dates mêmes que portent la plupart de ces décisions) ont été éditées aussi par Brodeau, à la suite du même commentaire. Rien de spécial au droit pénal.

Le *Grand Coustumier de France*, contenant tout le droict françois et practique judiciaire, etc., a été édité par L. Charondas le Caron, en 1598. « Qui soit l'Autheur de ce livre, je ne l'ay peu encores sçavoir, dit Charondas ; toutesfois j'ay apprins de luy-même qu'il estoit du temps du roy Charles VI. » On voit en effet, par le chap. 6 du liv. 1er, où l'auteur rapporte une ordonnance de 1402, « par le roy nostre sire Charles VI, » que son ouvrage doit se placer sous le règne de ce prince, après l'année 1402, par conséquent entre les années 1402 et 1422, époque de la mort de Charles VI. — Ont trait directement ou indirectement au droit pénal : dans le livre premier, les chap. 1, 2, 3, 9 et 11 ; dans le livre deuxième, les chap. 44 et 46 ; et dans le livre quatrième et dernier, les chap, 1, 3, 5 et 6, qui est le dernier et qui traite des peines.

Enfin, dans la *Somme rural de* Jehan Bouteiller, ou Grand Coustumier et practique du droict civil et canon observé en France, nous signalerons sur le droit pénal : au premier livre, les chap. 3, 28 et 29, 34 et 35, 38 et 39 ; au deuxième livre, les chap. 1 et 2, 7, 9, 11 et 12, 19, 28, 33, 38 et 40 ; plus les « articles adjoutez, qui estoient au manuscrit de la Somme rural, » relatifs à la demande, aux formes, aux champions et à la tenue en champ de bataille.

(2) «..... Ordonnons et décernons, déclairons et statuons que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume soyent rédigez et mis en escrit, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdiz pays de nostre royaume, lesquels coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escrits en livres, lesquels seront apportez par devers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de notre Grand Conseil, ou de nostre Parlement, et par nous les décréter et confermer ;... et lesquelles coustumes, stiles et usages ainsi escritz, accordez et confermez, comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors. » (Ordonnance de Montils-lez-Tours, d'avril 1453, art. 125.)

l'influence de la couronne y devient marquée. Il y en a de générales pour toute une province; d'autres, locales, pour une ville ou pour une certaine circonscription. Le plus grand nombre des rédactions définitives occupe tout le cours du seizième siècle; on en trouve encore quelques-unes dans le commencement du siècle suivant, de 1619 à 1623 : après quoi, cette source s'arrête. Le temps est venu où l'autorité royale, consolidée et agrandie, domine tout le territoire et tous les pouvoirs; où les idées d'unité apparaissent en germe dans les esprits supérieurs : la tendance n'est plus de procéder, en fait de législation, par textes coutumiers et locaux; on procède par ordonnances royales et générales pour tout le royaume. Le droit coutumier, fixé dans ses textes, commenté par la doctrine des auteurs, subordonné aux dispositions générales des ordonnances, reste ainsi en vigueur jusqu'aux grandes réformes législatives accomplies par notre révolution.

111. On ne se préoccupe généralement du droit coutumier qu'en ce qui concerne le droit civil, et on s'habitue à le considérer comme une source peu importante pour le droit pénal. Ceci toutefois demande des distinctions.

En premier lieu, plus les documents du droit coutumier sont anciens, plus les dispositions relatives au droit pénal y tiennent de place. Ainsi, dans la première et dans la seconde série que nous avons signalées, c'est-à-dire dans la série qui appartient à l'ère féodale (du dixième au treizième siècle inclusivement), et dans celle qui appartient à l'époque intermédiaire (au quatorzième et au quinzième siècle), la part du droit pénal est importante. Nous pouvons recueillir dans les textes et dans les traités coutumiers de ces deux séries les renseignements les plus précieux, les plus caractéristiques de chaque époque, eu égard tant à la pénalité qu'aux juridictions et à la procédure pénales.

En second lieu, les coutumes de la troisième série, c'est-à-dire les coutumes officiellement rédigées au seizième et au dix-septième siècle, sont encore fort utiles pour l'étude historique des juridictions pénales, car toutes ou presque toutes contiennent des chapitres spéciaux sur la justice et les juridictions, sur les haute, moyenne ou basse justices des justiciers. Et s'il est vrai qu'elles donnent généralement moins de place à la pénalité et à la procédure pénales, cependant, même sur ces deux points, plusieurs d'entre elles ne laissent pas que d'offrir un véritable intérêt, et l'on aura fréquemment à en tirer profit (1).

---

(1) Les coutumes de cette série, avec quelques-unes des plus anciennes, ont été recueillies presque en totalité dans le *Coutumier général*, par Bourdot de Richebourg, Paris, 1724, 8 tomes in-fol.

La *Conférence des coustumes, tant générales que locales*, etc., par Pierre Guenois (Paris, 1596, in-fol.), offre, sous des titres méthodiques, un rapprochement utile entre les dispositions des diverses coutumes. On y lira avec fruit,

§ 6. Ordonnances royales

112. Les ordonnances nous offrent le travail de la monarchie, la part de l'autorité royale dans la progression historique de notre droit et de nos institutions, depuis les commencements de cette monarchie jusqu'à l'ère nouvelle ouverte en 1789.

Sous le titre de capitulaires ou constitutions, celles de la première et de la seconde races font partie des documents que nous avons assignés au droit barbare, elles rentrent dans la période et dans la destinée de ce droit (ci-dess., nos 76 et 80).

Celles de la troisième race doivent être rapprochées aussi des divers systèmes généraux dont elles ont été contemporaines. Ainsi, depuis le dixième siècle jusqu'au treizième inclusivement, elles appartiennent à l'ère féodale : parmi elles se distinguent surtout les ordonnances et établissements de saint Louis (ci-dess. n° 100).

Depuis le commencement du quatorzième siècle, à partir de Philippe le Bel, jusqu'à la fin du quinzième, sous Louis XII, elles appartiennent à l'ère intermédiaire, durant laquelle la démolition de la féodalité politique et l'élévation du pouvoir royal s'accomplissent.

Enfin, pendant le seizième, le dix-septième et le dix-huitième siècles, depuis François Ier jusqu'à Louis XIV et Louis XV, elles appartiennent à l'ère monarchique, où le royaume de France est constitué, où la couronne, dégagée de la féodalité, agit, d'abord contenue encore par le contrôle imparfait et par les influences intermittentes des parlements et des états généraux ou provinciaux, puis libre de tout contrôle et presque absolue dans sa volonté.

Il est, du reste, un point manifeste et dans la nature même des choses : c'est qu'à toute époque et dans toute leur série, sous l'ère féodale comme dans les temps postérieurs, les ordonnances ont eu pour tendance propre, tout en se liant au système contemporain, de travailler à cette extension graduelle et à cette suprématie finale de la royauté.

115. Quoique le terme d'ordonnances soit générique, cependant on en distingue de plusieurs sortes, de même que les Romains distinguaient plusieurs sortes de constitutions impériales. Le titre

---

quant au droit pénal coutumier, première partie, les titres 3, 4, 5, 14, 15, 16, et surtout 26, des crimes et peines imposées à iceux.

Les maximes les plus saillantes et les dictons les plus originaux du droit coutumier ont été recueillis et classés par ordre de matières dans les *Institutes coutumières* d'Antoine Loysel. Il faut voir cet ouvrage dans l'excellente édition qu'en ont donnée MM. Dupin et Edouard Laboulaye. C'est dans le livre VI, de crimes et gages de bataille, tit. I et tit. II, de peines et amendes, que se trouvent les maximes et dictons spécialement relatifs au droit pénal.

La dernière autorité des coutumes, déjà considérablement réduite par chaque loi générale, a été nominativement abrogée par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), portant promulgation du *Code civil des Français*, appelé plus tard *Code Napoléon*.

d'*Ordonnances* se réserve communément à celles qui ont le plus de généralité, qui embrassent et coordonnent un grand ensemble de matières diverses, ou du moins tout une matière générale, dans sa complète extension ; les *Édits* ont un objet spécial et restreint ; les *Déclarations* sont des accessoires aux ordonnances ou aux édits, qui les expliquent, les complètent ou les modifient ; les *Lettres patentes*, ainsi nommées par opposition aux lettres secrètes ou lettres de cachet, sont adressées à quelque autorité sous forme de lettre contenant des ordres ou des instructions destinés à l'enregistrement parlementaire et à la publicité. Ces actes n'en sont pas moins tous des ordonnances, et souvent la dénomination spéciale qu'ils portent tient plus à l'usage qui la leur a donnée qu'à des règles précises sur ces dénominations.

114. Parmi les ordonnances, celles qui ont été faites d'après les demandes ou doléances de nos états généraux, ou bien à la suite d'une assemblée de notables, se lient à des événements majeurs de notre histoire et attirent de préférence l'attention. Ce n'est pas que le droit privé tienne une grande place dans les préoccupations dominantes en de pareils événements ; mais les institutions politiques et le mode d'action du gouvernement, mais l'organisation des juridictions et l'administration générale de la justice, mais le droit pénal et la procédure usitée pour le mettre en application, tous objets qui tiennent plus à la vie publique et aux malaises de la société, forment le point naturel et ordinaire de ces préoccupations, de ces doléances, et par suite des dispositions de cette nature d'ordonnances.

A côté de celles-ci, il en faut placer d'autres qui, pour n'avoir pas été provoquées ou préparées par des assemblées d'états ou de notables, n'en ont pas moins eu, à cause de l'importance de leurs dispositions ou des institutions qu'elles ont fondées, une influence marquée sur le cours de notre législation, et qui ont fait événement, sinon dans l'histoire des troubles et des émotions politiques, du moins dans l'histoire du droit.

115. En ce qui concerne notre spécialité, le droit pénal, si nous nous en tenons à ces ordonnances plus étendues ou plus importantes, nous signalerons :

Celle du 3 mars 1356, donnée durant la captivité du roi Jean par son fils Charles V, lieutenant général du royaume, sur les doléances et réclamations des états généraux ;

Celle de Montils-lez-Tours, du mois d'avril 1463, sous Charles VII : la même dont le dernier article prescrit la rédaction officielle des coutumes ;

Celle de mars 1498, sous Louis XII, en assemblée de notables, sur la réformation de la justice et sur l'utilité générale du royaume : remarquable pour nous en ce qu'on y voit, entre autres dispositions, un premier essai de coordination générale des règles de la procédure criminelle ;

L'édit de Crémieux, du 19 juin 1536, sous François Ier, réglant les attributions et la compétence de juridiction entre les baillis, sénéchaux, juges présidiaux, prévôts, châtelains et juges ordinaires ;

La fameuse ordonnance de Villers-Cotterets, du mois d'août 1539, sous François Ier, sur le fait de la justice et abréviation des procès : œuvre du chancelier Poyet, que Dumoulin a brièvement commentée (tom. II de ses œuvres), et qui nous présente, entre autres dispositions, un nouveau règlement général de la procédure en matière criminelle ;

Les trois ordonnances non moins célèbres d'Orléans, de Moulins et de Blois : les deux premières, œuvres du chancelier l'Hospital, sous Charles IX, en janvier 1560 et février 1566, et la troisième sous Henri III, en mai 1579 : rendues, la première et la dernière à la suite des états d'Orléans et de Blois, et l'autre en assemblée de notables;

L'ordonnance de janvier 1629, sous Louis XIII, préparée par les doléances des états de 1614 et par les délibérations de deux assemblées de notables. C'est cette ordonnance qui a été surnommée *Code Marillac* ou *Code Michaux*, du nom de son auteur, Michel Marillac, garde des sceaux. Conçue dans l'esprit du gouvernement de Richelieu, alors premier ministre, et dans des vues de réforme qui soulevèrent l'opposition de ceux dont les abus ou les priviléges étaient attaqués ou menacés, elle ne fut enregistrée qu'avec difficulté et sous diverses restrictions par quelques parlements. La chute de Marillac, survenue moins de deux ans après, acheva de la discréditer; le cardinal, en perdant Marillac, qui avait osé prendre parti pour la reine mère contre lui, laissa tomber son œuvre, et l'ordonnance resta sans autorité dans la pratique postérieure des affaires.

Enfin, le plus important de tous ces documents pour la législation pénale, l'ordonnance criminelle de Louis XIV, du mois d'août 1670. Discutée dans des conférences préparatoires dont nous avons le procès-verbal, et dans lesquelles le premier président de Lamoignon et l'avocat général Talon ont souvent lutté contre la rudesse du commissaire royal Pussort, commentée par les criminalistes postérieurs, ou servant de base à leurs écrits, cette ordonnance fut un véritable code de compétence et de procédure criminelles ; jusqu'aux premières réformes de notre révolution, elle a fait la loi de cette matière (1).

---

(1) Articles relatifs au droit pénal dans les principales ordonnances à signaler en cette matière :

Ordonnance de décembre 1344, de Philippe VI. — Art. 7, sur la procédure pénale.

Ordonnance du 3 mars 1356, rendue durant la captivité du roi Jean, sous la lieutenance générale de Charles V, d'après les doléances et réclamations des

116. Mais ce serait se tromper que de croire trouver dans la série des principales ordonnances que nous venons de citer l'ensemble du travail monarchique en fait d'institutions et de législation pénales. Dans aucune de ces ordonnances, sauf la dernière, on ne rencontre un système régulièrement coordonné et complet en soi. Il faut, à partir des premiers rois de la troisième race, suivre la filière des ordonnances et rapprocher, combiner les dispositions des unes et des autres pour construire de ces dispositions éparses un tout satisfaisant. Ce travail de construction et de coordination a été essayé à diverses époques pour tout l'ensemble du droit. Guillaume Du Breuil, vers 1330, à la suite et comme annexe de son *Stilus curiæ parlamenti* (3e partie); Dumoulin, en 1549, en donnant une nouvelle édition du travail de Du Breuil, corrigé et augmenté par lui (au tome II de ses œuvres); le pré-

---

états généraux de 1355 et de 1356. — En tout 61 articles. — Sont relatifs au droit pénal les art. 6, 7, 9, 23, 27 à 29, 33 et 34, 37 et 38, 53, 55 et 59.

Ordonnance de Montils-lez-Tours, d'avril 1453, sous Charles VII. — En tout 125 articles. — Pour le droit pénal : art. 13 et 14, 27 à 36, 67, 79, 82 à 95, 102 à 106.

Ordonnance de mars 1498, sous Louis XII, en assemblée de notables. — En tout 162 articles. — Pour le droit pénal : art. 62, 70, 82, 90 à 103, 106 à 140.

Edict de Crémieux, du 19 juin 1536, sous François Ier; Antoine Dubourg, chancelier. — En tout 30 articles, plus spécialement relatifs au droit pénal : art. 10 et 11, 22 et 25.

Ordonnance de Villers-Cotterets, d'août 1539, sous François Ier, Guillaume Poyet, chancelier. — En tout 192 articles. — Pour le droit pénal : art. 24 et 25, 139 à 172.

Ordonnance d'Orléans, de janvier 1560, sous Charles IX, sur les plaintes et remontrances des Etats; l'Hospital, chancelier. — En tout 149 articles — Pour le droit pénal : art. 18, 23 à 26, 56, 63 à 65, 69, 71 à 74, 79, 81, 87, 101, 104, 111, 115 à 119, 142, 145, 148.

Ordonnance de Roussillon, de janvier 1563, sous Charles IX; l'Hospital, chancelier. — En tout 34 articles. — Pour le droit pénal : art. 19 à 21, 30.

Ordonnance de Moulins, de février 1566, sous Charles IX, en assemblée de notables; l'Hospital, chancelier. — En tout 86 articles. — Pour le droit pénal : art. 23 à 49, 70 à 72, 77 et 78, 82 et 86.

Ordonnance de Blois, de mai 1579, sous Henri III, sur les plaintes et doléances des Etats. — En tout 363 articles. — Pour le droit pénal : art. 21, 35 à 44, 71 à 81, 95, 130, 157, 183 à 283, 308 à 314, 325, 326, 360.

Ordonnance de janvier 1629, sous Louis XIII, d'après les doléances des Etats de 1614, et des assemblées de notables de 1617 et de 1626; Michel Marillac, garde des sceaux; Richelieu, premier ministre — En tout 461 articles. — Pour le droit pénal : art. 18, 27 et 28, 42, 52, 58 et 59, 69 et suiv., 104, 111 à 113, 133 à 139, 151, 153, 166 à 188, 203 à 209, 215 à 217, 252 à 342, 387 à 400, 409, 411, 440, 456.

Ordonnnance criminelle du mois d'août 1670; Louis XIV.

Déclaration du 5 février 1731, de Louis XV, sur les cas prévôtaux et présidiaux.

Ordonnance du mois de juillet 1737, de Louis XV, concernant le faux principal et le faux incident.

Déclaration du 24 août 1780, de Louis XVI, concernant l'abolition de la question préparatoire.

Déclaration du 1er mai 1788, de Louis XVI, relative à l'ordonnance criminelle.

sident Barnabé Brisson, dans son *Code de Henri III*, entrepris sur le commandement de ce prince et annoté par Charondas le Caron, en 1603 ; Thomas Cormier, dans son *Code de Henri IV*, en 1615 ; et Corbin, dans son *Code de Louis XIII*, en 1628, ont, à l'imitation des codes du droit romain, cherché à classer dans un ordre méthodique, suivant chaque matière diverse, les dispositions d'un certain nombre d'ordonnances royales, avec indication du prince et de l'année auxquels elles se réfèrent. Bien que ces sortes de coordinations n'offrent généralement, par leur nature même, que des fragments fondus, analysés et rarement textuels, cependant, en se reportant, pour ce qui concerne le droit pénal, aux livres qui traitent des juridictions, des crimes et peines imposés à iceux, et de l'instruction des procès criminels, on trouvera, surtout dans le travail de Dumoulin et dans celui du président Brisson, des rapprochements déjà fort intéressants, et qui seront en outre d'un grand secours pour les recherches à faire soi-même dans les collections entières et chronologiques.

117. L'instruction à tirer de la lecture des ordonnances se complète utilement par quelques anciens traités ou ouvrages de pratique judiciaire, dans lesquels nous pouvons apprendre ce que le texte légal est insuffisant à nous faire connaître. Ainsi, de même que pour l'époque féodale nous avons les traités de P. de Fontaines, de Beaumanoir (ci-dess. n° 100), et pour l'époque intermédiaire (celle du quatorzième et du quinzième siècle) les anciennes Constitutions et les coutumes notoires du Châtelet, les Décisions de Jean des Mares, le Grand Coutumier de France, la Somme rurale de Bouteiller (ci-dess. n° 109) : de même pour la troisième époque nous avons, au seizième siècle, la *Practique judiciaire*, tant civile que criminelle, du premier président Lizet; puis celle de Jean Imbert ; puis l'ouvrage si remarquable, sentant son bon et vieux gaulois, de Pierre Ayrault, lieutenant criminel à Angers. De telle sorte que la marche historique de notre ancien droit pénal est marquée par une série de textes et d'écrits échelonnés de distance en distance sur la route. Quant aux ouvrages postérieurs, ils deviennent trop rapprochés de nous et trop connus pour qu'il soit nécessaire de les nommer (1).

---

(1) *Practique judiciaire pour l'instruction et décision des causes criminelles et civiles*, par Pierre Lizet, premier président au parlement de Paris. — Pierre Lizet, nommé premier président en 1529, et démissionnaire par contrainte en 1550, est mort en 1554. Son ouvrage a été publié avec des annotations de Charondas le Caron en 1603, in-8°, et depuis encore en plusieurs autres éditions.

Practique judiciaire tant civile que criminelle, par Jean Imbert, publiée pour la première fois en latin en 1552, in-8°, et depuis en français.

L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé és accusations publiques, conféré au stil et usage de notre France, par Pierre Ayrault, lieutenant criminel au siége présidial d'Angers. Paris, 1604, in-4°, et autres éditions. — On voit, par la préface des quatre livres de son ouvrage,

118. Enfin, aux diverses sources que nous venons de signaler, ajoutons encore les *Arrêts de règlement*, que les parlements rendaient par voie de dispositions générales, obligatoires dans l'étendue de leur ressort. Quoique ne statuant le plus souvent que sur des détails réglementaires de moindre importance, et n'ayant qu'une autorité territoriale limitée, ces arrêts, investis d'une sorte de caractère législatif, ont une place à prendre dans les textes de notre ancienne législation. On en rencontre plusieurs en matière de droit pénal.

119. Si nous passons maintenant au fond des choses, et que nous cherchions à caractériser, en quelques pages, l'action des ordonnances royales en ce qui concerne la pénalité, les juridictions et la procédure pénales, voici le résumé auquel nous arriverons :

Influence des ordonnances royales sur la pénalité.

120. La pénalité a toujours pour principe la vengeance : non plus la vengeance privée, comme à l'ère barbare ; ni la vengeance du seigneur, comme à l'ère féodale : sous l'ère monarchique, c'est la vengeance du roi. On ne dit plus, avec Beaumanoir : « Que li Segneur sacent quele venjance il doivent penre de cascun meffet » (ci-dessus, n° 101, note 1), on dit, comme dans le Manuel de M. d'Argou : « La vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu » (ci-dessus, page 19, note 1). Aussi l'Angleterre appelle-t-elle ses procès criminels les plaids de la couronne (*crown's pleas*). Du reste, les incriminations et les peines se montrent fidèles au principe passionné dont elles dérivent. On sent que l'esprit de vengeance en est la base ; et, par une association impie, nous voyons quelquefois, comme dans l'ordonnance de François Ier décrivant le supplice de la roue, nous voyons le législateur, dans les dispositions les plus cruelles de ces lois vindicatives, ne pas craindre de faire intervenir jusqu'à l'idée de notre religion, c'est-à-dire de la religion de miséricorde et de pardon (1) ! Quant à relever, dans chaque détail, le vague, l'injustice, quelquefois même l'absurdité d'une multi-

---

qu'Ayrault les composait de 1587 à 1591. En prenant pour sujet et pour guide l'ancienne procédure des Romains dans les accusations publiques, et en y comparant la procédure inquisitoriale telle que le chancelier Poyet venait récemment de l'organiser à nouveau dans son ordonnance de 1539, Pierre Ayrault est conduit aux sorties les plus vigoureuses contre cette sorte de procédure, et à l'exposition d'idées qui paraîtraient avancées même encore aujourd'hui : sans jamais abandonner cependant le bon sens pratique qu'il avait à un si haut degré.

(1) «..... Les bras leur seront brisés et rompus en deux endroits, tant haut que bas, avec les reins, jambes et cuisses, et mis sur une roue haute plantée et élevée, le visage contre le ciel, où ils demeureront vivants, pour y faire pénitence tant et si longtemps qu'il plaira à Notre-Seigneur les y laisser. » (Ordonnance du 4 février 1534.)

tude d'incriminations de ces temps ; l'atrocité, l'inégalité, l'arbitraire et tous les autres vices des peines : c'est un sujet qui a été déjà plus d'une fois traité ailleurs ; nous nous épargnerons la douleur de le reprendre ici (1).

121. L'autorité royale n'a pas édicté chez nous de code pénal ; mais, en parcourant la série des ordonnances dans leurs dispositions répressives, on en trouve assez pour former un code, dans lequel une multitude de crimes ou de prétendus crimes sont frappés d'une multitude de peines. Un conseiller au parlement de Paris, M. de l'Averdy, a fait ce travail et l'a publié sous l'anonyme, en 1752 (2). Ce système de pénalité par ordonnances particulières, sur chaque fait, en place d'un code général, a par lui-même des vices majeurs, quelque part et en quelque temps qu'il soit employé. En premier lieu : dispositions rendues sous l'impression du moment, souvent ab irato, par conséquent exagérées ; ainsi que nous le voyons dans nos ordonnances royales contre les crimes de religion, aux époques de luttes et de controverses religieuses ; contre les crimes d'Etat et de lèse-majesté, aux époques d'agitations et de rébellions politiques ; contre la noblesse, réduite dans ses armes et dans ses châteaux, à l'époque où la couronne veut en avoir raison ; contre le duel, à l'époque où il a fait scandale, où la royauté se met aux prises avec lui et s'irrite de sa résistance. La loi pénale est faite, non pas dans le calme d'une juste appréciation de chaque acte répréhensible, mais dans un mouvement et dans des préoccupations passionnés. — En second lieu : manque de proportion quant à l'importance comparative des matières. — En troisième lieu : manque de proportion et d'échelle comparative dans les châtiments. — En quatrième lieu : absence de ces dispositions essentielles qui dominent toute la pénalité, sur les délits, sur les peines et sur les conditions de la culpabilité considérés en général. — Enfin, manque de publicité populaire. Tels sont, indépendamment de leurs vices intérieurs, les vices du système même de nos ordonnances en fait de pénalité.

Influence des ordonnances royales sur les juridictions.

122. A l'égard des juridictions, c'est dans les ordonnances que l'on voit s'opérer le travail par lequel ces juridictions sont créées : travail qui finit par étendre sur tout le territoire les cours et les juges royaux, limiter et contenir les justices ecclésiastiques, ré-

(1) Voir là-dessus le tableau, si vif, si animé, tracé par M. Dupin dans son discours de rentrée de novembre 1847. — Voir aussi le résumé de notre Cours d'introduction historique publié en 1841, p. 197 et suiv.

(2) *Code pénal*, ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et délits. Paris, 1752, in-12; 2e édition en 1755, et plusieurs autres ensuite.

duire et dominer les justices seigneuriales, et faire admettre en axiome que toute justice émane du roi.

Jusqu'à la fin du treizième siècle, les ordonnances sur la Cort le Roy, sur les prévôts et les baillis, sur leurs assises et le concours des juges jurés, telles que celles de Philippe-Auguste et de saint Louis (1190, 1254, 1256), sont conformes à l'esprit du système féodal, alors régnant, et dont nous avons décrit le caractère (ci-dessus, n° 102).

Mais, dès les dernières années du treizième siècle, et surtout après les célèbres ordonnances de Philippe le Bel (de 1291 et de 1302), qui achèvent la séparation déjà commencée dans la Cort le Roy entre l'assemblée délibérant sur les affaires publiques ou le Conseil et l'assemblée judiciaire ou la *Chambre aux pletz*, et qui commencent une organisation régulière et distincte du parlement, s'ouvre, pour la juridiction royale, une marche progressive continue, dont les ordonnances nous offrent le tableau ; jusqu'à l'époque où le système est complet, où quinze parlements ou cours souveraines se partagent l'étendue du royaume, ayant sous eux des siéges présidiaux, sous ceux-ci des bailliages ou sénéchaussées, et sous ceux-ci des prévôtés ou châtellenies ; avec une multitude de juridictions royales extraordinaires : grand conseil, chambres, cours, commissaires ou juges spéciaux pour une infinité de cas d'exception et de matières mises à part.

123. C'est aussi dans les ordonnances royales que l'on voit poindre l'origine, puis s'achever le développement de l'institution du ministère public, qui s'étend des justices royales aux justices seigneuriales et aux justices ecclésiastiques : — procureurs généraux, avocats généraux du roi, ou simplement procureurs, avocats du roi, dans les premières ; — procureur fiscal dans les secondes ; — et promoteur, *vindex publicus religionis, publicæ disciplinæ vindex et assertor*, dans les troisièmes : comme si ces deux mots *religion* et *vengeance* ne juraient pas de se trouver ensemble (1) !

Influence des ordonnances royales sur la procédure pénale.

124. Enfin, quant à la procédure pénale, on peut suivre dans le cours des ordonnances royales la gradation par laquelle cette procédure a passé pour arriver de l'ancien système accusatoire en plein système inquisitorial. Prohibition des guerres privées et des gages de bataille ; audition des témoins faite hors de l'audience, par des juges, notaires ou officiers à ce commis (*enquesteurs, auditeurs*), et couchée par écrit, sous le nom d'enqueste ; dénon-

(1) Voir l'aperçu historique que nous avons donné sur l'origine du ministère public, de concert avec notre ami et si regrettable Ledeau, dans notre traité *Du ministère public en France*, t. Ier, introduction.

ciation placée à côté de l'accusation; information secrète préalable, poursuite d'office; finalement, huis clos de l'audience elle-même, et absence de plaidoiries : voilà les éléments de transformation. Ils ne se sont pas produits tous à la fois, mais bien l'un amenant l'autre à mesure qu'on avançait dans la voie de l'inquisition.

125. Déjà nous avons vu comment le droit canonique et les juridictions ecclésiastiques avaient pris l'initiative sur ces divers points (ci-dessus, nos 68 et suiv.). Le droit et les juridictions laïques suivirent l'exemple.

Ainsi, les ordonnances de nos rois, dans leurs efforts graduels pour restreindre, puis pour interdire les guerres privées et les gages de bataille, ont été conçues dans l'esprit des constitutions ecclésiastiques déjà par nous indiquées (no 69); mais à cet esprit venait se joindre un autre motif : l'intérêt de la royauté dans sa lutte contre le régime féodal. Quoique les gages de bataille fussent la forme de prédilection de la féodalité, les restrictions qui en furent faites par ordonnances apparaissent dès l'ère féodale, surtout au règne de saint Louis; mais c'est dans le quatorzième siècle, durant lequel la féodalité est battue en brèche par la couronne, sous Philippe le Bel et sous Charles V, que ces restrictions deviennent plus fermes, plus générales, et arrivent enfin à une interdiction absolue (1).

Il y a eu dans les efforts des papes, et plus tard dans ceux de nos rois, contre le jugement par la bataille, cette similitude de progression : premièrement que les papes ont commencé par faire leurs prohibitions dans les possessions et dans les juridictions ecclésiastiques, et de même les rois dans leur domaine, avant d'en venir à une interdiction générale; secondement qu'il a fallu aux papes un long temps et des décrets réitérés pour faire observer leurs prohibitions même par le clergé, et pour en faire pénétrer l'esprit jusque chez les puissances temporelles : de même qu'il a fallu à nos rois un long temps et des ordonnances réitérées pour venir à bout d'un usage fortement enraciné dans les mœurs, que la noblesse réclamait souvent comme un droit, dont les communes se faisaient au contraire fréquemment exempter par articles formels de leurs chartes (2); à un tel point que, même après l'interdiction générale de cette coutume par les ordonnances, on a vu encore chez nous des combats judiciaires concédés, comme mesure exceptionnelle, par arrêt de parlement et par autorité royale, au quinzième et au seizième siècle (3).

---

(1) Ordonnance de saint Louis, de 1245, 1260, et *Etablissemens*. — Ord. de Philippe le Bel, de nov. 1296, janv. 1303, surtout celle de 1306, mai 1307, juillet 1314. — Ord. de Louis le Hutin, mai 1315. — Ord. de Jean II, de mars 1356 (art. 33), 1361, 1363, juillet 1367. — Ord. de Charles V, du 18 mai 1380.

(2) Voir les exemples et les chartes cités par M. Cauchy dans son traité *Du duel*, tom. Ier, p. 85.

(3) Combats par arrêt du parlement, de 1385, de 1386, le dernier, concédé

126. L'interdiction des épreuves et des gages de bataille amena dans les juridictions laïques, au dire même de l'ancienne coutume de Normandie (ci-dessus, n° 68, p. 29), l'usage de l'enquête déjà employée par les juges de l'Eglise. Saint Louis, dans ses *Etablissements*, nous montre d'une manière patente cette origine ecclésiastique ; car après avoir dit : « Nous deffendons les batailles par tout nostre domaine en toutes querelles.... et en lieu des batailles, nous mettons prueves des tesmoins ou de chartres (chap. 2), » il organise immédiatement (chap. 3) cette preuve de témoins par enquête, et s'en réfère positivement à ce sujet au droit canonique : « Selon droict écrit en Décrétales, *De testibus...*, etc. » Par où nous voyons que c'était le droit de l'Eglise qui servait de type au saint roi dans cette matière (1). Les textes canoniques auxquels saint Louis se référait nous sont connus (ci-dessus, n° 37, p. 30). Datés de la fin du douzième et des premières années du treizième siècle (1186, 1208, 1210), ils avaient régularisé des pratiques ecclésiastiques antérieures ; or, moins de vingt ans après, en 1224, avant même l'avénement de saint Louis, nous trouvons la preuve de semblables pratiques dans la Cort le Roy (2). Saint Louis ne fit donc que régler et ordonner pour ses domaines ce qui déjà était en usage dans sa Cort. Dès le milieu du treizième siècle, c'est-à-dire durant l'ère féodale, et avant l'entière disparition des gages de bataille, cette propagation des enquêtes écrites dans les juridictions laïques était opérée, ainsi que nous le démontrent les monuments de cette époque : le registre des *Olim*, le *Conseil de Pierre de Fontaines* (ch. 6, § 7), les ordonnances de saint Louis (1254, 1260), et les détails précis donnés par Beaumanoir (ch. 39, § 78, et ch. 40). Ces enquêtes, quoique faites secrètement, étaient publiées solennellement au jour des assises, et débattues entre l'accusé et l'accusateur. Il est vrai que souvent aussi, suivant les cas et les localités, les témoins étaient entendus aux assises mêmes, par les juges de l'accusation : l'usage de l'enquête écrite et secrète n'était pas exclusif, mais il était dès lors introduit; la pratique et les ordonnances postérieures n'ont eu qu'à le développer et à le généraliser.

127. Quant à la procédure inquisitoriale dans son ensemble, telle que nous l'avons vue se constituer dans le droit canonique (ci-

---

par Henri II, en 1547, entre la Chasteigneraye et Jarnac. Celui-ci, comme le remarque fort judicieusement M. Cauchy, a plutôt le caractère d'un duel pour outrages d'honneur que d'un combat de procédure judiciaire.

(1) Le livre des Décrétales, au moment où les Etablissements (de 1220) s'y référaient ainsi, était publié depuis trente-cinq ans.

Le même chapitre des Etablissements nous montre encore que la pensée du rédacteur se reportait sur les cours ecclésiastiques, par opposition aux cours laïques, lorsqu'il ajoutait : « Car nous ne contons nulles prueves qui ayent esté receüs *en Court laie*, en jusques à ores, fors la bataille. »

(2) Jugement de 1224, rapporté par MARTÈNE, *Amplissima collectio*, t. 1, col. 1196.

dessus, n° 71, p. 30), on peut en suivre de même l'introduction et la propagation dans les usages des juridictions séculières. Les derniers monuments du treizième siècle, qui appartiennent encore à l'ère féodale, les Établissements de saint Louis, le livre de Beaumanoir, puis les ordonnances de Philippe le Bel et de ses successeurs Philippe V, Philippe VI et Jean II, nous parlent déjà de dénonciation, d'information secrète préalable, d'enquêtes ou de poursuites d'office (1). Et dans ce nouveau droit qui s'établit, de même que dans le droit canonique, cette procédure, sans accusé ni accusateur, n'est considérée que comme une procédure extraordinaire, à laquelle on ne recourt qu'à défaut de l'autre, et qui ne doit pas entraîner des condamnations aussi graves. Des indications précieuses à ce sujet se rencontrent dans le document des anciennes constitutions du Châtelet, que nous estimons se rapporter au quatorzième siècle. Nul ne doit pouvoir se mettre en enquête, selon ce document, car il pourrait y avoir « péril moult grand », personne ne pouvant se flatter d'être aimé de tous; tout au plus ce pouvoir peut-il être octroyé au juge pour être exercé par lui et par ses loyaux jurés. Encore, une fois cette enquête terminée, faut-il demander à l'inculpé s'il consent à être jugé suivant ce que le juge en a appris; et s'il n'y consent pas, la condamnation contre lui, à cause de cette forme exceptionnelle et irrégulière, ne pourra être qu'une condamnation inférieure : « Et soiez bien certains que il ne te puet condampner à mort, mes il vous porroit bien banir (2). » C'est la confirmation détaillée de ce que nous voyons déjà dans des documents antérieurs : dans les Établissements de saint Louis pour son domaine, et dans les Coutumes de Beaumanoir (3). Cette procédure par inquisition,

---

(1) Établissements de saint Louis, livre II, ch. 16. — Coutumes de Beaumanoir, ch. 40, §§ 14 et 15. — Ordonnance de Philippe le Bel, de 1303; — de Philippe V, de juin 1319; — de Philippe VI, de juin 1338 (art. 21 et 22), et de déc. 1344 (art. 7); — de Jean II, janv. 1354.

(2) Je rapporterai ici le texte de ce document, parce qu'il a été généralement peu remarqué. « Article 59, *ci parole d'Enqueste*. Nuls ne se doit que il puisse mettre en enqueste, quar il i puet avoir peril moult grand, quar nuls ne puet estre de tous amez, mes on puet otroier au Juge que il en apregne de s'office, et s'en puet mettre sus le Juge, quar il selonc Dieu et sus l'ame en enquiere, et fasse enquerre par ses loiaux Jurés, et iceste chose puet estre faite quand nulz n'est ensuiz (poursuivi par un accusateur); et quand li Juges en aura apris par ceux qui li aura envoiez, li Juges puet lors demander à celi se il veut oir droit selonc ce que il a apris. Et soiez bien certains que il ne te puet condampner à mort, mez il vous porroit bien banir, et que l'on li ait fait entendent, partant vous en devez-vous partir, et pourtant nulz ne vous en sieut (quoique nul ne vous poursuive), c'est assavoir qui se face partie en contre vous. »

(3) Les Établissements de saint Louis, chap. 16, *comment l'en doit justicier homme qui est souspeçonneux* : « et se il le treuve par enqueste, que il soit coupable de aucun fet où il ait paine de sanc, il ne le doit mie condamner à mort, quand nus ne l'accuse, ne quand il n'a esté pris en nul présent fet, ne en nule recognoissance. Mès se il ne se voloit mettre en l'enqueste, lors puet la Justice

encore si timidement, si exceptionnellement employée à l'époque où se réfèrent les documents que nous venons de citer, se fortifie, se généralise dans la suite des ordonnances postérieures, et finit par être la seule procédure suivie en matière criminelle : et cependant la flétrissure de son origine, c'est-à-dire le titre de procédure *à l'extraordinaire*, lui reste toujours.

128. On attribue communément à la procédure inquisitoriale l'introduction en Europe, et en France pour ce qui nous touche, de l'emploi de la torture comme moyen d'instruction. La proposition ainsi formulée serait inexacte et puisée à un esprit de système que démentent les documents. C'est sous le régime accusatoire que la torture a été inventée et employée aux temps anciens ; elle a été maintenue et usitée sous le même régime chez les peuples modernes. Nous la trouvons à l'époque barbare, qui ne connaît que la procédure accusatoire : notamment dans le nord de la France, appliquée, par les lois des Francs-Saliens et des Bourguignons, contre les esclaves, les colons et les étrangers ; et dans le midi, par la loi des Visigoths, contre toute personne, sans distinction (1). Nous la retrouvons à l'époque féodale, dont la procédure est également en forme accusatoire, dans les Assises de Jérusalem, qui ne font que rapporter les coutumes de la féodalité ; et le genre de question qui s'y trouve mentionné, la question par l'eau, nous montre que la pratique de ces temps y avait mis quelque chose du sien (2). Le Code d'Alphonse le Sage, *Las siete partidas* (en 1250), qui organise avec grand soin le système accusatoire dans la procédure criminelle, contient tout un titre, longuement détaillé, sur la torture et sur les règles à y observer (3). En Angleterre, où la procédure inquisitoriale n'a pas été établie, l'emploi de la tor-

---

bien fere et doit forbannir hors de son pooir, selonc ce que li semblera couspables par le fait, et comme il le trouvera par l'enqueste qu'il en aura faite de par son office. »

Dispositions analogues dans les coutumes du Beauvoisis, par BEAUMANOIR, ch. 40, *paroles des enquesteurs et des auditeurs* et de *examiner tesmoins, et des aprises, et des enquestes*, §§ 14, 15 et suiv. Beaumanoir nomme *aprise* l'enqueste faite d'office par le juge : « c'est à dire que li Juges, de s'office, doit apenre (apprendre) et encerquier du fet ce qu'il en pot savoir. »

Dans les Décrétales, que le rédacteur des Etablissements de saint Louis avait sous les yeux et auxquelles il se réfère fréquemment, on voit de même que la peine contre les crimes prouvés seulement par la voie de l'inquisition doit être mitigée. (Décrét., liv. v, tit. 1, chap. 21, pr., Innocent III, an 1213.)

(1) Lois des Francs-Saliens : *Manuscrit de Paris*, ch. 67, § 1 et suiv. — *Lex emendata*, ch. 42, § 1 et suiv. — Loi des Bourguignons : tit. 7, § 1 ; tit. 39, § 1 ; tit. 77, §§ 1 et 2. — Loi des Visigoths : liv. VI, tit. 1, § 2.

(2) Assises de la Cour des Bourgeois, ch. 265 : « ... Mais bien juge la raison que celui (l'accusé) det estre mis à gehine (à torture), et det estre abevré (abreuvé) qu'il recouneisse la vérité... » La torture peut se renouveler durant trois jours : « Mâis ce (si) il riens ne recouneissat por destresse c'on li aie faite, par treis jors..., etc. »

(3) Las siete partidas del rey don Alfonso el Sabio. Part. VII, tit. 1, *De los accusaciones* ; et tit. XXX, *De los tormentos*. Voir aussi tit. I, loi 26.

ture se rencontre également. Des ordonnances de saint Louis, de Louis X, de Philippe V, toutes rendues pour la restreindre ou pour en exempter certaines personnes, nous montrent qu'elle était en usage du temps de ces rois (1), temps où la procédure inquisitoire était encore dans son enfance, mal assise, et suivie exceptionnellement. Il résulte de ces documents, dont il serait facile de multiplier le nombre en recourant à d'autres législations étrangères, que la torture a été pratiquée par toute l'Europe, et particulièrement en France, bien avant l'établissement de la procédure d'inquisition, et que par conséquent ce n'est pas à cette procédure qu'il en faut attribuer l'introduction. Mais ce qu'il y a de vrai, c'est que la torture, peu en harmonie au fond avec le système accusatoire, et restreinte dès lors dans d'étroites limites par la nature même de ce système, découlait comme de source des principes et du caractère du régime inquisitorial; que, si ce régime ne l'avait pas trouvée existante, il l'aurait inventée; qu'il s'en est emparé comme d'une nécessité, et qu'il a donné à cette cruauté, dans les affaires criminelles, une place et une extension qu'elle n'avait jamais eues.

129. Le propre de la procédure inquisitoriale, c'est le secret : puisqu'il s'agit de se mettre à la recherche, à la découverte, sur une dénonciation, sur un bruit public, sur des soupçons, sans qu'il y ait d'adversaire patent, d'accusateur ni même d'accusé, l'obscurité est nécessaire à une marche pareille, et le succès demande le mystère. Aussi, dès l'instant qu'il est question, dans les ordonnances ou dans les autres documents, d'enquêtes écrites, d'information préalable, de poursuites d'office, on voit textuellement que tous ces actes se font en secret. L'audience ne fut atteinte que la dernière par ce principe nouveau : l'instruction faite par la voie exceptionnelle de l'inquisition était secrète; mais les plaidoiries et le jugement restaient publics (2). Ayrault dit avoir lu l'énonciation de cette publicité dans les procès criminels faits plus de six vingts ans auparavant, c'est-à-dire vers 1492, par son bisaïeul maternel, Jean Belin, lieutenant général d'Anjou; et il invoque, en témoignage de la publicité dont on usait en France, les vestiges laissés « aux portes des églises, des châteaux, halles et places publiques, où les siéges des juges y restent encore (3). » A Naples, l'alliance de la forme inquisitoriale et secrète, avec la publicité de la plaidoirie et du jugement, mais seulement d'après la procédure écrite et hors de la présence de l'inculpé, s'est même conservée jusqu'à la fin du dix-huitième siècle (4). En France,

(1) Ordonnance de saint Louis de 1254 (art. 24); de Louis X, mai, juillet et avril 1315 (art. 19); de Philippe V, 1319 (art. 22).

(2) Ordonn. de saint Louis, de décembre 1254, et Louis X, du 1er avril 1315 (art. 9).

(3) Ayrault, liv. III, §§ 71 et 59.

(4) Voir les détails que nous avons donnés là-dessus dans la *Revue de législation* de mars 1845, p. 326.

le procédé inquisitorial finit par produire toutes ses conséquences ; il supprima toute plaidoirie et toute publicité. Déjà ce régime apparaît dans l'ordonnance de Louis XII, de 1498, et il est rigoureusement établi par celles de 1639 et de 1670.

130. Il ne nous reste, pour terminer cet exposé sommaire de la marche de notre procédure pénale sous l'influence des ordonnances royales, qu'à mettre en relief les trois ordonnances que nous venons de nommer. En effet, si on laisse à part les dispositions isolées, pour ne s'en tenir qu'aux réglements généraux, on trouve que notre procédure pénale a été organisée trois fois dans son ensemble par des textes législatifs durant le cours de notre ancienne monarchie, et que chaque fois cette organisation a été plus compacte, plus nettement dessinée et plus spéciale.

Elle l'a été une première fois par l'ordonnance de Louis XII, du mois de mars 1498, rendue en assemblée de notables : ordonnance qui a pour but la réformation de la justice en général, et dans laquelle les articles destinés à régler la procédure pénale tiennent une large place (30 articles environ sur 162).

Elle l'a été une seconde fois dans l'ordonnance de Villers-Cotterests, nommée l'ordonnance du chancelier Poyet, rendue en août 1539, sous François Ier, sur le fait de la justice et abréviation des procès, aussi en général, dans laquelle la procédure criminelle entre également pour une bonne part (37 articles environ sur 192).

Enfin elle l'a été dans une ordonnance spéciale, très-étendue, longuement discutée, méthodiquement divisée, et formant code pour la matière : celle de Louis XIV, du mois d'août 1670, qu'on appelle l'*Ordonnance criminelle*, par excellence.

131. Dans l'ordonnance de 1498, il est encore question d'assises temporaires (art. 81, 90) ; de conseillers et praticiens de l'auditoire qui doivent se joindre au juge, au nombre de six ou quatre pour le moins, quand il y a lieu à sentence de mort, de torture ou d'autre peine corporelle (art. 94 et 115) ; du maintien des usages observés en plusieurs lieux « où on a accoustumé de juger les criminels en assistance, par hommes jugeants » (art. 94) ; et enfin des parties adverses, accusateur et accusé (art. 95, 99 et suiv.). Ce sont les derniers vestiges de la juridiction par les hommes du pays et de la procédure accusatoire.

Mais les informations et enquêtes sont faites par écrits, secrètement (art. 95 à 102) ; mais la géhenne, ou torture, est réglée comme mode commun d'instruction (art. 112 et 113) ; — mais la poursuite d'office, le jugement en secret et sans plaidoirie sont législativement consacrés (1).

(1) *Art.* 110, secret de toute l'instruction, « le plus diligemment et secrètement que faire se pourra, en manière que aucun n'en soit averti, pour éviter les subornations et forgements qui se pourroient faire. » — *Art.* 112, secret de la délibération sur la torture, qui sera exécutée incontinent. — *Art.* 115, secret de la délibération au fond, « sur peine de punition corporelle contre les

Seulement, cette forme de procédure est qualifiée de procédure *à l'extraordinaire* (art. 107 et 108) ; elle n'est organisée que pour les cas de crime (art. 110), et non pour les délits inférieurs, lesquels doivent être jugés sommairement, les parties ouïes, en plein auditoire (art. 106, 107 et 108) ; enfin, même à l'égard des crimes, elle ne domine pas exclusivement, et si, après avoir fait le procès à l'extraordinaire, « on n'a rien pu gagner » par ce mode exceptionnel, le juge peut ordonner que la forme ordinaire sera reprise « et la matière plaidoyée publiquement (1) » (art. 118 et 121). C'est encore une sorte de partage entre l'une et l'autre de ces formes.

132. L'ordonnance criminelle de 1539 est entrée plus vivement dans le système extraordinaire, et y a ajouté de nouvelles rigueurs. L'auteur de cette ordonnance, le chancelier Poyet, ne garda pas longtemps encore son pouvoir : trois ans après la promulgation de son ordonnance, il était arrêté (en 1542), déféré au parlement, jugé suivant les formes par lui-même établies, et enfin condamné (en 1545) comme coupable de prévarication (2). Cette chute du chancelier, en dégageant la critique des ménagements qu'impose toujours la puissance, a livré l'œuvre législative qui venait de lui à une sévère appréciation, et les contemporains eux-mêmes n'ont épargné ni les dispositions de l'ordonnance ni la mémoire du chancelier.

133. On lui attribue communément d'avoir introduit dans notre procédure criminelle le secret ; mais le secret, comme nous l'avons montré, venait de plus loin, et il était déjà prescrit par l'ordonnance de 1498 (3). L'œuvre du chancelier Poyet fut de généraliser définitivement et d'une manière absolue cette prescription, en abolissant « tous stils, usances ou coustumes » con-

---

revelans ou autrement. » — *Art.* 116, secret de la prononciation de la sentence ; non pas cependant d'une manière absolue, car cette prononciation sera faite « en plein auditoire ou en la Chambre du Conseil, suivant les coustumes des lieux, lui (l'inculpé) étant en la charte ou prison. » Après quoi, « le prisonnier est amené, et lui est prononcée sa sentence. »

(1) *Art.* 118 et 121. On voit par ce dernier article que ce procès, remis à l'ordinaire, n'est pas seulement pour les conclusions civiles, mais bien pour les conclusions pénales, et qu'il peut y être prononcé peines corporelles criminelles.

(2) Condamné à 100,000 livres d'amende, à cinq ans de détention, et déclaré inhabile à tous emplois, il fut élargi après le payement de l'amende, et mourut en 1548. Ce fut à lui qu'il fut dit pendant le procès : « *Patere legem quam ipse tuleris.* » L'histoire est fort vulgaire, ajoute déjà de son temps Charondas le Caron en ses notes sur Imbert.

(3) Voir ci-dessus, nos 129 et 131. C'est donc avec raison que Charondas le Caron, dans ses notes sur le Code Henri III (liv. VII, tit. III, *Des informations*, art. 1), a écrit : « ..... Les procès criminels se sont faicts secrètement, mesmes auparavant l'ordonnance de l'an 1539, et n'en faut réputer l'inventeur le chancelier Poyet, car nous avons assez d'exemples des procès faicts par la forme prescripte par ladicte ordonnance, auparavant icelle. »

traires (1), et c'est dans ce sens qu'il faut entendre les plaintes faites à ce sujet contre lui par Ayrault (2).

134. Mais voici des points capitaux, formant des iniquités nouvelles, qu'on peut dire véritablement propres à l'ordonnance de 1539 ; ils attaquent des droits essentiels de la défense, dont ils restreignent l'exercice dans un moment unique et fatal.

Ainsi, l'accusé doit proposer ses reproches contre les témoins à l'instant même où ceux-ci lui sont présentés pour la confrontation, et avant la lecture de leur disposition ; après quoi il n'y sera plus reçu (art. 154) : disposition qui est « contre les droits anciens, et contre l'équité et l'humanité naturelles », dit Ayrault (3).

Ainsi, il doit nommer les témoins par lesquels il entend prouver ses reproches ou ses faits de justification à l'instant même où ces faits sont énoncés soit par lui, soit par le juge ; après quoi il n'y sera plus reçu (art. 157 et 158). « Voyez la tyrannie de cet impie Poyet ! » s'écrie à ce propos Dumoulin (4).

Il reste étranger à l'assignation des témoins par lui invoqués et à l'information à décharge qui en résulte : ces actes devant se faire d'office, sans son concours et à son insu, avec défense de l'élargir dans l'intervalle (art. 159 et 152) (5).

Enfin, l'information à décharge est séparée de l'information à charge ; il n'en est question, elle ne se fait que lorsque la première est terminée, et il faut un jugement pour l'autoriser.

---

(1) Art. 162 de l'ordonnance : « ..... Et seront ouys et interrogez comme dessus séparément, secrettement et à part, ostant et abolissant tous stils, usances ou coustumes, par lesquelles les accusez avoient accoustumés d'estre ouïs en jugement pour sçavoir s'ils doivent estre accusez, et à cette fin, avoir communication des faits et articles concernans les crimes et delicts dont ils estoient accusez, et toutes autres choses contraires à ce qui est contenu cy-dessus.

(2) « Toutesfois l'ordonnance de 1539 est venue, laquelle, abolissant tout autre stile et coustume, a voulu que les procès se facent secretement et à part. » (Ayrault, liv. III, part. III, n° 71.)

(3) Ayrault, liv. III, part. III, n° 47 : « C'est après la déposition leuë que la reproche doit estre principalement alleguée ; car la reproche est défense... Si l'accusé, en quelque partie de la cause que ce puisse estre, offre alleguer et justifier ses reproches : pourquoy ni sera il point receu ? » (*Ibid.*, n° 45.) Les Établissements de saint Louis (chap. 2) et les Décrétales (liv. II, tit. XX, *De testibus*, chap. 31), auxquelles se référait le saint roi, réservaient positivement aux parties le droit de toute objection raisonnable contre le dire du témoin, après le *pueploiement*, c'est-à-dire la publication de la déposition. (Voir ci-dessus nos 70 et 126.)

(4) « Vide tyrannicam opinionem illius impii Pojeti ! » (Dumoulin, art. 158 de l'ordonnance, t. II de ses œuvres, p. 793).

(5) « En ceste ordonnance, que nous attribuons audict sieur Poyet, chancelier, il y a encore deux choses si esloignées des ancieunes formes, qu'elles font douter de son équité. Il est dict que l'accusé nommera ses tesmoins sur le champ, et que ce ne sera pas luy qui les fera venir, ains le Procureur du Roy. Que veut dire cela ? L'accusateur aura delay de faire son inquisition, et l'accusé devinera à l'instant quels tesmoins le peuvent justifier ? Et ceux qu'il nomme pour sa défense, un tiers les fera venir, non pas luy ? » (Ayrault, liv. III, part. III, n° 51.)

« Ceci ne doit pas être observé, » écrit Dumoulin au sujet d'un article en relation avec ce système (1).

135. Outre ces rigoureuses innovations, on trouve encore dans l'ordonnance de 1539 la prestation de serment imposée à l'accusé (art. 154), tandis que Beaumanoir écrivait déjà de son temps : « Et en cas de crieme, n'est nus tenus de fere serement contre soi-meisme (2) ; » on y trouve la torture (art. 163 et 164) ; le procès à l'ordinaire pour les cas de petite importance (art. 150) ; et, disposition remarquable pour cette époque, mais restée dans la plupart des cas impuissante, l'autorisation de saisir, en vertu de l'ordre du juge, en tout lieu de franchise ou asile, toute personne contre laquelle il a été décerné prise de corps sur informations (art. 166).

136. Dès cette époque, le système de la procédure extraordinaire ou inquisitoriale en France est constitué dans toutes ses rigueurs. Pour voir combien ce système, par les dispositions des ordonnances et par les usages judiciaires, en était déjà venu à former un tout complet, uni dans son ensemble et dans ses détails, il suffit de lire les *Pratiques* du premier président Lizet et d'Imbert, postérieures de douze ou quinze années seulement à l'ordonnance de 1539. Puis, si l'on joint à ces pratiques les pages si vives, si hautement indépendantes d'Ayrault, on aura l'exemple des réclamations que la science éleva, dès lors, contre un tel système.

137. Cette procédure extraordinaire s'applique exclusivement aux crimes ; et les débats publics, les plaidoiries y étant supprimés, jusqu'à la sentence, elle est toute dans l'instruction : voilà pourquoi elle prend le nom spécial d'*Instruction criminelle*. Elle a sa base essentielle dans l'information, ou audition de témoins faite secrètement : nommée *information*, suivant le jeu de mot épigrammatique du premier président de Thou, parce que la preuve qu'on en tire est preuve sans forme, sur laquelle on ne peut asseoir un bon jugement (3). — Cette information est d'abord l'œuvre d'un sergent et de son adjoint, gens capables, au dire d'Imbert, de la faire « grasse ou maigre » suivant le désir de la partie poursuivante (4). — L'accusé ignore quel est son délateur, ce qui n'est

(1) « Non debet servari, sed sola dispositio legis. » (Dumoulin, t. II de ses œuvres, p. 792, art. 153 de l'ordonnance.) « Tout ce que dessus me donne quelque folle hardiesse de dire que je ne sçay pas bonnement ce qui meut aussi ledict sieur Poyet de changer ceste belle et honneste façon de procéder, que tout à un coup les deux parties fissent leurs preuves, et que celle qu'il nous a introduicte, d'interloquer pour informer des faicts justificatifs et de reproches, nous l'ayons tous receuë si constamment..... Les anciens ne jugeoient point aujourd'huy de la charge, et trois, quatre ou six mois après, de la descharge et justification de l'accusé. Ils ne faisoient point d'une accusation deux procès. » (Ayrault, liv. III, part. III, nos 49 et 50.)

(2) Chap. XL, *Des enquestes*, § 7.

(3) Ayrault, liv. III, part. I, no 14.

(4) Imbert, liv. III, chap. XIII, no 13. — « En toutes ces informations faictes par tels ministres, nous n'y voyons guere que menteries. » (Ayrault, liv. III, part. II, no 43.)

pas procès, « mais embûche, mais chausse-trape, » et quelle est l'accusation sur laquelle on l'interroge, ce qui est « véritablement lui couper la gorge », dit Ayrault (1). — Si les témoins manquent, on recourt aux monitions et censures ecclésiastiques pour les contraindre à se découvrir (2). — Du reste, interrogatoire de l'accusé, audition, récolement, confrontation des témoins (3), tout se « traicte entre des murailles muettes et sourdes; » sans que ni public, ni parties, ni juges y assistent, hors un ou deux juges dont c'est la commission; « car on a fait des mestiers et offices d'ouyr tesmoins (4). » — Le tout se formule en écrits; les procès se mettent dans des sacs; on n'amène pas devant les juges les témoins, on apporte le sac; et, si en route l'accusé parvient, comme celui dont Ayrault raconte l'histoire, à mettre la main sur le sac, il peut s'arranger une bonne procédure (5). « Finalement, tous fondent leur religion et conscience sus du papier, peut estre faux, peut estre mal grossoié, peut estre défectueux (6). » — « Ceste façon ostée d'instruire le procès publiquement, à tout le moins, dit Ayrault, nous deveroit-il rester, le procès estant instruict, d'ouïr les parties en plaidoirie (7) ? » Mais les plaidoiries elles-mêmes sont supprimées; le secret continue jusqu'à la prononciation de la sentence, quelquefois même jusqu'à l'exécution.

138. Un intervalle de cent trente et un ans, durant lequel l'ordonnance de 1539 ne cessa pas de faire loi, sépare cette ordonnance de François Ier et celle de Louis XIV. La procédure inquisitoriale était entrée plus avant dans les mœurs et dans la pratique; ce qui avait été nouveauté en 1539 était devenu tradition et institution des ancêtres. L'ordonnance criminelle de 1670 ne changea pas le système, elle ne fit que le codifier, en y comprenant jusques aux rigueurs introduites pour la première fois par le chancelier Poyet. Nul alors n'aurait eu en pensée les hardiesses d'Ayrault; la seule lecture des discussions préparatoires de l'ordonnance nous montre quelle est l'influence de l'opinion commune et des usages de chaque époque sur les esprits contemporains, même les plus éminents (8).

---

(1) AYRAULT, liv. II, part. IV, nos 79 et 35.

(2) « N'y a rien si vulgoire aujourd'huy que pour avoir preuve et revelation du crime poursuivy ou à poursuivyr pardevant nous : aller aux monitions et censures ecclésiastiques. Avons-nous point quelque remarque aux anciens, qu'à ces fins ils soient allez mandier de leurs pontifes telles imprécations et malédictions ? » (AYRAULT, liv. III, part. II, no 35.)

(3) *Ibid.*, part. III. no 63.

(4) « Il n'y a rien si pernicieux en la justice dont nous usons que d'y avoir introduict des mestiers et offices d'ouyr tesmoins. » (*Ibid.*, part. III, no 41.)

(5) *Ibid.*, no 30.

(6) *Ibid.*, no 73.

(7) *Ibid.*, no 75.

(8) Je ne saurais mieux faire que de renvoyer, pour l'étude approfondie de

139. Il était réservé au dix-huitième siècle de produire contre la pénalité, contre les juridictions et la procédure pénales ainsi organisées, une populaire et énergique réaction.

C'est dans le courant et sous l'influence de cette réaction que paraissent deux déclarations de Louis XVI, par lesquelles se termine la série des ordonnances de l'ancienne monarchie à signaler sur notre matière : l'une, du 24 août 1780, abolissant la question préparatoire ; l'autre, du 1er mai 1788, annonçant le projet d'une révision générale des lois criminelles, introduisant quelques adoucissements immédiats peu significatifs, et supprimant la question définitive, mais seulement par forme d'essai, sous réserve de la rétablir en cas de besoin.

140. La première de ces ordonnances ne procède qu'avec une hésitation méticuleuse. Le roi proteste qu'il est de sa sagesse « de ne point ouvrir des facilités pour introduire en toutes choses un droit nouveau, qui ébranlerait les principes et pourrait conduire par degrés à des innovations dangereuses ». Mais il n'a pu se refuser aux réflexions et à l'expérience des premiers magistrats, qui lui ont *laissé entrevoir*, dans ce genre de condamnation, trop de rigueur contre l'accusé. Et toutefois il se hâte d'annoncer en même temps *à ses peuples* que si, par un effet de la clémence qui lui est naturelle, il se relâche en cette occasion de l'ancienne sévérité des lois, il n'entend pas en restreindre l'autorité par rapport aux autres voies prescrites contre les crimes et les délits.

141. La seconde ordonnance est un peu plus prononcée dans son allure progressive : la préparation des réformes a marché, les idées sont devenues des besoins, on est à la veille de grands événements. L'ordonnance parle de la nécessité de mettre les lois au niveau de la raison publique ; elle promet une *révolution* dans la législation pénale, elle avertit que tous les sujets auront le droit de concourir à l'exécution du projet en adressant des observations et des mémoires au garde des sceaux. Mais il ne s'agit encore que d'un projet, ou, pour mieux dire, de l'annonce d'un projet ; les quelques dispositions renfermées dans l'ordonnance ne changent rien au système général, et la suspension de la torture définitive n'y est même qualifiée que de mesure provisoire : tandis que depuis plusieurs années, antérieurement même à l'ordonnance de 1780, la torture était déjà supprimée à Naples, en Toscane, en Prusse et en Autriche !

142. Voilà où nous en étions en fait de droit pénal lorsque survint la révolution de quatre-vingt-neuf.

Là s'arrêtent les sources de notre ancien droit pénal, que je me proposais d'indiquer, et commencent celles de notre droit actuel. Quoique séparées des précédentes, ces nouvelles sources

---

l'histoire de notre procédure pénale, au savant *Traité de l'Instruction criminelle*, par notre digne ami M. Faustin Hélie.

ne laissent pas de communiquer avec elles, et plus d'un filet important a coulé des unes dans les autres. Rien ne se produit sans la loi de génération; en toute chose, le présent est fils du passé et père de l'avenir.

§ 7. Lois et codes depuis la révolution de 1789

143. A cette époque, la France commence dans l'histoire moderne de l'Europe ce que j'appelle le second âge des révolutions. L'œuvre capitale de ce nouvel âge est d'apporter dans le travail effectif des institutions le principe nouveau de l'égalité, à côté du vieux principe, dont la réalisation fut poursuivie dans tous les temps, la liberté. Le droit pénal s'en ressentira. Toute révolution sociale a son influence sur le droit privé, toute révolution politique sur le droit pénal; à plus forte raison celles qui sont à la fois sociales et politiques.

La thèse de la réformation nécessaire des lois criminelles avait été, pour la philosophie du dix-huitième siècle, un prélude aux rénovations plus générales qui se préparaient, un premier champ ouvert à la controverse et à l'attaque des institutions existantes, dans lequel s'étaient jetés avec activité les hommes qu'on devait voir plus tard à la tête des partis, dès qu'une carrière bien autrement révolutionnaire s'offrirait à eux. Dans ces questions, à la suite de Montesquieu, de J. J. Rousseau, de Voltaire, de Beccaria, à côté de Servan, de Dupaty, de Lacretelle et de tant d'autres, avaient débuté Brissot, Robespierre et Marat (1). Les cahiers des trois ordres pour les états généraux demandaient tous cette réforme des lois criminelles et en indiquaient les bases. Après avoir passé des livres et des discussions de philosophie dans les concours académiques et dans les pamphlets, les questions arrivaient à la tribune nationale.

Nous avons tracé ailleurs le tableau de ce mouvement, et apprécié la série des travaux législatifs qui ont substitué au système ancien les matériaux et l'assemblage du système actuel (2). Laissant de côté les lois de détail, les dispositions éparses dans les constitutions successives, il nous suffira de signaler ici les lois importantes, les codes spéciaux, qui font monument et qui doivent

(1) M. Brissot de Varville : *Théorie des lois criminelles*, 1781. — *Le Sang innocent vengé*, couronné par l'Académie de Châlons-sur-Marne, en 1781. — *Bibliothèque philosophique*, ou Choix des meilleurs discours, dissertations, essais, fragments, composés sur la législation criminelle; 1782 à 1785, 10 vol. in-8°.

M. de Robespierre, avocat à Arras : *Mémoire* sur le préjugé qui étend à la famille du coupable la honte des peines infamantes, couronné par l'Académie de Metz, en 1784.

Marat, *Plan de législation criminelle*, 1789.

(2) Voir le résumé d'un de nos cours : *Cours de législation pénale comparée, introduction historique*, 1841, 1 vol. in-8°.

s'inscrire au nombre des sources les plus directes de notre droit pénal.

144. Sous la Constituante :

La loi du 19-22 juillet 1791, qui, sous le titre d'*Organisation d'une police municipale et d'une police correctionnelle,* règle la pénalité, la juridiction et la procédure quant aux délits d'un ordre inférieur, qualifiés de délits de police municipale et délits de police correctionnelle ;

La loi du 16-29 septembre 1791, qui, sous le titre de loi *concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés,* règle la juridiction et la procédure quant aux délits de l'ordre le plus grave, qualifiés de délits méritant peine afflictive ou infamante, ceux auxquels nous donnons aujourd'hui le nom de crimes. On peut dire que cette loi est le code de juridiction et de procédure criminelles de l'Assemblée constituante ;

Le *Code pénal,* du 25 septembre-6 octobre 1791, qui, malgré la généralité de son titre, ne traite que la pénalité applicable aux délits méritant peine afflictive ou infamante.

155. Dès l'abord de cette législation, on voit, d'après quelques éléments antérieurs alliés à de nouvelles données, s'établir une division tripartite entre la police municipale, la police correctionnelle et la police de sûreté, auxquelles correspondent trois ordres divers d'infractions : les délits de police municipale, les délits de police correctionnelle et les délits méritant peine afflictive ou infamante, ayant chacun leurs juridictions et leurs formes de procéder.

146. Les projets de ces lois dans l'Assemblée sont préparés par les comités de constitution et de législation criminelle réunis ; la discussion publique est vive et brève ; elle ne s'anime que sur les points capitaux qui forment la base, qui divisent les opinions : sur l'institution du jury, dans la loi de procédure criminelle ; sur le maintien ou l'abrogation de la peine de mort, sur le mode d'exécution de cette peine, sur le droit de grâce, dans le Code pénal.

Le jury est institué, mais seulement pour les délits emportant peine afflictive ou infamante, et il l'est à deux degrés : jury d'accusation et jury de jugement.

L'abolition de la peine de mort, proposée par les comités, soutenue par Robespierre, par Pétion, par Duport, est rejetée par l'Assemblée.

La question sur le mode d'exécution est une question d'égalité : l'ancien régime avait la hache pour les nobles, la corde pour les vilains ; en adoptant la décapitation, on relève tous les coupables au même niveau.

Le droit de grâce touche à la question du pouvoir royal ; c'est, pour ainsi dire, le véto en matière criminelle ; aussi est-il discuté au club des Jacobins en même temps qu'à l'Assemblée ; le Code pénal l'abolit pour tout crime poursuivi par voie de jurés.

147. Sous l'Assemblée législative, et sur le rapport du secrétaire perpétuel de l'Académie de chirurgie, est décrété le nouvel instrument du supplice (décret du 20-25 mars 1792) : destiné à fonctionner bientôt comme un instrument de gouvernement.

148. Sous la Convention, du jour de son ouverture (septembre 1792) à la révolution du 9 thermidor (juillet 1794), nous ne voyons qu'un état de guerre : guerre intérieure, guerre extérieure ; la loi et la justice pénale sont transformées en moyens de guerre.

C'est postérieurement au 9 thermidor, dans la seconde période de l'existence de la Convention, qu'apparaît un monument important pour l'histoire de notre droit pénal :

Le *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV (26 octobre 1795).

« On a voulu simplifier, classer dans un ordre clair et méthodique, opérer une refonte générale de toutes les lois de la révolution, pour la poursuite et la punition des délits de toute espèce. » C'est le rapporteur, Merlin, qui nous le dit. Mais le temps a manqué pour l'exécution entière de ce projet. Quoi qu'annonce son titre, le *Code des délits et des peines* n'est véritablement qu'un code de juridiction et de procédure pénales. Sur ces deux points il présente, posée méthodiquement et dans un système complet, en y apportant quelques changements de dénomination, la division déjà établie des juridictions répressives en trois classes : tribunaux de simple police, tribunaux correctionnels et tribunaux criminels ; ainsi que les formes de procéder propres à chacune de ces juridictions. Quant à la pénalité, il contient peu de chose et renvoie aux lois précédentes.

Ce code a eu quinze ans d'application, quinze ans pour pénétrer dans les habitudes contemporaines et pour s'y asseoir. On le verra se reproduire en grande partie dans le code de 1808 et dans la législation postérieure.

149. Durant la première période conventionnelle, et parmi les violences de la lutte, une peine condamnée par la science rationnelle, abolie par la Constituante, la confiscation, a été ressuscitée (1) : elle survivra aux événements, et la législation impériale en recueillera l'héritage.

Cependant la Convention avait pris à tâche de ne point se séparer sans avoir aboli la peine de mort. Plus de six fois la proposition en est faite dans le cours de ses travaux (2) et repoussée par cette objection : « Le temps n'est pas venu. » Au dernier moment elle se sépare en votant cet article : « A dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans toute

(1) Décrets 27 juillet-2 septembre et 30 août-3 septembre 1792; 10 et 19 mars 1793 ; 1, 19, 29 brumaire et 26 frimaire an II.

(2) Séances du 23 janvier et du 17 juin 1793, du 8 brumaire, du 30 nivôse, du 23 germinal an III, du 9 vendémiaire, et finalement du 14 brumaire an IV.

la république française (1) ! » Ce décret n'aura été qu'une phrase.

150. Sous le Consulat et sous l'Empire, le système d'une codification générale en des codes simples, brefs, à la portée de tous, est conçu et réalisé. Le droit pénal y est compris (2). De là sortent, en dernier lieu, après des travaux plusieurs fois interrompus :

Le *Code d'instruction criminelle*, décrété en neuf lois, du 17 novembre au 16 décembre 1808,

Et le *Code pénal*, décrété en sept lois, du 12 au 20 février 1810;

Lois promulguées d'abord séparément, au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées, et réunies ensuite pour chaque code en un seul corps, sous une même série de numéros (3). Les deux codes, après des délais successivement prorogés (4), furent déclarés exécutoires tous les deux en même temps, à partir du 1er janvier 1811.

Il faut rapprocher de ces codes la *loi sur l'organisation judiciaire*, du 20 avril 1810.

151. Le mécanisme législatif alors employé est essentiel à remarquer. Ce mécanisme imite celui de la justice. Le Corps législatif est une sorte de grand juge de la législation : la loi est comme le résultat d'un jugement qu'il rend. Devant lui comparaissent, d'une part, le gouvernement, par l'organe de ses commissaires chargés de défendre le projet ; de l'autre, le Tribunat, par l'organe de ses délégués. Chacun d'eux expose son avis et ses motifs, quelquefois d'accord, quelquefois en opposition; puis, à la suite de ces discours, le Corps législatif, semblable à un jury silencieux,

---

(1) Décret du 4 brumaire an IV.

(2) Un premier projet de *Code criminel* embrassait à la fois la pénalité et la procédure pénale. Discuté au conseil d'État, en 25 séances, presque toujours présidées par l'Empereur, qui y prit une grande part (du 16 prairial an XII-5 juin 1804 au 29 frimaire an XIII-20 décembre 1804), il fut, après une interruption de quatre ans dans la discussion, abandonné et remplacé par deux projets séparés, l'un de *Code d'instruction criminelle*, et l'autre de *Code pénal*. — La commission du conseil d'État, pour ce premier projet, était composée de MM. Vieillard, Target, Oudard, Treilhard et Blondel. — Des observations générales, sources bonnes à consulter, furent émises : sur la première partie relative à la pénalité, par M. Target; et sur la seconde, relative à la procédure, par M. Oudard.

(3) Le *Code d'instruction criminelle* fut discuté au conseil d'État en trente-sept séances, du 30 janvier au 30 octobre 1808 : le *Code pénal* en quarante et une séances, du 4 octobre 1808 au 18 janvier 1810. — A l'époque où le projet primitif fut remplacé par ces deux projets de codes séparés, la section de législation du conseil d'État était composée de MM. Treilhard, président : Albisson, Berlier, Faure, Réal. Elle s'adjoignit en outre, pour ce travail, le premier président de la Cour de cassation, M. Muraire, et le procureur général, M. Merlin. — Les orateurs du gouvernement devant le Corps législatif, sur les divers projets de loi composant ces codes, ont été MM. Treilhard, Faure, Berlier, Réal, Albisson, Portalis, Pelet, Maret, Giunti, Corsini, Corvetto.

(4) Décrets des 2 février et 17 décembre 1809; 13 mars, 23 juillet et 25 novembre 1810.

sans pouvoir rien dire dans la discussion, rien ajouter, rien retrancher, rien amender, prononce le rejet ou l'adoption (1).

Ce mécanisme avait un vice saillant; il ne donnait rien à l'esprit de conciliation, de concession mutuelle ou de correction; il conduisait inévitablement à cette alternative : ou d'une opposition qui ferait obstacle à tout, ou d'une complaisance servile qui laisserait passer tout; et la première expérience fut celle de l'opposition. — On chercha à remédier à ce vice par une communication officieuse faite avant la solennité d'apparat. Au moyen de cette communication, le conseil d'État, instrument gouvernemental d'élaboration de la loi, pouvait s'entendre avec le Tribunat, avoir égard à ses avis, préparer, pour ainsi dire, avec lui, le jugement à huis clos et d'accord. De contradicteur, le Tribunat était devenu collaborateur : l'acceptation publique n'était plus qu'une forme. Plus tard, le Tribunat lui-même, fantôme déjà nominal, avait été supprimé (2), et ses fonctions officieuses transportées à des commissions du Corps législatif. Tel était l'état des choses lorsque les lois composant le Code d'instruction criminelle et le Code pénal furent votées.

152. On conçoit que dans un tel système ce sont les discussions du conseil d'État qui constituent le travail sérieux pour la formation de la loi, les documents essentiels à consulter pour l'étude de cette formation.

La pensée qui préside à ce travail est de donner par-dessus tout force au pouvoir, force aux institutions, énergie aux peines. — Une difficulté ne tarde pas à surgir. L'empereur, dans le courant de ces discussions, a conçu un projet large, une organisation puissante à faire : l'organisation de tout l'ordre judiciaire; la réunion intime de la justice civile et de la justice criminelle en un grand corps compacte, et relié par degrés hiérarchiques sur toute l'étendue de l'empire. Mais cet établissement nouveau est-il conciliable avec le jury? Comment accommoder le maintien de l'un avec la création de l'autre? Ne vaut-il pas mieux supprimer le jury? Peut-on se permettre cette suppression? Ces difficultés, jointes à des événements majeurs de ces temps, tinrent en échec pendant plus de trois ans les projets de codification criminelle, et ce ne fut qu'après avoir trouvé un système conciliateur qu'on marcha rapidement dans ces projets, et que les lois du Code d'instruction criminelle, celle de l'organisation judiciaire et celle du Code pénal furent décrétées et promulguées pour entrer simultanément en application.

153. D'après ces nouveaux codes, le jury d'accusation disparut, remplacé par les chambres d'accusation : « Les constitutions de

(1) Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), suivie des sénatus-consultes organiques des 16 thermidor au V (4 août 1802) et 28 floréal an XII (18 mai 1804).

(2) Sénatus-consulte du 19 août 1807.

« l'empire ordonnent qu'il y aura un jury d'accusation, » disait Treilhard, « mais elles ne défendent pas de le placer dans le tri- « bunal. » A ce compte, on aurait pu supprimer même le jury de jugement. Des tribunaux d'exception, sous le nom de *Cours spéciales*, furent organisés pour un grand nombre de cas ; des peines abolies ou laissées de côté par la Constituante, telles que la marque, la mutilation, la confiscation générale, la mort civile, et ressuscitées pour la plupart au milieu des luttes politiques qu'on venait de traverser, furent replacées dans le cadre normal du système répressif; la peine de mort, dont la Convention n'avait décrété qu'une abrogation conditionnelle, bientôt révoquée (1), fut étendue à des cas plus nombreux d'application; en un mot, la nouvelle législation pénale, avec des améliorations incontestables de clarté, de simplification et de coordination, porta énergiquement l'empreinte de l'esprit de reconstitution de l'autorité dans lequel elle avait été conçue.

154. Sous la Restauration, — la confiscation abolie, — les diverses lois relatives à la répression des crimes et délits de la presse, notamment celle du 17 mai 1819, quant à la pénalité, qui était en progrès incontestable sur le Code pénal de 1810 ; et celle du 25 mai 1819, quant à la juridiction, qui introduisait le principe de la compétence exclusive du jury en cette matière : avec leurs intervalles intermittents de prohibitions, de censure et de rigueurs; — la loi éphémère du sacrilége, du 20 avril 1825; — la loi sur le jury, du 22 mars 1827, complétée par celle du 2 janvier 1828, qui apportaient un système nouveau et des garanties, sinon entières, du moins plus sérieuses dans l'organisation de cette institution, témoignent à la fois de l'esprit personnel de la monarchie du droit divin restaurée, des oscillations du régime représentatif à deux chambres sous cette monarchie, et des progrès disputés que faisait d'année en année l'esprit public dans la pratique et dans les conquêtes de ce régime.

Une loi du 25 juin 1824, pompeusement intitulée *loi modificative du Code pénal*, ne contient que quelques dispositions de détail en petit nombre et de peu d'importance; on y peut remarquer en germe un faible commencement d'extension du bénéfice des circonstances atténuantes, de la classe des contraventions ou des délits à celle des crimes.

155. Sous la monarchie de 1830, la loi de *révision du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, du 28 avril 1832 (2).

---

(1) Ajournée indéfiniment par une loi du 8 nivôse an X.

(2) Projet élaboré par une commission spéciale. — Communiqué à la Cour de cassation et aux Cours royales pour avoir leurs observations. — Présenté à la Chambre des députés, 31 août 1831; rapporteur M. Dumon; adopté avec amendement, 7 décembre 1831. — Porté à la Chambre des pairs, 9 janvier 1832, rapporteur, M. le comte de Bastard, adopté avec amendement le 23 mars 1832. — Reporté à la Chambre des députés le 30 mars 1832; adopté

156. Cette loi, monument principal de ce gouvernement en fait de droit pénal, a procédé par voie de révision des codes existants, avec substitution des articles nouvellement rédigés aux anciens articles, sans que la série des numéros s'en trouve altérée; méthode qui a bien quelques inconvénients historiques, mais qui offre le grand avantage de maintenir tous les bénéfices pratiques de la codification. Une nouvelle édition officielle des deux codes a été publiée en conséquence. La même méthode a été suivie dans la nouvelle révision opérée en 1863 pour le Code pénal.

157. La pensée générale de cette révision a été une pensée d'adoucissement à la pénalité, et d'augmentation des garanties individuelles en fait de juridiction et de procédure. Il y faut remarquer particulièrement ; — 1° l'abolition de certaines peines (mutilation du poignet, marque, carcan, mise à la disposition du gouvernement), et la modification de quelques autres (exposition publique, surveillance de la haute police); — 2° la division des peines en deux natures, suivant deux échelles séparées : l'une pour les crimes politiques, l'autre pour les crimes ordinaires; — 3° enfin, le système des circonstances atténuantes étendu à tous les cas de crime : système qui constitue sans contredit la plus large innovation dans la réforme de 1832, et que le législateur d'alors a considéré en quelque sorte comme un remède universel destiné à obvier à toutes les imperfections qu'il laissait subsister dans la loi criminelle : espèce de blanc seing par lequel ce législateur se déchargeait sur le jury du travail qu'il n'avait pas accompli.

158. Mais, si là se borne, quant au droit pénal positif, l'œuvre principale du gouvernement de juillet en fait de loi promulguée et entrée en application, un travail bien plus important s'est opéré dans la science, dans les esprits, dans les essais de l'administration, dans les matériaux préparés par elle, et dans les projets soumis et discutés à diverses fois devant les Chambres, pendant le cours des années qu'embrasse la durée de ce gouvernement (1). Ce travail avait pour but une rénovation radicale du système répressif, par l'organisation nouvelle des peines privatives de liberté. L'idée en faveur y était celle de l'emprisonnement cellulaire.

159. Les révolutions de 1848, de 1851 et de 1870 sont trop près de nous pour être entrées dans l'histoire. Leur influence sur notre droit pénal a été grande, et un nombre déjà considérable de lois particulières en est sorti. Celles de ces lois qui n'ont été

---

tel quel le 8 avril. — Loi sanctionnée et promulguée le 28 avril. — Obligatoire à dater du 1er juin 1832 (art. 105 de la loi).

(1) Projet de loi de 1840, à la Chambre des députés; rapport de M. de Tocqueville (*Moniteur* du 24 juillet 1840); adoption dans la session de 1844. — Observations de la Cour de cassation et des cours royales. — Nouveau projet devant la Chambre des pairs ; rapport de M. Bérenger dans la séance du 25 août 1847.

que transitoires, abrogées presque aussitôt que promulguées, ou destinées à ne pourvoir qu'à des situations temporaires, sont en dehors de notre sujet. Quant aux autres, qui peuvent être considérées comme comprises dans notre droit commun actuel, nous aurons à les faire connaître, et elles se rangeront chacune à leur place dans la partie positive de ce traité.

Nous signalerons plus spécialement parmi les dispositions des lois rendues de 1848 à 1870 : l'abrogation de la peine de mort en matière politique (1), et celle de l'exposition publique (2), abrogations définitivement acquises à notre système répressif; l'appropriation des règles organiques du jury au principe nouveau du suffrage universel (3); l'organisation des peines de la déportation dans une enceinte fortifiée (destinée à remplacer la peine de mort pour crimes politiques), et de la déportation simple édictée par l'article 17 du Code pénal, avec suppression de la mort civile dans les deux cas (4); les colonies agricoles ou pénitentiaires décrétées, au moins en principe, pour les jeunes détenus et pour les jeunes détenues, avec des mesures d'éducation et de patronage (5); l'évacuation des bagnes commencée, et la fondation d'une colonie de répression à Cayenne, aujourd'hui dans la Nouvelle-Calédonie pour la transformation de la peine des travaux forcés (6); l'abrogation générale de la mort civile (7); les modifications apportées au Code d'instruction criminelle dans le but d'accélérer la procédure, de diminuer en conséquence la durée des détentions préventives, de faciliter les mises en liberté provisoire (8); celles relatives aux crimes, délits ou contraventions commises par des Français en pays étranger (9), les nouvelles règles sur la révision des procès criminels et correctionnels (10). Nous devons spécialement signaler une nouvelle édition du Code pénal, dont le législateur a modifié soixante-cinq

---

(1) Décret du Gouvernement provisoire du 26 février 1848. Constitution du 4 novembre 1848, art. 5. Confirmation indirecte par la loi du 10 juin 1853.

(2) Décret du Gouvernement provisoire du 12 avril 1848.

(3) Loi des 7-12 août 1848 sur le jury, remplacée depuis par celles du 4-10 juin 1853 et du 21 novembre 1872.

(4) Loi du 8 juin 1850.

(5) Loi du 13 août 1850.

(6) Décrets du 21 février 1851 et du 27 mars 1852, suivis de la loi du 30 mai 1854, *sur l'exécution de la peine des travaux forcés*.

(7) Loi du 31 mai-3 juin 1854.

(8) Loi du 4 avril 1855, qui modifie l'article 94 du *Code d'instruction criminelle*. — Loi du 17 juillet 1856, qui modifie plusieurs dispositions du *Code d'instruction criminelle* (art. 55, 56, 61, 104 et suiv.) — Loi du 26 mai 1863, sur l'instruction des flagrants délits. — Loi du 14 juillet 1865, sur la mise en liberté provisoire.

(9) Loi du 27 juin 1866, concernant les crimes, les délits et contraventions commises à l'étranger.

(10) Loi du 29 juin 1867, sur la révision des procès criminels et correctionnels.

articles, en substituant, dans un grand nombre de cas, des peines criminelles aux peines correctionnelles (1). — Dans cette période, dès les premiers jours de la révolution de 1848, les idées d'emprisonnement cellulaire pour la rénovation du système répressif commençaient à perdre du terrain, et à être remplacées par celles de colonisation.

Depuis la révolution de 1870, on a établi la juridiction de la Cour d'assises pour les délits politiques et pour les délits de la presse (2), et on a apporté de nouvelles modifications à l'institution du jury (3). L'expérience de la transportation a paru peu satisfaisante, les doctrines pénitentiaires ont repris faveur, et une commission nommée par l'Assemblée nationale (4) prépare aujourd'hui un projet de réforme des prisons.

160. En résumé, le corps de notre droit pénal positif actuel se compose du Code pénal de 1810 et du Code d'instruction criminelle de 1808, revisés l'un et l'autre en 1832, et modifiés encore en certaines de leurs dispositions par diverses lois postérieures, notamment par celle du 13 mai 1863; plus, les nombreuses lois ou règlements particuliers relatifs à des matières spéciales, qui forment un ensemble bien plus considérable que celui des codes. — Dans tout cet ensemble il est facile de reconnaître la main des régimes divers par lesquels nous avons passé; celle de la Constituante, celle de la Convention, celle du régime impérial, celle de la Restauration, celle du gouvernement de Juillet, celle enfin des révolutions de 1848, de 1851 et de 1870, et de se convaincre, par le seul exemple de notre pays, de cette vérité historique, que toute révolution politique a son contre-coup dans les institutions pénales et y laisse toujours quelque chose du sien.

---

(1) Loi du 13 mai 1863.
(2) Loi du 15 avril 1871.
(3) Loi du 21 novembre 1872.
(4) Cette commission, nommée le 31 mai 1872, se compose de quinze membres de l'Assemblée nationale, qui se sont adjoint, en dehors de l'Assemblée, des personnes ayant étudié les questions pénitentiaires.

LIVRE PREMIER

DROIT PÉNAL PROPREMENT DIT, OU PÉNALITÉ

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DIVISION

161. La société, dans la pénalité, procède par la menace et par l'application d'un mal; on la voit user de ses forces collectives pour frapper douloureusement un homme : « De quel droit en agit-elle ainsi, et dans quel but? » Voilà ce qu'on est porté, au premier abord, à se demander. Cette question, qu'on pourrait se poser pour toute branche quelconque de la législation, est de règle en fait de droit pénal, précisément à cause du mal employé ici comme instrument; elle ouvre tous les traités ayant quelque prétention scientifique sur ce sujet. La solution des problèmes qu'elle renferme donne lieu à une partie préliminaire, que nous nommerons la *théorie fondamentale du droit pénal.*

162. Arrivant à la pénalité proprement dite, on conçoit qu'elle offre certaines règles communes sur les faits punissables et sur les châtiments, sur le caractère, les degrés divers et la corrélation nécessaire des uns et des autres, ainsi que sur la nature, l'existence et l'extinction des droits qui s'y réfèrent : le tout considéré d'une manière générale, et sans entrer encore dans le détail des cas particuliers. C'est là une seconde partie, que nous nommerons la *partie générale du droit pénal.*

163. Enfin, après ces règles générales, il faut en venir à passer en revue et à déterminer, dans un ordre méthodique quelconque, chaque fait punissable en particulier, avec les caractères qui le distinguent et le châtiment qui doit être appliqué : troisième et dernière partie, qui prendra le nom de *partie spéciale du droit pénal.*

164. La science n'est pas complète sans ces trois parties; quant à la législation positive, elle ne formule que les deux dernières : la plupart des codes de pénalité commencent par une partie générale et passent ensuite à la partie spéciale. Tel est notre Code pénal français. (Partie générale, art. 1 à 74. — Partie spéciale, art. 75 et suiv.)

165. Avant d'entrer en matière, signalons quelques expressions reçues dans la science, dont nous aurons plus tard à apprécier la valeur, mais qu'il nous faudra employer dès l'abord. Nous nommerons : *délit,* en général, le fait punissable; — *agent du délit* (de *agere, actor*), l'auteur du fait; — *patient du délit,* la personne qui en est lésée, quoique ce mot ne soit pas consacré techniquement dans la science; — *peine,* le mal infligé à titre de châtiment au coupable; — enfin *réparation,* la prestation de l'indemnité due à la personne lésée pour le préjudice qu'elle a éprouvé.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE FONDAMENTALE DU DROIT PÉNAL

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DIVISION

166. En fait, dans les diverses sociétés, des peines existent et sont appliquées. Comment ce fait s'est-il produit? comment la société a-t-elle été conduite à s'attribuer et à exercer cette puissance de punir? C'est là un premier problème, mais un problème purement historique.

167. Ce fait n'est-il qu'un abus de la force, une tyrannie du plus grand nombre contre un seul, du plus puissant contre le plus faible? N'est-il qu'une usurpation des sociétés humaines sur une justice plus élevée, supérieure aux puissances terrestres? Ou bien est-il basé sur un droit; en d'autres termes, la société a-t-elle véritablement le droit de punir? C'est là un second problème, problème philosophique, dans lequel il s'agit de rechercher et de mettre à jour une vérité rationnelle.

168. Enfin, ces peines infligées en fait et en droit, dans quel but doivent-elles l'être? Quel effet doit-on se proposer d'en obtenir? Troisième et dernier problème : celui-ci est un problème d'utilité.

169. Je prie qu'on distingue bien ces trois questions différentes : problème d'histoire, problème de droit, problème d'utilité; toute la théorie fondamentale du droit pénal est dans la solution; c'est pour les avoir confondues généralement et tour à tour les unes avec les autres qu'on a jeté tant d'obscurité et d'inexactitude dans cette théorie. Les trois problèmes peuvent être formulés en ces termes : Quelle a été l'origine historique de la pénalité? Quel est le fondement légitime du droit de punir? Quel doit être le but du droit pénal et des peines?

170. Mais à quoi bon se préoccuper de pareilles recherches? Ne sont-ce pas là de vagues et infertiles spéculations, dépourvues d'utilité pratique, et qui méritent le dédain jeté sur elles par les praticiens? On verra qu'il en est bien autrement. Toute vérité rationnelle démontrée doit conduire à un enseignement positif pour l'application : la théorie fondamentale serait incomplète si elle ne nous donnait pas cet enseignement. Nous devrons le lui demander.

CHAPITRE I

ORIGINE HISTORIQUE DE LA PÉNALITÉ

171. A ne considérer que ce qui a été, et non ce qui devrait être, trouvera-t-on l'origine historique de la pénalité dans la nature spirituelle et perfectionnée de l'homme, ou dans sa nature matérielle et brutale? D'après la loi du développement humain, les commencements des civilisations sont informes et grossiers, les instincts corporels y dominent; la raison n'épure, ne dirige et ne réprime ces instincts que graduellement, à mesure des progrès que nous fait faire la loi de notre perfectibilité. C'est dans l'instinct matériel et brutal que la pénalité prend sa source historiquement.

172. Une action nous blesse; un instinct subit et involontaire nous pousse à une réaction. Si la raison ne vient pas maîtriser cet instinct, nous nous en prenons, instantanément, même à la cause involontaire, même à la cause inanimée du mal qui nous a été fait; à plus forte raison, si l'offense ou la lésion a été volontaire et à mauvais dessein, ou du moins si nous le croyons. Le désir, le besoin de rendre avec usure à l'offenseur le mal que nous en avons reçu nous travaille, nous fait souffrir : la vengeance est une passion, passion active, qui ne s'apaise dans le cœur de celui qu'elle possède que lorsqu'elle a été satisfaite.

173. C'est cette passion que l'on rencontre comme précédant la pénalité et y donnant naissance. Les hommes, aux époques de barbarie, l'érigent en un droit, droit héréditaire, qui se transmet aux mâles de la famille, droit susceptible d'être payé et éteint à prix d'argent, par une rançon. Ce n'est pas seulement à l'origine des nations actuelles de l'Europe, dans les chants des vieux Germains et dans les lois désignées sous le nom de lois des Barbares, que l'on trouve ce droit héréditaire de vengeance et cet usage des rançons ou compositions; les livres de Moïse, les antiques poésies de la Grèce, les récits des voyageurs en Afrique, en Asie et dans le nouveau monde, nous en montrent partout la trace. Homère en met le témoignage dans la bouche d'Ajax et nous en montre la représentation jusque dans les ciselures du bouclier d'Achille (1).

174. De la vengeance privée et des réactions individuelles qui en résultent, la civilisation, nous l'avons déjà fait voir, passe à la vengeance publique et aux peines assises sur cette vengeance : vengeance du roi, vengeance du seigneur, vengeance de la société ou de celui qui en résume les pouvoirs, c'est toujours une passion, mais elle devient moins individuelle et moins désordonnée.

(1) *Deutéronome*, ch. 17, ℣. 4, 6, 12. — *Iliade*, liv. 8 et 9. — Voir un exemple récent, dans un arrêt du tribunal criminel d'Oran, du 8 avril 1853, rapporté dans le *Droit* du 17.

L'élément social se fait entrevoir ; la peine publique, qui n'existait pas dans le premier système, prend ici naissance ; elle est exagérée, cruelle, souvent atroce comme la vengeance, jusqu'à ce que cet élément de la barbarie disparaisse devant la raison.

175. Tel est le fait, mais le fait n'est pas le droit. Le premier problème est résolu ; le second ne l'est pas.

CHAPITRE II

FONDEMENT LÉGITIME DU DROIT DE PUNIR

176. Il s'est produit, pour démontrer la légitimité du droit de punir exercé par la société, tant de systèmes, qu'il est difficile de s'y reconnaître, et qu'on s'explique presque comment le législateur et les jurisconsultes pratiques ont été conduits à laisser dédaigneusement de côté des idées premières sur lesquelles les théoriciens s'accordaient si peu. Toutefois, si multipliés que soient ces systèmes, en les analysant, en cherchant à travers les variantes ce qui est véritablement un fonds commun, il est possible de les ramener tous à se classer, par divers groupes, sous quelques mots.

177. La vengeance, nous l'avons vu, est un instinct naturel : on en a conclu que cet instinct est légitime ; qu'il entre comme moyen dans les vues de la Providence, pour nous forcer à nous respecter les uns les autres ; que la société, quand elle punit, ne fait que diriger cet instinct contre le vrai coupable et le régulariser ; que par conséquent son action est légitime, c'est-à-dire qu'elle a le droit de punir. Voilà une première théorie de la *vengeance* (1). — D'autres, au contraire, reconnaissent que la vengeance est une mauvaise passion ; que le sentiment qu'elle excite, les actes auxquels elle pousse sont condamnables, de nature à troubler et à déchirer la société : or la peine appliquée publiquement a pour effet d'apaiser ces sentiments de vengeance privée, de les satisfaire en quelque sorte et de ramener le calme entre les particuliers ; donc cette peine est légitime : voilà une seconde théorie de la vengeance, celle de la *vengeance épurée* et *ennoblie* (2). — « Cela fut ainsi originairement et par instinct, donc c'est juste, » tel est le raisonnement de la première de ces théories : « Cela produit un effet utile, donc c'est juste, » tel est le raisonnement de la seconde. L'une a confondu le fait historique avec le droit, c'est-à-dire le premier problème avec le second ; l'autre, le résultat utile avec le droit, c'est-à-dire le troisième problème avec le second.

178. La convention, c'est-à-dire l'accord de volonté entre plusieurs, est un fait qui peut créer des droits : une multitude d'écri-

---

(1) Théorie de H. Home ou lord Kaimes.
(2) Théorie de Luden.

vains ont essayé d'asseoir sur cette base conventionnelle le droit qu'a la société de punir. De là les mille théories du *contrat social*. Elles ont desservi tout le dix-huitième siècle et les commencements du dix-neuvième. En les regardant de près, on y distingue trois variantes bien marquées (1). Toutes sont fausses, parce que toutes reposent sur une chimère, sur un prétendu contrat qui n'a jamais existé. Les hommes ne sont pas à l'état de société parce qu'ils en seraient convenus, ils ne sont pas maîtres d'y être ou de n'y être pas ; ils y sont forcément, par la loi même de leur création, et si, dans cet état, le droit de punir existe pour la société, il existe indépendamment de tout contrat. D'ailleurs les conventions humaines ne peuvent pas créer ou détruire des droits indistinctement et sans limite, elles ne le peuvent que pour les objets ou pour les actes dont les hommes sont maîtres de disposer à leur gré (2).

179. Le fait d'avoir occasionné par sa faute, contrairement au droit, un préjudice à quelqu'un est aussi une cause d'obligation. Ce fait nous oblige à réparer le préjudice par nous causé. Nouvelle théorie, qui essaye d'asseoir sur cette idée le droit de punir. Le délit porte un préjudice à la personne qui en est victime, mais il en porte un aussi à la société ; l'un et l'autre de ces préjudices doivent être réparés par le coupable ; la peine n'est autre chose que cette réparation sociale : donc la société a le droit de l'infliger. C'est la théorie de la *réparation* (3). Elle a quelque chose de vrai ; une certaine réparation sociale est contenue sans contredit dans la peine, et souvent même le langage dont nous nous servons vulgairement se réfère, sans que nous nous en doutions, au principe de cette théorie. Mais, si l'on se met à analyser quels sont ces préjudices sociaux dont la peine devrait être une réparation, on verra que plusieurs, tels que celui de l'alarme publique et de l'entraînement du mauvais exemple, ne proviennent pas directement et immédiatement du coupable ; que la réparation n'en pourrait donc pas être mise avec justice sur son compte si l'on ne s'en tenait qu'à ce principe, et qu'en réalité cette théorie confond deux idées bien distinctes : punition et réparation.

---

(1) Première variante : théories de MONTESQUIEU, PUFFENDORF, J. J. ROUSSEAU, BECCARIA, FILANGIERI, BRISSOT DE WARVILLE, etc. — Deuxième variante : théories de WATTEL, de BURLAMAQUI, de PASTORET, etc. — Troisième variante, ingénieuse et bien inspirée des autres, mais d'une extrême subtilité, théorie de FICHTE.

(2) Quelques peines peuvent être véritablement fondées par convention, pourvu que les deux conditions suivantes soient remplies : 1° que la société elle-même soit établie par convention, comme, par exemple, une société de sciences, de lettres, de beaux-arts ou de métier, entre certaines personnes ; 2° que les associés aient le pouvoir de disposer de ce qui fait l'objet de la peine, comme, par exemple, de certaines sommes pécuniaires, à titre d'amende ; mais il en serait autrement s'il s'agissait de coups, de mutilations, d'emprisonnement, toutes choses sur lesquelles les hommes ne sont pas maîtres de disposer par convention.

(3) Théories de KLEIN, SCHNEIDER, WELCKER.

180. Tout être vivant a naturellement un instinct puissant de conservation. Pour l'homme, dans ses rapports avec ses semblables, cet instinct est sanctionné par un droit. Ce droit existe pour les êtres collectifs dont l'existence est légitime, par exemple pour une société, aussi bien que pour les êtres individuels. La société, a-t-on dit, lorsqu'elle punit, ne fait qu'exercer ce droit de conservation : donc punir est pour elle-même un droit. Telles sont les théories du *droit de conservation* ou *de légitime défense sociale* (1). — Nous ferons remarquer qu'il est pour chacun deux manières de pourvoir à sa conservation : en se défendant contre d'injustes agressions ; en cherchant de soi-même ce qui est nécessaire à son existence ou à son bien-être. Dans le premier cas, nous avons le droit de faire à l'agresseur tout le mal indispensable pour écarter le danger imminent dont il nous menace ; dans le second cas, notre droit de conservation rencontre pour limite le droit d'autrui, qu'il ne nous est pas permis de léser. Or la société lorsqu'elle punit ne se trouve pas dans le premier cas ; tous les efforts, toutes les subtilités de la dialectique ne montreront pas qu'elle soit en état de défense légitime contre le délinquant : le délit est commis, le mal est fait, il ne s'agit plus de se défendre contre le danger de ce mal. Avant la consommation du délit, il y avait défense ; après, il ne peut plus y avoir que vengeance ou justice. Que si vous dites : « Mais elle a besoin de se défendre contre le danger futur des délits à venir, » alors ce serait contre les agresseurs futurs qu'elle aurait à exercer sa défense et non contre le délinquant actuel. Le fait est que la société lorsqu'elle punit se trouve dans le second et non dans le premier cas ; elle frappe le délinquant dans l'intérêt de la conservation sociale, il est vrai, mais il faut démontrer qu'en le frappant elle ne lèse pas les droits de ce délinquant ; qu'elle ne cherche pas à se conserver au détriment du droit d'autrui, à satisfaire les intérêts du plus grand nombre au détriment du droit d'un seul : le problème reste entier (2).

181. A quoi bon y mettre tant de façon ? disent d'autres publicistes : il n'y a de bien que ce qui est utile, il n'y a de mal que ce qui est nuisible ; tout problème de droit n'est qu'un problème d'utilité ; la peine est éminemment utile, ou pour mieux dire nécessaire, donc elle est juste :

> Mes jours sont en tes mains, tranche-les : ta justice
> C'est ton utilité !

discours de la couleuvre au laboureur : il n'y a pas d'autre

(1) Théories de Romagnosi, de Schulze, de Martin, de Carmignani, etc.
(2) Voyez sur ce point le chapitre II (liv. I) du traité, d'ailleurs paradoxal, *du Droit de punir*, par M. Émile de Girardin.

raison à chercher. Telle est, dans tout son cynisme, la théorie de l'*utilité* (1).

Et de cette théorie principale, où l'utilité est considérée en bloc, sortent une multitude de théories dérivées, où l'utilité est considérée en détail, qui ont pris chacune pour fondement un point spécial de l'utilité des peines, et que j'appellerai la petite monnaie de la théorie utilitaire. Telles sont celles de la *prévention*, de l'*intimidation*, de l'*avertissement*, sorte de prévention anodine; de la *vengeance épurée ou apaisée*, dont nous avons déjà parlé; de la *correction* ou de l'*amendement* (2). Toutes ont confondu le troisième problème, celui du but des peines, avec le second, celui de leur légitimité; toutes consistent à dire : « Il est utile ou il est nécessaire de prévenir les délits futurs, d'intimider ou d'avertir les délinquants futurs, d'apaiser les sentiments de vengeance privée, de corriger ou d'amender le coupable; la peine est nécessaire pour produire ces effets : donc la peine est juste. » — Raisonnement dans lequel la nature humaine est mutilée. L'idée de l'utile se rencontre pour tous les êtres vivants, raisonnables ou dépourvus de raison, même pour les végétaux : voyez une plante que l'ardeur du soleil a desséchée, versez à son pied de l'eau; elle se relève, elle se ranime, elle reprend ses couleurs : vous avez l'idée de l'utile. C'est à cela que les théories utilitaires veulent nous réduire (3).

182. Au contraire, abandonnons la terre et la nature humaine qui y est attachée, élevons-nous à l'idée immatérielle, à l'idée abstraite et métaphysique. Le bien doit être rémunéré par le bien, et le mal par le mal : ainsi le veut la justice infinie, la justice absolue, rapport éternel, qu'il est donné à notre raison de concevoir. Qu'il y ait à punir utilité ou non, nécessité ou non, peu importe, c'est pour satisfaire à cette justice que la société doit punir; elle en a non-seulement le droit, mais le devoir. Telle est la théorie de la *justice absolue* ou de la *rémunération* (4). Les

---

(1) Théories de HOBBES, de BENTHAM.

(2) Cette théorie de l'amendement a été poussée à sa dernière limite par M. PINHEIRO-FERREIRA. Plus de Code pénal, plus de jugement décrétant ou appliquant à chaque fait une peine déterminée à l'avance. Ne rirait-on pas d'un système qui, pour guérir les malades, consisterait à rédiger un code médical dont les prescriptions seraient inflexiblement appliquées à tout sujet dans tout cas prévu? Les maisons où sont détenus et traités les coupables ne doivent être qu'une sorte d'hôpital moral, où des visites fréquentes doivent être faites par le jury médical de correction, afin d'appliquer de jour en jour à chacun un traitement variable et proportionné au progrès quotidien de la maladie ou de la guérison morale.

(3) Les Allemands donnent à toutes ces théories la qualification de *théories relatives*, parce qu'elles se réfèrent toutes à un certain but à atteindre; par opposition aux *théories absolues* ou *abstraites*, qui essayent de donner la démonstrations du droit de punir en lui-même et indépendamment de tout but d'utilité.

(4) Théorie platonicienne, théorie de KANT.

deux précédentes théories disaient : « Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur ; » celle-ci renverse la phrase : La société doit punir par cela seul qu'il y a eu délit, et non pour éviter les délits futurs. — « Si, après le premier délit, » écrit Romagnosi, « il y avait certitude qu'il n'en surviendra aucun autre, la société n'aurait aucun droit de punir. » « Si la société civile était sur le point de se dissoudre, dit Kant, le dernier meurtrier détenu dans une prison devrait être mis à mort au moment de cette dissolution, afin que tout coupable portât la peine de son crime et que l'homicide ne retombât point sur le peuple qui aurait négligé de le punir. » — Cette théorie de la justice absolue, en dégageant la société de tous ses éléments matériels, l'élève au-dessus de sa nature, la porte dans une sphère qui n'est pas la sienne. Elle aboutit à la théorie mystique de l'expiation, dans laquelle la peine n'est plus un châtiment, mais un besoin, un droit pour le coupable : l'échafaud devient un autel.

183. Ainsi, toutes ces théories si nombreuses, qui prétendent chacune démontrer que la société a le droit de punir, viennent, lorsqu'on les réduit à leur plus simple expression, se grouper autour de l'une ou de l'autre des six idées que voici : vengeance, contrat social, réparation, droit de conservation ou de défense sociale, utilité, justice absolue.

184. Toutes ont quelque chose qui méconnaît, qui fausse ou qui mutile par quelque point notre nature. Celles de la vengeance érigent en droit un instinct, une passion ; celles du contrat social méconnaissent notre caractère essentiellement et forcément sociable ; celles de la réparation annihilent l'idée de punition, sous prétexte de la justifier ; celles du droit de conservation ou de défense sociale voient une défense là où il n'y en a pas, et, restant à mi-chemin de leur démonstration, ne paraissent plus être que des théories utilitaires ; celles de l'utilité font abstraction de la partie morale de notre nature et nient même la notion du juste ; enfin celles de la justice absolue font abstraction de la partie corporelle de notre nature et ne tiennent nul compte de l'utile.

185. Rentrons dans les conditions véritables de la nature humaine. L'homme est essentiellement sociable ; l'état de société, abstraction faite des formes variables de cet état, est pour lui non-seulement légitime, il est forcé. L'homme et par conséquent la société, qui n'est qu'une agrégation d'hommes, sont à la fois matière et esprit ; et dans les règles de leur conduite ils ont ces deux principes à satisfaire : le juste et l'utile. Si nous ne voulons pas nous égarer, nous devons tenir compte de ces divers éléments. Toutes les théories qui précèdent, isolées, sont fausses ; combinées ensemble, il n'est pas dit que quelques-unes ne puissent donner la vérité. Celui qui dirait : L'air que nous respirons est de l'oxygène ; celui qui objecterait : Mais non, c'est de l'azote, seraient dans le faux tous les deux ; le chimiste qui vient dire : Cet air est

un composé d'oxygène et d'azote mélangés ensemble dans telle proportion, où se rencontrent en outre, ordinairement, telles et telles autres substances en petite quantité, celui-là est seul dans le vrai. Ce n'est point là de l'éclectisme de conciliation, croyant faire un tout en prenant un peu à chacun, c'est tout uniment le système complet de la vérité.

186. Que le bien mérite d'être rémunéré par le bien, et le mal par le mal, c'est un rapport conçu par la raison humaine en tout temps et en tout pays ; il y a plus : c'est pour nous un sentiment ; nous éprouvons une jouissance morale si ce rapport est observé, nous souffrons moralement s'il ne l'est pas ; et tel est l'empire de cette conception et de ce sentiment, que, voyant ce rapport si souvent renversé ici-bas, tous les peuples, dans leurs croyances même les plus grossières, s'élancent en pensée vers une autre vie, où la balance devra se faire et où chacun sera exactement jugé et traité suivant ses œuvres. Ce concept, ce sentiment est celui qu'invoque la théorie de la justice absolue. Il démontre incontestablement que le coupable de toute faute mérite un châtiment proportionné à cette faute.

187. Mais la société est-elle chargée de mesurer et d'infliger ce châtiment? Voilà ce que ne démontre point cette théorie. Je suppose, entre le coupable et le pouvoir social qui le punit, le dialogue suivant : — « Pourquoi me frappes-tu ? » — « Tu le mérites. » — « De quoi te mêles-tu ? qui t'a fait juge et exécuteur ? » Que répliquera le pouvoir social ? Si le cas est tel que la société puisse répondre : « Il y va de ma conservation, » son droit de punir est établi. — « Tu le mérites, et il y va de ma conservation ; » ces deux propositions répondent à tout. — « Il y va de ma conservation, » c'est-à-dire j'ai le droit de m'en mêler, j'ai le droit d'agir, pourvu que ce ne soit pas au préjudice du droit d'autrui. — « Tu le mérites, » c'est-à-dire tu ne peux pas te plaindre que ton droit soit lésé, que je cherche à me conserver au préjudice de ce qui t'est dû. — Que manque-t-il à la démonstration ?

188. La théorie de la justice absolue établit que le coupable mérite le châtiment ; celle du droit de conservation, en venant s'y joindre, établit que la société a le droit d'infliger ce châtiment. L'une contient l'idée du juste, l'autre celle de l'utile ; l'une répond à l'ordre purement spirituel, l'autre aux nécessités de l'ordre physique : la réunion de toutes les deux est indispensable pour fonder le droit social de punir. Déduit d'une nature complexe, ce droit ne peut avoir qu'une base complexe.

189. Cette théorie composée ne repose point sur des éléments nouveaux ; au fond, et sans raisonner, nous en avons tous la notion confuse. Que la justice absolue et l'intérêt de conservation sociale, c'est-à-dire que le juste et l'utile doivent jouer chacun un rôle dans la pénalité humaine, cela se sent de soi-même ; c'est, en quelque sorte, la doctrine du sens commun, la doctrine géné-

ralement répandue aujourd'hui ; les deux éléments sont bien connus. Si nous avons fait quelque chose pour cette théorie, c'est de déterminer d'une manière précise le rôle de chacun des éléments qui la constituent ; c'est, pour continuer une comparaison déjà employée par nous, d'avoir montré exactement dans quelle proportion et de quelle manière ces deux éléments se combinent pour former ce produit composé que l'on nomme le droit social de punir.

CHAPITRE III

BUT DU DROIT PÉNAL ET DES PEINES

190. Puisque ce n'est qu'à cause et dans la limite de son droit de conservation et de bien-être que la société est autorisée à s'immiscer dans la punition des actes injustes, il est clair qu'elle ne doit punir qu'afin de pourvoir à cette conservation et à ce bien-être : c'est-à-dire que le but du droit pénal, dans son expression la plus générale, n'est autre chose que la conservation et le bien-être social.

Mais toutes les institutions sociales, celles relatives à l'agriculture, aux manufactures, aux travaux publics, à la marine, aux finances, à l'armée, toutes, en un mot, ont ce même but, et nous n'avons dit qu'une généralité. Le droit pénal, puisqu'il ne peut être dirigé que contre les actes qui sont en eux-mêmes une violation du droit, a pour but plus particulier de concourir à la conservation et au bien-être social en tendant à procurer l'observation du droit dans la société.

Mais il y a bien d'autres institutions qui doivent contribuer à procurer l'observation du droit dans la société : l'instruction et l'éducation morales, la diffusion des moyens de travail et d'existence honnêtes, les mesures de bon ordre et de surveillance, la justice civile concourent toutes à ce but ; de quelle manière distincte le droit pénal est-il appelé à y contribuer ? Par l'application d'un mal, dans certains cas, contre celui qui a violé le droit.

Concourir à la conservation et au bien-être social, en contribuant à procurer l'observation du droit dans la société, au moyen de l'application d'un mal infligé dans certains cas à celui qui a violé le droit : tel est donc le but du droit pénal dans toute sa spécialité. La pénalité intervient quand la violation du droit a eu lieu. C'est un dernier et malheureux remède. C'est un mal à la suite d'un mal, mais dans la vue d'un bien à produire.

191. Avoir ainsi marqué avec exactitude le but distinct du droit pénal, c'est quelque chose, et toutefois, si nous nous en tenions là, nous resterions encore dans une généralité presque impro-

ductive. Pour arriver à la précision désirable, à des conséquences de détail plus utiles et plus pratiques, il faut pousser l'analyse plus loin. Puisque le droit pénal, pour atteindre son but, qui est de concourir à la conservation et au bien-être social en aidant à procurer l'observation du droit, emploie comme instrument un mal, une peine contre le coupable, il faut examiner quels effets il doit chercher à produire au moyen de cette peine. C'est-à-dire qu'après avoir défini le but général du droit pénal, il faut en venir à déterminer le but particulier des peines.

192. Le délit, indépendamment du mal privé que peut en ressentir la personne qui en est victime, produit des effets de nature à porter atteinte au bien-être ou même à la conservation sociale; si la peine est organisée de manière à détruire ou à corriger ces mauvais effets, il est évident qu'elle sera dans sa meilleure, dans sa véritable direction. C'est donc en étudiant les résultats du délit préjudiciables à la société qu'on pourra déterminer les résultats utiles qu'il faut chercher à obtenir par la peine, c'est-à-dire le but qu'il faut assigner aux peines.

193. Un des premiers effets du délit nuisibles à la conservation ou au bien-être social, c'est de troubler la sécurité de la population et d'altérer, de détruire sa confiance dans le droit et dans l'autorité publique. Plus le délit est grand, plus les personnes sont rapprochées du lieu où il a été commis, plus l'alarme est vive. A mesure que les délits se multiplient, cette alarme devient plus intense, elle s'étend plus au loin, elle finit par être générale, chacun se sent menacé, et si les délits restent impunis, il n'est plus possible d'y tenir. Quelles sont donc ces autorités qui ne peuvent vous protéger? Quelle est donc cette société où l'on n'est pas en sûreté pour soi-même? Les étrangers s'en éloignent, les nationaux songent à les imiter; si cela continue, elle tombera en dissolution. Un des premiers buts vers lequel la peine doive être dirigée, c'est donc de rétablir la sécurité publique, avec la confiance dans le droit et dans l'autorité.

194. Le délit produit un autre effet préjudiciable, qui se lie intimement à celui que nous venons de signaler; il révèle, il fait naître un double danger : danger que le coupable ne commette de nouveaux délits, danger que d'autres personnes ne l'imitent; récidives du délinquant dans le premier cas, entraînement du mauvais exemple dans le second. La peine doit donc être encore dirigée vers ce double but : conjurer le danger des récidives chez le délinquant, conjurer le danger de l'imitation chez autrui.

135. On remarquera que nous sommes conduit par cette analyse à assigner à la peine plus d'un but à atteindre. En effet, il n'en est pas de l'utilité comme du droit. Le droit social de punir est un; il n'y a pas diverses manières de l'établir; ou celle que nous avons présentée est fausse, ou bien elle est la seule vraie : je n'y connais pas d'alternative. Mais l'utilité à retirer de la peine peut être

multiple ; de même que le délit produit plus d'un résultat préjudiciable, de même on peut chercher à obtenir par la peine plus d'un résultat avantageux à la société ; en employant un instrument, un procédé, on peut l'organiser et l'employer de telle sorte qu'on en retire plusieurs effets utiles : sauf à choisir entre ces divers effets le plus important dans les cas où il est impossible de les obtenir tous à la fois.

Du reste, il y a un tel lien entre les effets que nous venons d'analyser, que, si par le délit la sécurité est troublée, si la confiance dans le droit et dans l'autorité est altérée, c'est principalement à cause de la crainte qu'on a du danger des récidives et du danger de l'imitation ; de telle sorte que, si la peine est organisée de manière à combattre efficacement le danger des récidives et celui de l'imitation, par cela seul elle rétablit la sécurité et la confiance ; en atteignant l'un de ces buts, elle atteint l'autre.

196. Quant à empêcher les récidives, il n'y aurait pour y réussir complétement que deux procédés : ou mettre le délinquant dans l'impossibilité physique, ou le mettre dans l'impossibilité morale de commettre de nouveaux délits. —Mais hors le cas de certaines spécialités, comme lorsqu'on coupait la langue au blasphémateur, lorsqu'on mutilait l'homme coupable de certains actes contre les mœurs, ce qui encore n'empêchait pas qu'ils pussent commettre des délits d'une autre nature, comment produire une impossibilité physique ? La prison perpétuelle y est insuffisante ; la mort seule serait un moyen infaillible. On ne peut guère tirer de ressource de ce procédé. — S'en prendre, non pas seulement au corps, mais à l'âme du délinquant ; le mettre, non pas physiquement, mais moralement, hors d'état de récidiver ; c'est-à-dire l'amender, le corriger, le régénérer dans son existence : la tâche est difficile, mais il est toujours possible de l'entreprendre.

Le procédé physique, matériel, est celui qui se présente dès l'abord ; la science, dans sa marche progressive, conduit au procédé moral. Le premier ne doit être que d'une application exceptionnelle, quand la nature des faits s'y prête ou quand elle oblige à renoncer à l'autre, sans jamais sortir d'ailleurs des limites du juste ; le second doit former la règle générale, c'est à celui-là qu'il est temps d'arriver. Et qu'on ne se méprenne pas sur la portée qu'il a : les récidivistes sont une des plaies de la société, moins encore par les délits qu'ils commettent, que par le foyer et l'école de corruption qu'ils forment autour d'eux.

Ainsi, l'un des buts essentiels de la peine, pour conjurer le danger des récidives, c'est la correction morale.

197. Quant au danger de l'imitation par entraînement du mauvais exemple, il n'y a que le caractère afflictif de la peine qui puisse le combattre. En même temps que la justice sera satisfaite par le mal contenu dans la peine, l'utilité le sera aussi. Qu'on appelle *prévention, intimidation* ou *exemple* cet effet à produire

au moyen du mal ainsi infligé, peu importe ; il est indispensable, il forme un autre but essentiel de la peine.

198. En résumé, la peine a deux buts principaux : la correction morale et l'exemple. Pour les atteindre, elle doit être à la fois correctionnelle et afflictive.

99. Mais de ces deux buts quel est le plus important ? quel est celui qui devrait être sacrifié à l'autre s'il arrivait qu'on eût à opter entre les deux ? La correction morale n'est destinée à agir que sur un seul individu, le coupable : l'exemple est destiné à agir sur tout le monde ; d'un autre côté, il est des cas où véritablement le besoin d'un travail de correction morale ne se rencontre pas : celui de l'exemple existe toujours ; l'un et l'autre but sont essentiels, la peine doit être organisée de manière à les atteindre tous les deux, chaque fois que cela est possible et nécessaire ; mais jamais celui de l'exemple ne peut être laissé de côté.

200. Si la peine est suffisamment correctionnelle quand il en est besoin, si elle est suffisamment et justement répressive dans tous les cas, et que l'application en soit faite exactement, par cela seul la sécurité publique, la confiance dans le droit et dans l'autorité se rétabliront, les sentiments de vengeance privée seront prévenus ou apaisés, ou du moins adoucis, plusieurs autres effets secondaires, favorables à la conservation ou au bien-être social, seront produits. Les deux effets principaux entraîneront par eux-mêmes les autres. Ce sont tous ces effets dont la considération a défrayé les diverses théories utilitaires, ces théories dans lesquelles l'utilité du but a été prise pour la base du droit, comme si cet axiome « la fin justifie les moyens » était admissible. En séparant et en résolvant tour à tour les trois problèmes qui constituent, dans toute sa plénitude, la théorie fondamentale du droit pénal, nous avons fait la part de chaque idée.

CHAPITRE IV

CONSÉQUENCES PRATIQUES A TIRER DE LA THÉORIE FONDAMENTALE

201. Nous arrivons maintenant à la conclusion. Sans cette conclusion, les analyses précédentes, les solutions données aux trois problèmes de la théorie fondamentale resteraient stériles. Il s'agit de faire sortir de cette théorie, avec netteté, avec précision, les conséquences pratiques, l'enseignement positif qui s'y trouvent contenus. Et comme on juge quelquefois, en mathématiques, de la vérité ou de la fausseté d'une proposition par les résultats auxquels elle conduit, à ces conséquences on pourra reconnaître de nouveau si la théorie est exacte.

202. L'utilité pratique à retirer de la solution du premier problème sera celle qu'on retire de toute étude historique : en s'in-

struisant à l'expérience du passé, on apprend à faire mieux par l'examen même de ce qui fut mal. En voyant l'origine historique des peines puisée à un sentiment grossier de vengeance ; en voyant la transformation première, qui se borne à passer de la vengeance privée à la vengeance publique ; en voyant le cachet d'exagération et de cruauté que la pénalité a reçu d'une telle origine érigée en principe, nous apprenons à nous en séparer plus fermement, à dégager la législation et l'application pénales de tout sentiment de haine ou de réaction passionnée, à purifier notre langage des termes que ces origines vicieuses y ont laissés, et que l'habitude met encore dans notre bouche chaque jour sans que nous réfléchissions au sens condamnable qui s'y trouve renfermé (1).

203. La solution du second problème a des conséquences bien plus importantes encore. Démontrer l'existence, pour la société, du droit de punir, c'est démontrer quelles sont les conditions de ce droit, où il commence et où il finit, tant par rapport aux actes que par rapport aux peines ; c'est, par conséquent, se mettre à même de déterminer avec exactitude la nature et la limite des actes punissables, ainsi que la nature et la limite des peines. Toute théorie sur le droit de punir est tenue de répondre à ces trois questions : — Quels sont les actes punissables par le pouvoir social ; ou, en d'autres termes, quels sont les actes que la loi pénale doit ériger en délits ? — Quel doit être le caractère de la peine ? — Quelle doit être la mesure ou la limite de la peine ?

204. Si l'on voulait éprouver d'une manière infaillible les diverses théories que nous avons passées en revue, ou celles qui pourraient se produire encore, il n'y aurait qu'à demander à chacune d'elles sa réponse, et à voir ainsi à quel résultat pratique elles conduiraient. Ce serait une bonne pierre de touche. — A cette première question : « Quels sont les actes punissables ? » la théorie de la vengeance répondrait : « Tout acte qui est de nature à exciter des sentiments de vengeance privée. » La théorie du contrat social : « Tout acte que l'on est convenu de punir. » La théorie de la réparation : « Tout acte qui cause un préjudice social. » La théorie du doit de conservation : « Tout acte qu'il importe, pour la conservation sociale, de punir. » La théorie de l'utilité : « Tout acte qu'il est utile à la société de punir. » La théorie de la justice absolue : « Tout acte que réprouve la pure notion du juste. » — A cette autre question : « Combien ces actes peuvent-ils être punis ? » la théorie de la vengeance répondrait : « Tant qu'il est nécessaire pour satisfaire et apaiser les sentiments de vengeance. » La théorie du contrat social : « Tant qu'on est convenu de les punir. » La théorie de la réparation : « Tant qu'il

(1) Tous les jours, magistrats, ministère public et avocats, dans les discours les plus solennels, nous parlons encore de *venger la loi*, *venger la société*, de *vengeance* ou de *vindicte publique* : ce sont des vestiges de l'origine grossière de la pénalité.

est nécessaire pour réparer le préjudice social, notamment l'alarme et la tentation du mauvais exemple. » La théorie du droit de conservation : « Tant qu'il est nécessaire pour la conservation et pour la défense sociale. » La théorie de l'utilité : « Tant que l'utilité sociale le demande. » Et la théorie de la justice absolue : « Tant que le veut la notion abstraite du juste. »

Par leurs conséquences on peut les juger. Nous ne dirons rien des cinq premières : les vices de leur conclusion sautent aux yeux. Mais la théorie de la justice absolue, la plus pure de toutes, où conduirait-elle ? A vouloir faire punir par la société tous les actes contraires au devoir moral ; car tous, aux yeux de la justice abstraite et immatérielle, méritent châtiment ; par conséquent, les vices, les pensées coupables, les projets criminels, comme les délits exécutés. Et quelle serait la mesure de la peine ? Une mesure rigoureuse, celle que réclame la justice absolue, ni plus ni moins : car plus, ce ne serait pas juste ; moins, ce ne le serait pas non plus. Terrible équation qu'il n'est pas donné au pouvoir social de réaliser. La mission de la justice absolue donnée à la justice humaine, soit quant aux actes à punir, soit quant à la mesure des peines, n'est rien moins qu'une impossibilité pour cette justice, parce que cette mission n'est pas de ce monde, elle est au-dessus de l'humanité.

205. Au contraire, si nous nous en tenons à notre démonstration du droit social de punir, et aux deux bases complexes sur lesquelles repose véritablement ce droit suivant nous, les conséquences qui s'en déduisent sont satisfaisantes et en parfaite harmonie avec la double nature, à la fois spirituelle et matérielle, de l'homme et de la société.

Première conséquence. « Quels sont les actes punissables par le pouvoir social, ou, en d'autres termes, quels sont les actes que la loi pénale doit ériger en délits ? » — Tandis que la théorie de la justice absolue, isolée, répond : « Tout acte qui blesse la pure notion du juste ; » ce qui conduirait, comme nous l'avons vu, à ériger en délit toute action, tout projet, toute pensée, pour peu qu'elle fût contraire aux règles de notre conduite morale ; tandis que la théorie du seul intérêt de conservation et de bien-être social répond : « Tout acte qu'il importe à la conservation ou au bien-être social de réprimer ; » ce qui conduirait à ne plus tenir compte que de l'intérêt ; — la théorie véritable de la pénalité humaine répond : « Tout acte contraire à la notion du juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-être social de réprimer. » Les deux conditions sont indispensables. Fût-il contraire à l'intérêt social, si l'acte n'est pas injuste, la société n'a pas le droit de le punir ; fût-il contraire à la notion abstraite du juste, si l'intérêt social n'y est pas engagé, la société n'a pas à se mêler du châtiment. Le caractère, la mesure et la limite des délits pour la pénalité humaine sont renfermés dans ces deux conditions.

Deuxième conséquence. « Quel doit être le caractère de la peine? » — Il s'est trouvé quelques esprits, j'allais écrire quelques rêveurs, suivant lesquels la peine ne devrait être qu'une mesure bienfaisante, dépouillée de toute affliction contre le coupable. La théorie de la pénalité humaine, avec sa double base du juste et de l'utile, répond que le pouvoir social ne peut pas être employé ainsi à renverser lui-même la règle morale, à faire que le mal soit rémunéré par le bien et que le moyen d'attirer à soi l'intérêt de la société soit de commettre des délits. D'accord avec la théorie de la justice absolue, elle nous dit que la peine doit être avant tout et toujours un mal, une affliction contre le coupable; mais elle ajoute, un mal, une affliction appropriés à la fois à la justice, et le mieux possible aux nécessités de la conservation et du bien-être social.

Troisième conséquence. « Enfin, quelle doit être la mesure ou la limite de la peine? » — Tandis que la théorie de la justice absolue n'en admet qu'une, la mesure exacte et rigoureuse du juste, ni plus ni moins, équation qu'il est hors du pouvoir humain de réaliser; tandis que la théorie de la conservation n'en donne qu'une aussi, mais différente, celle de l'intérêt social, ne prenant pour limite que cet intérêt : la théorie véritable de la pénalité humaine repousse l'une et l'autre de ces solutions. Le pouvoir social ne peut jamais punir un délit plus que ne le comporte la justice : vainement une quantité plus forte de peine semblerait-elle nécessaire pour la conservation sociale, la société n'a pas le droit de chercher à se conserver au préjudice du droit d'autrui. Le pouvoir social ne peut pas non plus punir un délit plus que ne l'exigent les nécessités de la conservation ou du bien-être social. Vainement la justice absolue demanderait-elle une peine plus forte, la société n'a plus le droit de se mêler du châtiment, du moment que son intérêt de conservation ou de bien-être cesse d'y être engagé. Ainsi, la pénalité humaine a, quant à la mesure des peines, deux limites : celle du juste et celle de l'utile; elle ne peut dépasser ni l'une ni l'autre : jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile; à la moins élevée de ces deux limites le droit de punir pour la société s'arrête. Ce n'est pas une équation : c'est une approximation.

Combien d'obscurités ultérieures qui disparaîtront à la clarté de ces principes!

206. Il est cependant une objection finale et portant sur tout ce qui précède : cette notion et cette limite du juste, cette notion et cette limite de l'utile, nécessaires toutes les deux pour déterminer dans la pénalité humaine les actes punissables et la mesure de la peine, où les prendre, où les mesurer elles-mêmes? Ne sont-ce pas des idées vagues, susceptibles d'arbitraire au gré de chacun, de telle sorte qu'en paraissant donner une solution, on n'en donne pas véritablement de précise? J'avoue qu'il n'y a pas

d'instrument physique pour reconnaître et pour mesurer le juste non plus que l'utile, comme on mesure la longueur ou la pesanteur d'un corps. Abstractions métaphysiques déduites de rapports divers et de lois ou nécessités différentes dans la création, c'est à la raison humaine à les concevoir et à les apprécier, et la raison le fait avec plus ou moins d'exactitude, suivant qu'elle est plus ou moins puissante, plus ou moins éclairée. Mais ce que je puis affirmer, c'est que la notion et la mesure du juste, quoi qu'il y paraisse, sont bien plus faciles à avoir et à arrêter que la notion et la mesure de l'utile. Faites discuter les membres d'une grande assemblée sur l'utile, ils ne s'entendront pas ; faites-les discuter sur le juste, la plupart du temps et comme d'instinct ils seront d'accord.

207. Enfin, en apprenant dans le troisième problème à déterminer le but des peines, c'est-à-dire les divers résultats utiles qu'il faut chercher à produire par la punition, on apprend à pouvoir faire en connaissance de cause le choix des peines bonnes à employer. Comment choisir la voie si l'on ne sait pas à quel but il faut arriver? comment choisir le moyen si l'on ne sait pas quel effet il importe de produire? Il y a bien des douleurs, bien des maux par lesquels il serait possible d'affliger l'homme ; l'homme est vulnérable par mille points : le législateur doit choisir, pour les ériger en peines publiques, des genres d'affliction qui, tout en se maintenant dans la limite du juste, soient susceptibles de produire à la fois, autant qu'il est permis de l'espérer, la correction morale, toutes les fois qu'elle est nécessaire et possible, et l'exemple. Il doit organiser le mal qui constitue la peine dans un ensemble de mesures telles qu'elles conduisent à ces deux résultats.

208. En somme, la détermination de l'origine historique des peines montre le développement graduel des mœurs et des institutions humaines sur ce point, et donne la leçon de l'histoire. Celle des bases sur lesquelles repose légitimement le droit pour la société de punir sert à fixer la nature et la limite des actes punissables, la nature et la limite, ou, en d'autres termes, la quantité de la peine. Celle du but sert à fixer la qualité, ou, en d'autres termes, à faire le choix des peines bonnes à employer.

Je pose en fait que c'est faute de solutions nettes et fermes sur ces trois problèmes que les divers systèmes, les divers codes de pénalité ont été si imparfaits jusqu'à ce jour, et si loin de donner les résultats nécessaires à la société.

CHAPITRE V

THÉORIES SUIVIES PAR LES LÉGISLATIONS POSITIVES

209. Les législations positives, jusqu'à ce jour, se sont préoccupées fort peu de la théorie fondamentale. Si l'on en consulte

les préambules, si l'on en confronte les textes, on n'y découvre aucun système arrêté à cet égard, les dispositions paraissant se rattacher, au hasard, dans le même code, tantôt à l'une et tantôt à l'autre des théories les plus opposées.

Toutefois, généralement et par instinct, ces législations positives, dans la plupart des cas, sont utilitaires. Le législateur ne met pas en question le droit social de punir; il n'en recherche par conséquent ni les conditions ni les limites : il voit le danger ou le préjudice public, et il frappe, par le motif principal que cela lui paraît nécessaire ou utile.

210. Le but lui-même du droit pénal et des peines, qui cependant se rattache au principe de l'utilité, n'a jamais été déterminé exactement dans l'esprit du législateur; aucun mode de pénalité ne présente un régime de peines organisées de manière à pouvoir produire les effets qu'elles devraient produire. On peut dire, quoiqu'il puisse paraître au premier abord y avoir en cela quelque exagération, que, dans les institutions pénales positives, le but a été manqué parce qu'il n'a pas même été aperçu. Le seul point qu'on y ait eu réellement en vue est celui pour lequel il ne faut aucune science et qu'il est si facile d'atteindre par tant de voies, l'intimidation. Il a semblé que, du moment qu'il y avait un mal, une affliction plus ou moins considérable dans la peine, cela suffisait. Sans doute le mot de correction est depuis longtemps usité; sans doute depuis longtemps, aux siècles passés comme au siècle actuel, on a assigné à la peine divers desseins, au nombre desquels on a placé celui de corriger le coupable. « *Pœna constituitur in emendationem hominum,* » a dit un fragment de Paul au Digeste (1), et cette proposition, placée ainsi dans les textes du droit romain, est devenue un adage que les criminalistes pratiques de notre ancienne jurisprudence ne manquent pas eux-mêmes de répéter. Mais tout cela n'a été que nominal et sans résultat effectif dans les institutions. On a même dénaturé le sens de ces mots, *corriger, correction,* auxquels aucune portée morale n'a été attribuée, ou qui en sont arrivés à désigner uniquement les cas de peines légères (2), sans jamais susciter dans l'esprit du législateur l'idée d'organiser la pénalité de manière à travailler effec-

(1) DIG., liv. 48, tit. 19, *De pœnis,* 20, Fr. Paul.

(2) « La troisième (vue), qui ne convient qu'aux trois premières sortes de peines (autres que la mort), est celle de la correction des criminels : car encore que quelques-unes de ces peines aient une sévérité qui passe les bornes de la correction, elles renferment toutes l'effet d'une correction qui *oblige les accusez à s'attendre à de plus grandes peines s'ils tombent dans de nouveaux crimes.* » (DOMAT, *le Droit public,* continué par D'HÉRICOURT, liv. III.) — « Le premier objet des lois, en établissant ces peines, et qui regarde tous les criminels en général, à la réserve de ceux qui sont condamnés au dernier supplice, est de corriger les coupables que l'on punit, *afin qu'ils s'attendent à de nouvelles peines s'ils retombent dans de nouveaux crimes.* » JOUSSE, *Traité de la justice criminelle,* préface, page III.

tivement et avec suite à l'amélioration morale du condamné. On a placé uniquement la correction dans l'application du mal qui constitue la peine : c'est-à-dire qu'on a confondu cet effet de correction dans celui même de répression, et qu'employant deux mots distincts, on n'a eu véritablement qu'une idée.

211. Il nous serait facile de justifier ces assertions en parcourant les diverses législations pénales, depuis celles qui ont précédé notre Révolution de 89 ou qui l'ont suivie, jusqu'aux codes de pénalité les plus récents, décrétés dans les divers États de l'Europe.

212. Notre Code pénal de 1810 n'a pas eu plus que les autres de principe déterminé, d'idée mère sur laquelle il ait été assis. Bien que, sans aucun doute, le sentiment du juste et celui de l'utile s'y rencontrent l'un et l'autre, le législateur ne s'y est pas rendu compte avec netteté de la manière dont ces deux principes doivent s'allier et se combiner dans la loi positive. Le Code vacille entre les instincts tantôt de l'utilité matérielle, tantôt de la justice purement spiritualiste : d'où résultent plus d'une fois, entre ses dispositions, des disparates qu'un œil exercé reconnaît, des contradictions qui font souffrir les esprits logiques. Quelques vestiges de pénalités appartenant à l'ancien système de la vengeance publique y sont restés. Quant au but des peines, celui qui concerne la correction morale n'y est pas même entrevu, et jusqu'à l'expression de peine correctionnelle s'y trouve faussée.

213. La révision de 1832, en faisant disparaître dans les détails plusieurs défectuosités de ce code, n'y a pas apporté de système plus exact et plus entier. Ce n'est pas un système que de dire : « Il faut abaisser ! » comme on le disait lors de la révision de 1832 ; non plus que de dire : « Il faut relever la rigueur des peines ! » comme on l'a dit lors de la confection du Code de 1810, par comparaison avec les lois pénales de la Constituante : c'est passer du haut en bas, et réciproquement. La même absence de vues générales se retrouve dans la révision de 1863.

214. Cependant il serait injuste de méconnaître qu'en ce qui concerne la détermination des détails et la mesure de la punition, la science a vulgarisé des idées plus saines que celles qui avaient cours autrefois ; que plusieurs de ces idées ont passé en dispositions effectives dans les législations positives, et que sur un grand nombre de points les principes rationnels se trouvent satisfaits. Mais ce ne sont là que des progrès partiels, et, sous le rapport dont nous traitons en ce moment, celui de la théorie fondamentale des lois répressives, il reste vrai de dire qu'aucun code n'a encore été construit dans tout son ensemble avec unité, avec fermeté, sur la donnée fixe et précise du droit social de punir, des conditions d'existence et des limites véritables de ce droit.

215. Il serait pareillement injuste de méconnaître qu'en ce qui concerne le but des peines, la correction morale a été signalée en notre temps (elle l'a été même aux dépens de la répression par

les esprits qui ne savent voir qu'un côté des choses et qui sont toujours prêts à se laisser emporter à l'exagération); qu'elle est entrée en vogue ; que les gouvernements s'en sont préoccupés, qu'ils en ont fait l'objet d'études et d'essais continus; que certains législateurs, dans les préambules ou les travaux préparatoires de leurs codes modernes, ont déclaré l'avoir prise pour but, et qu'en réalité de grandes améliorations pratiques se sont produites, surtout dans l'exécution des peines privatives de liberté et dans l'établissement de diverses institutions accessoires qui s'y rattachent. Et néanmoins, examinez les divers codes de pénalité dans le choix et dans l'ordonnancement des peines qui s'y trouvent décrétées, nous nous croyons toujours en droit de dire, malgré les progrès accomplis, qu'aucun d'eux n'a encore été construit sur la donnée fixe et précise des divers buts vers lesquels la peine doit être dirigée, et du véritable degré d'importance qu'il faut attacher à chacun de ces buts.

216. Il est facile à la théorie, en supposant la vérité, la loi rationnelle découverte par elle et indubitablement démontrée, d'en déduire le précepte et de signaler ce qu'il y a à faire ; mais, quant à la pratique, les difficultés de l'exécution et les mille conditions nécessaires pour parvenir à cette exécution se présentent : il y faut du temps, des ressources et des essais qui ne réussissent pas du premier coup. D'un autre côté, on est facilement enclin dans la théorie à proposer de jeter à bas pour reconstruire sur un nouveau plan, parce que l'esprit y souffre des incohérences et du défaut d'harmonie résultant des pièces de rapport; mais, dans la pratique, on recule devant l'embarras des ruines, devant les difficultés financières, et plus volontiers l'on procède par améliorations ou par additions partielles. C'est un peu l'histoire du redressement et de l'élargissement d'une vieille rue : est-il possible de procéder par expropriation, par démolition et par reconstruction générales, d'où l'on verra sortir tout d'un coup la voie nouvelle avec ses nouveaux édifices, l'esprit est pleinement satisfait; mais combien de fois ne faudra-t-il pas se résigner à marquer pour l'avenir l'alignement, et à attendre que les maisons tombent ou soient rebâties pour les faire rentrer une à une dans cet alignement !

Ainsi, en fait de droit pénal positif, la science pousse à la rénovation; mais la rénovation n'est pas encore opérée.

DEUXIÈME PARTIE

PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT PÉNAL

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DIVISION

217. Le législateur, qui ne prétend point démontrer, mais qui commande, choisit pour ses prescriptions l'ordre le plus favorable au commandement. C'est pour cela que la plupart des codes de pénalité, dans leur partie générale, contiennent d'abord les dispositions sur les peines, et ensuite celles sur les délits.

La doctrine, l'enseignement surtout, dont la mission est d'initier et de convaincre, ne peuvent procéder ainsi. L'ordre qu'ils ont à suivre est celui du raisonnement, celui qui conduit logiquement d'une idée à l'autre : or le délit vient avant la peine, ou, comme dit Ayrault : « Selon son ordre, sa formalité et cérémonie, fault que le crime aille devant, la peine après (1). » Voilà pourquoi les traités méthodiques de droit pénal suivent ordinairement une division inverse de celle des codes : des délits d'abord, et des peines ensuite.

Cette division ne nous paraît pas suffisante encore, et nous devons recourir à l'analyse pour la compléter.

218. Le délit est un fait complexe. Une force d'action ou d'inaction part d'une personne ; elle en atteint une autre en violation du droit, et produit un résultat plus ou moins préjudiciable : c'est cet ensemble qui constitue le délit. Une fois commis, le délit a des conséquences juridiques : obligation de réparer le préjudice produit, obligation de subir la peine méritée. L'ordre logique, dans l'étude de ces éléments divers, est donc celui dans lequel se succèdent les événements, dans lequel s'enchaînent les idées : 1° de l'agent ou sujet actif du délit ; 2° du patient ou sujet passif du délit ; 3° du délit, produit de ces deux facteurs ; 4° des réparations et des peines, conséquences du délit.

---

(1) Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, liv. I, n° 2, p. 4.

TITRE I

DE L'AGENT OU SUJET ACTIF DU DÉLIT

219. Un fait, quelque préjudiciable qu'il soit, n'est qu'un malheur si vous faites abstraction de toute intervention de personne. Ce ne sont pas les faits qui violent le droit, qui sont punissables, ce sont les personnes : ce n'est que par transposition d'idée, par figure de langage, qu'on s'exprime quelquefois autrement. Que l'orage détruise ma récolte, que la foudre brûle ma maison, qu'une ardoise emportée par le vent me blesse, dira-t-on que mon droit a été violé? J'ai cependant le droit de propriété, de sécurité : oui, mais à l'égard des autres hommes seulement, car entre les hommes seuls se place l'idée du droit (ci-dessus, nos 9 et suiv.). Pour qu'un fait soit reconnu délit, il faut donc le considérer avant tout dans la personne de laquelle ce fait provient, ou, en d'autres termes, dans la personne de l'agent. C'est dans l'agent que résident avant tout les conditions essentiellement constitutives du délit ; la matérialité de l'acte et de ses résultats ne vient qu'ensuite. Si l'étude de cet agent est la première qui se présente dans l'ordre des faits, on voit qu'elle est aussi la première dans l'ordre d'importance. Mais quelles questions suscitera cette étude ?

CHAPITRE I

DE L'IMPUTABILITÉ ET DE LA CULPABILITÉ. — CULPABILITÉ ABSOLUE OU INDIVIDUELLE

220. On suppose, par une sorte de figure, dans la langue du droit comme dans celle de la morale, qu'un compte est ouvert à chacun de nous, et que les faits dont nous avons à subir les justes conséquences sont portés à notre compte ; de là ces locutions tirées des termes du calcul : *imputer* un fait à quelqu'un, c'est-à-dire le mettre sur son compte (1) ; *imputation*, ou l'action d'imputer ; *imputabilité*, idée abstraite, qui, en cette qualité d'abstraction, ne se peut exactement définir : en quelque sorte, possibilité d'imputer.

La première question au sujet de l'agent, en droit pénal, est

(1) *Putare*, couper, tailler, émonder ; — *putare rationes*, émonder (en français liquider) les comptes ; — d'où *supputare*, supputer ; *imputare*, imputer.

donc de savoir si le fait pour lequel il s'agit de le punir lui est imputable; s'il y a contre lui, à raison de ce fait, imputabilité.

221. Mais pour être autorisé à mettre un fait sur le compte de quelqu'un, il est évident qu'il faut que ce quelqu'un en soit la cause productrice, la cause efficiente : autrement, c'est sur le compte d'un autre que le fait doit être porté. Imputer un fait à quelqu'un, c'est donc affirmer, en premier lieu, qu'il en est la cause efficiente, la cause première : pour qu'il y ait imputabilité, il faut d'abord qu'on puisse faire cette affirmation.

Or, toute force, animée ou inanimée, qui n'est pas libre, qui obéit irrésistiblement à une autre force d'où lui vient l'impulsion, ne saurait être cause première, cause efficiente. La feuille d'ardoise dont nous parlions tout à l'heure tombé d'un toit et blesse un passant : direz-vous quelle est la cause première de sa chute? elle vous renverra au vent qui l'a poussée, le vent à la chaleur ou à l'électricité qui ont fait naître des courants ou des tourbillons d'air, la chaleur au soleil, ou l'électricité aux pôles, comme dans la fable de Pilpay. Il n'y a qu'une force libre qui puisse être cause première, cause efficiente : la première condition de l'imputabilité, c'est donc la liberté.

222. Et dans quel but mettre un fait sur le compte de celui qui en est la cause protectrice? Évidemment pour régler ce compte avec lui; pour lui en faire subir, en bien ou en mal, les conséquences méritées; pour qu'il réponde à la voix qui l'appelle afin de faire ce règlement : « Adam ! Adam ! » — « *Ubi est qui fecit?* où est celui qui a fait cela ? » —A l'idée d'imputabilité se lie intimement celle de responsabilité, obligation de répondre à cette sorte d'appel; l'une ne va pas sans l'autre; ou, pour mieux dire, les deux expressions d'*imputabilité* ou de *responsabilité*, quoique séparées par une nuance délicate que l'analyse met à découvert, se réfèrent toutes deux, en définitive, à la même figure de langage, celle du compte à régler, et se trouvent comprises mutuellement l'une dans l'autre : les faits ne nous sont imputables que lorsque nous avons à en répondre; et dire que nous avons à en répondre, c'est dire qu'ils doivent nous être imputés; de telle sorte qu'on peut se borner, pour plus de simplicité, à l'une ou à l'autre de ces expressions : celle de l'imputabilité est la plus technique en droit pénal.

Or, toute force, animée ou inanimée, qui agit sans être en état de connaître le bien ou le mal moral de son action, ne saurait avoir du mérite ou du démérite dans cette action, ne saurait être tenue en bien ou en mal d'en répondre. Et même il ne suffira pas, pour que cette force soit responsable, de dire qu'elle est intelligente, parce que l'intelligence a des degrés divers, parce qu'elle embrasse des facultés multiples dont les unes sont placées plus bas et les autres plus haut sur l'échelle intellectuelle. Ce qu'il faut pour la responsabilité, et par conséquent pour l'imputabilité, c'est la connaissance du bien ou du mal moral, du juste ou de

l'injuste de l'action. Imputer un fait à quelqu'un, c'est donc affirmer qu'il en est en premier lieu la cause efficiente, et en second lieu la cause éclairée sur la justice ou l'injustice de ce fait. La première condition de l'imputabilité c'est la liberté; et la seconde c'est la raison morale, ou la connaissance du juste ou de l'injuste de l'action.

223. En pure abstraction, prises dans toute leur étendue, l'imputabilité, la responsabilité ont lieu pour les bonnes comme pour les mauvaises actions. En effet, le compte ouvert à nos actions diverses peut l'être soit pour le règlement des récompenses, s'il s'agit d'actes méritoires, soit pour celui des réparations dues aux intérêts privés, s'il s'agit d'actes préjudiciables, soit pour celui de la punition, s'il s'agit d'actes qui appellent une peine publique. L'imputabilité, la responsabilité, que nous pourrions qualifier de *rémunératoires* dans le premier cas, se nomment *civiles* dans le second, et *pénales* dans le troisième. Puisqu'il ne s'agit pas du même compte, on conçoit que les conditions de ce compte ne soient pas les mêmes, mais ce n'est point sur ce qui concerne l'existence de l'imputabilité et de la responsabilité que portent les différences. Quoiqu'elles reçoivent des épithètes distinctes, l'imputabilité et la responsabilité sont toujours assises, dans l'un comme dans l'autre de nos trois cas, sur ces deux conditions essentielles : l'agent a-t-il été une cause libre? A-t-il été une cause éclairée sur le bien ou le mal moral de ses actes?

224. Malgré cette généralité d'acception, il est vrai de dire cependant que c'est en mauvaise part que sont employées dans l'usage les expressions d'imputabilité et de responsabilité. On ne règle guère ici-bas le compte des bonnes actions; il est d'ailleurs permis, il peut être méritoire de les cacher et de ne pas répondre à la voix qui appelle pour en offrir la récompense (1).

225. Il suit de ce qui vient d'être dit au n° 223 que tout n'est pas résolu, au sujet de l'agent, en droit pénal, lorsqu'il est décidé que le fait en question lui est imputable, qu'il est tenu d'en répondre : il reste à déterminer les conséquences de cette responsabilité. Or, de même que, s'il s'agissait de récompense, il faudrait trouver nécessairement de la part de l'agent, dans le fait à lui imputé, l'accomplissement d'un devoir difficile, ou l'une de ces abnégations, l'un de ces sacrifices de soi-même qui constituent à proprement parler la vertu; de même, en sens inverse, pour qu'il puisse y avoir lieu à punition, il faut de toute nécessité qu'il y ait eu de la part de l'agent, dans le fait à lui imputé, manquement plus ou moins grave à un devoir, que l'agent ait *failli* à une obligation, qu'il y ait eu *faute*, ou, en d'autres termes, *culpabilité*. — C'est en cela précisément que gît la différence des

(1) C'est la réponse à l'objection fondée sur ce que la justice sociale, ne récompensant pas le bien, n'aurait pas le droit de punir le mal.

trois comptes qui peuvent être ouverts à nos diverses actions : vertu ou mérite pour les récompenses ; faute ou culpabilité, si légère qu'elle soit, pour les réparations civiles ; faute ou culpabilité d'une nature plus grave pour qu'à la réparation civile se joigne la punition. — L'une de ces expressions, celle de *faute*, a une origine germanique et se trouve puisée à l'image d'une chute, chute morale (en allemand : *fallen*, tomber ; *Fall*, chute), image qui a donné dans notre langue plusieurs autres dérivés (*faillir*, *faillite*, *failli*). L'autre expression *culpabilité*, a une origine latine (*culpa*, que nous traduisons par *faute*).

226. Voilà donc le sens des trois termes consacrés dans la science du droit pénal au sujet de l'agent, et qui résument les problèmes essentiels à résoudre sur lui : *Imputabilité*, en quelque sorte possibilité de mettre un fait sur le compte d'une personne, d'affirmer qu'elle en est la cause efficiente ; *responsabilité*, obligation de répondre à la voix qui appelle pour régler ce compte, ou plus simplement de subir les conséquences du fait imputé ; *culpabilité*, existence d'une faute, c'est-à-dire d'un manquement à un devoir, plus ou moins grave, de la part de l'agent, dans le fait à lui imputé (1).

227. Nous avons déjà vu (n° 222) comment l'idée d'imputabilité et celle de la responsabilité se confondent et ne présentent, en réalité, qu'un même problème. On pourra faire observer, avec raison, qu'à leur tour l'une et l'autre de ces idées sont contenues dans la troisième, celle de culpabilité, puisque en effet dire que nous sommes coupables, c'est dire nécessairement que les faits peuvent nous être imputés et que nous sommes obligés d'en répondre. De telle sorte que la question de culpabilité est une question complexe, qui renferme en soi les deux autres ; à tel point que, dans la pratique et quant à la forme de procéder, il peut être jugé plus simple de l'employer seule, et de poser uniquement la question : *un tel est-il coupable ?*

Néanmoins, qu'on ne s'y méprenne pas : le problème n'est pas le même. Rechercher si les faits sont imputables à l'agent, ou, en d'autres termes, si l'agent en est responsable, c'est rechercher s'il en a été, à la fois, la cause efficiente et la cause éclairée sur le bien ou le mal moral de ces faits : premier problème, à double partie. Rechercher s'il y a culpabilité, c'est rechercher s'il y a eu manquement à un devoir : second problème, qui ne vient qu'après le premier et qui en est distinct.

228. Qu'on remarque entre les deux problèmes cette différence

(1) Suivant le projet de Code pénal portugais (art. 27-29), il suffirait de la simple *imputabilité* dans les contraventions, tandis que la *culpabilité*, c'est-à-dire l'intention, ou du moins la faute, devrait exister dans les crimes ou dans les délits. Mais il est évident que les contraventions elles-mêmes supposent une faute, quelque légère qu'elle soit. Ce sont là, au surplus, des points que le législateur devrait laisser à la doctrine.

capitale : la question d'imputabilité ou de responsabilité ne peut se résoudre que par oui ou par non ; car il n'y a pas de milieu entre mettre un fait ou ne pas le mettre sur le compte d'une personne, entre être obligé ou ne pas être obligé d'en répondre : c'est oui ou non ; ni l'affirmative ni la négative ne sont susceptibles de plus ou de moins. Il n'en est pas de même de la culpabilité : en effet, par cela seul que nos devoirs sont plus ou moins graves, qu'il y a des manières différentes d'y faillir, la faute a des degrés divers ; elle est plus grave ou moins grave ; elle ne s'affirme ou ne se nie pas seulement, elle se mesure : problème bien difficile pour le législateur et pour le juge.

229. Qu'on remarque cette autre différence non moins importante : les éléments constitutifs de l'imputabilité, se réduisant à ces deux points, l'agent a-t-il été une cause libre, a-t-il été une cause éclairée sur le bien ou le mal moral de l'action, résident exclusivement en la personne de l'agent et dans ses facultés immatérielles ; car la matière n'est ni libre ni éclairée. Les éléments, au contraire, qui font, en plus ou en moins, les mille et mille nuances de la culpabilité, sont multiples ; ils peuvent se rencontrer dans la personne de l'agent ou au dehors, dans les facultés physiques ou dans les facultés morales de cet agent, dans la personne de la victime du délit, dans les faits eux-mêmes, dans les circonstances qui les ont précédés ou accompagnés. Aucune de ces considérations n'est étrangère à la mesure de la culpabilité : d'où il suit que les éléments de cette mesure se trouveront répandus dans toutes les divisions de notre travail.

230. Ceci nous conduit à une dernière observation : la culpabilité, pour toute violation de droit, peut être appréciée d'une manière abstraite, c'est-à-dire par rapport au fait et à l'agent considérés en général, sans application spéciale : par exemple, le meurtre et le meurtrier, l'incendie et l'incendiaire, le vol et le voleur. Mais cela ne suffit point. Dans la réalité des affaires, c'est tel meurtre, tel vol qui a été commis, c'est tel meurtrter, tel voleur qu'on doit juger ; il ne s'agit plus d'une abstraction, il s'agit d'un fait et d'un agent déterminés. Or, tous ceux qui commettent un même fait ne le commettent pas avec le même degré de culpabilité, et les circonstances accessoires du fait lui-même ne sont pas toujours identiques. La culpabilité varie d'action à action et d'individu à individu. Nous nommerons celle qui est appréciée en général la culpabilité abstraite (*in abstracto*), ou *culpabilité absolue ;* et l'autre, la culpabilité concrète, relative, ou *culpabilité individuelle*. Le législateur ne peut mesurer que la première, car il ne lui est possible de statuer que sur les délits et sur les agents considérés en abstraction. C'est le juge qui est chargé, dans chaque affaire et pour chaque individu, de mesurer la seconde. D'où l'on tirera cette conclusion, qu'il est indispensable que le législateur, tout en déterminant la peine en général, d'après la

culpabilité abstraite ou absolue, laisse au juge, pour l'application de cette peine aux cas spéciaux, une latitude en plus ou en moins, dans laquelle il puisse se mouvoir, et qui soit suffisante pour tenir compte des divers degrés de culpabilité individuelle.

231. Ces notions générales acquises, nous voyons qu'il nous faut rechercher, dans la personne de l'agent, quelles sont les conditions de nature à constituer en lui l'imputabilité, la responsabilité pénales, ou à influer sur les divers degrés de culpabilité. Ce sont des questions qui se trouvent réglées, quoique imparfaitement, dans le livre second de notre Code pénal, sous cette rubrique : *Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits* (art. 59 et suiv.). Nous les traiterons d'abord suivant la science rationnelle, ensuite suivant notre droit positif. Et puisque l'analyse nous a déjà montré les divers points de vue sous lesquels l'homme doit être considéré par nous (ci-dess. n° 34), faisant application de cette analyse à l'agent du délit, nous l'étudierons successivement pour la solution de nos problèmes : 1° dans son moral ; 2° dans son corps ; 3° dans les conséquences juridiques de sa sociabilité, ou, en termes plus simples, dans ses droits.

CHAPITRE II

DE L'AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SON MORAL

§ 1. Des facultés de l'âme quant à leur influence sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité.

232. Le moral de l'agent ne se présente pas à notre observation comme un élément simple : nous avons à le décomposer. En effet, quoique indivisible en elle-même, puisqu'elle n'est pas matière, l'âme humaine se manifeste par des aptitudes et par des effets divers, qu'il nous est parfaitement possible de distinguer, et auxquels on a pu appliquer avec succès la méthode de l'analyse. Une science spéciale, sous le nom de psychologie ou science de l'âme, est consacrée à cette étude. Les criminalistes n'y ont pas assez recouru pour la solution de leurs problèmes. Ni les termes ni les idées qui ont cours généralement parmi eux à ce sujet n'offrent l'exactitude et la précision scientifiques désirables. C'est un des points où il faut que notre science aille demander des lumières à celle de la philosophie.

233. On peut dire que l'homme, considéré dans ses facultés psychologiques, est tout en ces trois mots : sensibilité, intelligence, activité. Sans doute il est possible de prendre l'analyse d'une autre façon, d'y employer d'autres dénominations, mais le tout pourra se ramener toujours exactement aux trois facultés que nous venons d'indiquer. Le criminaliste n'a qu'à s'en tenir là, et à chercher la part que prend chacune de ces trois facultés

soit dans la constitution de l'imputabilité, soit dans les degrés divers de culpabilité.

234. Quelque objet matériel, par l'intermédiaire des sens, agit sur mon corps et cause en moi une impression : douleur ou plaisir, il y a sensation. La vue d'une bonne ou d'une mauvaise action, l'attachement qui me lie à quelque autre personne, suivant les circonstances dans lesquelles je la vois ou je la sais, m'affectent aussi ou d'un bonheur ou d'une peine, dont l'origine est plus spirituelle : il y a sentiment. Ce sentiment, la crainte ou le désir de cette sensation se trouvent en moi poussés à l'excès, de manière à prendre une grande place dans mon être, et, par l'effet même de leur énergie, à m'opprimer et à me faire souffrir : il y a passion. La sensation, le sentiment, la passion sont des phénomènes ; tous les trois ont leur source dans la sensibilité. Par l'attrait, par les répulsions qu'elle nous suggère, par les sollicitations qui viennent d'elle, la sensibilité entre pour sa part dans nos actions ou dans nos inactions : on peut dire qu'elle y joue, en général, le rôle d'agent provocateur ; mais, n'étant en elle-même ni libre ni éclairée, on voit qu'elle est en dehors des conditions constitutives de l'imputabilité et de la responsabilité.

235. Ici intervient l'intelligence. L'intelligence ne se présente pas non plus comme une faculté simple et toujours une dans ses effets ; elle est, au contraire, bien complexe, bien inégale. Certains animaux sont intelligents ; les petits enfants le sont beaucoup. Depuis l'esprit vulgaire jusqu'au penseur, jusqu'à l'homme de génie, l'intelligence s'élève ou s'abaisse à des niveaux bien divers et dans des directions bien différentes. La psychologie, dans son travail analytique, cherche à la décomposer en un nombre plus ou moins grand de facultés distinctes, dont elle dresse la liste sous des dénominations variables d'un écrivain à l'autre ; et nous, criminalistes, nous avons, sur cette liste, à marquer du doigt quel est le point qui est indispensable pour constituer l'imputabilité.

236. La perception des idées par l'intermédiaire des sens ; la mémoire ou la puissance de se souvenir des idées auparavant perçues, ce qui est déjà une certaine conception, un certain enfantement de notre esprit ; la puissance d'abstraire, de généraliser, qui commence à nous introduire dans le champ de la métaphysique ; celle de saisir le rapport des choses et des idées mises en relation par notre pensée ; les diverses sortes de jugements, de raisonnements ; et, dans tout cela, la conscience de nous-mêmes, qui fait que nous assistons, pour ainsi dire, à notre propre vie, et qu'éprouvant une impression, nous savons que nous l'éprouvons ; que, faisant une opération intérieure ou extérieure, nous savons que nous la faisons : tout cela est compris dans l'intelligence. Lorsque la sensibilité nous provoque à une action ou à une inaction, ces diverses facultés intellectuelles peuvent nous faire envisager cette action ou cette inaction sous des faces différentes, recher-

cher, par les enseignements de l'expérience et dans les prévisions de l'avenir, quelle satisfaction ou quel désagrément il pourra nous en revenir, si elle nous sera utile ou nuisible ; mais là ne se trouvent point encore les conditions du mérite ou du démérite ; là ne se place pas encore l'imputabilité.

237. Ce qui forme le plus haut point de notre intelligence, ce qui distingue éminemment l'homme de tous les êtres créés ici-bas, c'est le pouvoir, non pas de concevoir des idées ou des rapports accidentels, qui pourraient être ou n'être pas, qui n'ont qu'une vérité relative et casuelle, mais de s'élever à la conception de vérités absolues, nécessaires et immuables, conceptions parmi lesquelles la plus haute, après celle de Dieu, est celle du bien et du mal moral, du juste et de l'injuste. Le mot de raison, employé souvent comme un terme générique dans l'usage vulgaire, d'autres fois, dans le langage d'un grand nombre d'écrivains, comme désignant la faculté des rapports (*ratio*), est réservé par d'autres à cette faculté la plus élevée de notre intelligence. C'est elle qui, lorsque la sensibilité nous sollicite, est là pour juger et pour nous avertir si l'acte vers lequel nous sommes poussés est un bien ou un mal moral, s'il est conforme ou contraire au droit. C'est elle qui constitue en nous l'une des conditions indispensables de l'imputabilité.

238. Là-dessus se manifeste une autre puissance de l'âme : la puissance de décider que l'action sera faite ou ne sera pas faite, et de mettre en jeu ou de contraindre au repos les instruments de notre corps, intérieurs ou extérieurs, nécessaires à l'exécution. C'est ainsi que s'exerce notre activité ; c'est ainsi que se rencontre en nous la seconde condition nécessaire pour que les faits nous soient imputables, la liberté.

239. Outre ce mot de liberté, on emploie aussi, dans le langage psychologique, pour désigner cette dernière puissance de l'âme, une autre expression, celle de volonté, qui, malheureusement, dans l'emploi usuel que nous en faisons, reçoit une autre signification de fait, dont il nous est bien difficile de la dégager entièrement, de telle sorte que le mot ne se présente qu'avec quelque confusion dans notre esprit. Nous aurons à revenir bientôt sur cette signification plus usuelle, importante aussi en droit criminel ; mais constatons bien ici qu'au point de vue qui nous occupe, pris dans le sens d'une pure faculté de l'âme, les mots de volonté et de liberté se confondent. C'est parce que Dieu nous a doués d'une force libre pour nous résoudre dans un sens ou dans l'autre, pour agir ou ne pas agir, que l'on peut dire indifféremment qu'il nous a doués de liberté ou de volonté. Cette puissance de résolution avec commandement aux organes de notre activité, c'est la puissance de liberté ou de volonté : les deux mots, en cette première acception, ne représentent qu'une même idée.

240. En résumé, si l'homme jouit ici-bas du privilége de

pouvoir être cause première, cause efficiente, c'est qu'il a en lui la liberté. Si l'homme, cause première d'un acte, est, seul entre tous les êtres ici-bas, tenu en bien ou en mal d'en répondre, c'est que seul il a en lui la faculté la plus haute de l'intelligence : la raison morale, la connaissance du juste ou de l'injuste de ses actions. L'homme est libre, l'homme connaît le bien ou le mal, donc l'homme est responsable. Telles sont, réalisées en lui, dans les facultés de son âme, les deux conditions constitutives de l'imputabilité.

241. Cependant le phénomène de notre activité ne se produit pas toujours ainsi que nous venons de le décrire. — Quelquefois sous l'influence, ou, pour mieux dire, sous l'empire seul de la sensibilité, sans que ni la raison ni la volonté aient pu y intervenir, l'acte s'est accompli. Le cri poussé dans un subit effroi, le mouvement des yeux qui se ferment à l'approche du moindre contact, celui du corps qui se plie pour éviter un coup soudain, des membres qui se jettent dans un sens ou dans l'autre pour retrouver l'équilibre perdu, sont dans ce cas. Il y a activité *instinctive*, activité *fatale*. — D'autres fois l'acte, sur la provocation impétueuse de la sensibilité, sans que nous ayons donné à la raison le temps de se reconnaître et de nous éclairer, a été résolu et exécuté ; il y a activité *spontanée*. — D'autres fois enfin la question a été posée dans notre esprit, la raison a eu le temps de l'examiner, de délibérer, et c'est après cet examen, après cette délibération intérieure que nous avons agi ; l'activité est *réfléchie*.

L'observation de ces cas divers nous conduit à l'étude de notre second problème sur l'agent du délit, à savoir, la mesure de la culpabilité et la part que peuvent prendre dans cette mesure les diverses facultés de notre âme.

242. Dans les cas où la sensibilité fait naître en nous de ces actes qui ne sont ni volontaires ni raisonnés, des actes purement instinctifs, qu'il nous était impossible de prévenir ou de dominer, il est clair que, les conditions de l'imputabilité se trouvant exclues, cette imputabilité n'existe pas. — Dans les autres cas, la sensibilité peut bien, par l'énergie de ses excitations, obscurcir les lumières de la raison, susciter des obstacles à l'exercice de la liberté ; mais la raison et la liberté nous sont données pour en triompher. Réduite au rôle d'agent provocateur, la sensibilité exerce seulement son influence sur le degré de culpabilité ; le criminaliste doit en tenir compte pour mesurer ce degré.

243. Il doit tenir compte aussi des qualités multiples de notre intelligence, et des diversités qui se rencontrent à cet égard d'individu à individu. En effet, si en ce qui touche l'imputabilité il n'y a qu'un point dont il faille se préoccuper dans l'intelligence, à savoir, l'existence de la raison morale ou la connaissance du bien ou du mal moral de l'action, il n'en est pas de même en ce

qui touche la mesure de la culpabilité. Toutes les autres facultés intellectuelles, bien qu'étrangères à la question d'imputabilité, viennent incontestablement exercer leur part d'influence sur les déterminations de l'homme, et par conséquent concourir à rendre la culpabilité plus ou moins grande.

244. Enfin il doit tenir compte aussi de la force ou de la faiblesse des caractères et des tempéraments, qui, donnant à notre volonté plus ou moins d'empire sur nous-mêmes, et nous rendant plus ou moins facile la résistance aux mauvaises impulsions du dedans ou du dehors, peuvent nous faire plus ou moins coupables quand nous y cédons.

245. On remarquera qu'à l'égard de l'imputabilité nous posons une règle nette et précise, tandis qu'à l'égard de la culpabilité nous restons dans l'indéterminé, nous bornant à indiquer des éléments multiples et variables, qu'il est impossible d'assujettir *à priori* à une formule d'appréciation. Cela tient aux différences fondamentales déjà signalées (nos 228 et suiv.) entre l'un et l'autre de ces deux problèmes.

246. En résumé, et par conclusion de tout ce qui précède : — Les deux conditions constitutives de l'imputabilité ou responsabilité sont, chez l'agent, la raison morale et la liberté. — Tout ce qui détruit, tout ce qui empêche entièrement en lui l'exercice de l'une ou de l'autre de ces facultés, détruit l'imputabilité ; tout ce qui restreint cet exercice diminue la culpabilité. — D'où il suit que dans l'activité instinctive ou fatale, il y a non-imputabilité; dans l'activité spontanée, imputabilité avec culpabilité moindre ; dans l'activité réfléchie, culpabilité entière.

247. Notre conclusion est-elle complète, ou avons-nous quelque chose à y ajouter encore ? Suivant une formule assez communément reçue parmi les criminalistes, les conditions de l'imputabilité seraient au nombre, non pas de deux, mais de trois, ainsi exprimées : « l'intelligence, la liberté et la volonté. » Nous ne reviendrons pas sur ce qui concerne l'intelligence, sur l'étendue de cette expression trop générale dans cette formule, et sur les motifs qui nous y font substituer l'idée de raison morale. Une question plus grave est celle de savoir si la volonté constitue une troisième condition, distincte des deux premières, et qui doive y être ajoutée. Il faut bien se garder ici de toute équivoque.

248. Le mot volonté, nous l'avons déjà dit, a malheureusement, comme tant d'autres mots, plusieurs acceptions différentes. Dans le langage de la psychologie, ce n'est autre chose que la faculté, c'est-à-dire la puissance de vouloir ou de ne pas vouloir, et dans ce sens il est évident pour tous qu'elle se confond entièrement avec la liberté (ci-dessus n° 239) ; faire de l'une et de l'autre deux conditions distinctes, ce serait faire un pléonasme.

249. Mais dans le langage usuel le mot de volonté désigne

aussi le fait d'avoir voulu. En ce sens la volonté n'est plus une puissance de l'âme, c'est un fait accompli; ce n'est plus la faculté de vouloir, c'est l'exercice de cette faculté.

Enfin un troisième acception se présente encore. Un ouvrier, en allumant un feu trop vif, incendie la maison; en jetant du haut d'un mur une pierre ou une poutre, il blesse ou tue un passant : « Je l'ai fait sans le vouloir. — C'est involontaire de ma part, » voilà des expressions dont on se servira vulgairement. Examinons cependant, et n'allons pas confondre. Quant à l'acte lui-même, allumer du feu, jeter la pierre ou la poutre, c'est bien volontairement, nous le supposons, en état de raison et de liberté que l'agent l'a fait; il a voulu cet acte. Ce qu'il n'a pas voulu, ce qu'il n'a pas eu dans l'esprit, ce sont les conséquences préjudiciables de cet acte, l'incendie de la maison, la blessure ou la mort du passant. Il n'a point tendu à cela; il n'a point dirigé vers ces conséquences l'acte qu'il a fait. Dans l'acte il y a eu volonté ; ce qui y manque, c'est la direction, la tendance vers le résultat préjudiciable, ou, en terme technique, l'intention (*tendere in, tendere ad*). L'expression exacte n'est donc pas ici celle de volonté, mais bien celle d'*intention*.

250. Du reste, la volonté, dans le sens du fait même d'avoir voulu, et l'intention, dans le sens du fait d'avoir dirigé son action ou son inaction vers le résultat préjudiciable qu'elle a eu, paraissent dans la plupart des cas se confondre. Appelé à remplir les fonctions de juré, j'oublie cette convocation et manque au devoir qui m'était imposé : je n'ai pas voulu ce manquement, je n'en ai pas eu l'intention. Au moment où je vais passer la frontière, quelqu'un glisse à mon insu dans mon cabriolet une matière de contrebande que j'introduis ainsi sans le savoir : je n'ai pas voulu cette introduction, je n'en ai pas eu l'intention. C'est à ce fait d'avoir voulu le délit lui-même, d'avoir eu l'intention du délit, que font allusion sans doute ceux qui, aux deux facultés de l'âme, la raison et la liberté, ajoutent, pour l'existence de l'imputabilité, une troisième condition, la volonté. Même ainsi expliquée, cette addition est-elle admissible?

251. Notez bien qu'en cela nous passons d'un ordre d'idées à un ordre tout différent. La raison, la liberté sont des facultés de l'âme ; la volonté ainsi entendue, ou l'intention, n'est qu'un fait ; il ne s'agit donc plus de l'état moral de l'agent, il s'agit du fait en lui-même. La question est moins de savoir quelles sont en nous les conditions de l'imputabilité par rapport à nos actes, que de savoir quels sont les actes qui peuvent mériter ou non une peine publique.

252. Supposez, dans les divers exemples que nous venons de donner, l'agent en démence ou matériellement contraint, toute imputabilité disparaîtra ; mais en doit-il être de même par cela seul qu'il n'a pas eu l'intention d'un manquement, l'intention

d'un préjudice ? Quant à l'action ou à l'inaction en elle-même, puisque l'hypothèse est qu'il l'a produite avec le concours de sa raison et de sa liberté, il est incontestable qu'il en est la cause première, la cause efficiente. Il est vrai que sa raison n'a pas examiné, soit la question du préjudice possible, soit celle de l'obligation dans laquelle il se trouvait d'agir ou de ne pas agir ; mais, si elle pouvait faire cet examen, elle a dû le faire. Dieu ne nous a pas doués des facultés qui sont en nous pour que nous les laissions dans l'inertie. Il m'a donné la raison pour prévoir et discerner, la liberté pour n'agir qu'après que la raison a examiné ; je suis responsable du mauvais usage et responsable aussi du non-usage de ces facultés toutes les fois qu'il m'était possible de m'en servir. Ainsi, cause première du fait, j'ai à ma charge l'imputabilité.

253. Voilà comment on peut aller même dans certaines circonstances jusqu'à mettre sur mon compte et me faire subir les conséquences de faits qui, en apparence, appartiennent à autrui, jusqu'à me punir à l'occasion du fait d'autrui s'il entrait dans mon devoir de surveiller, de prévenir, d'empêcher. En réalité, je ne suis responsable encore ici que de mon propre fait, de mon inaction, de ma négligence dans l'accomplissement d'un devoir. Libre et doué de raison, ces deux conditions suffisent pour l'imputabilité.

254. C'est dans le calcul du mérite ou du démérite, et par conséquent, en droit pénal, dans le calcul de la culpabilité, ou, en d'autres termes, dans la mesure de la faute, que figure avec importance la question d'intention. La faute qui consiste à avoir fait un mauvais usage de sa raison et de sa liberté, ce qui a lieu dans les cas où il y a eu intention, est bien plus grave que celle qui consiste à n'avoir pas fait usage de sa raison, ce qui a lieu dans les cas où il n'y a pas eu intention. Celle-ci peut même tellement s'affaiblir suivant les circonstances, qu'il ne reste plus à la charge de l'agent qu'une obligation de réparer le préjudice causé. Ce n'est pas alors que les conditions de l'imputabilité et de la responsabilité disparaissent, mais c'est que la culpabilité diminue jusqu'au point de ne pouvoir plus mériter l'application d'une peine publique.

255. Concluons donc que l'intention n'est pas un élément nécessaire de l'imputabilité, mais qu'elle entre comme un élément très-important dans la mesure de la culpabilité, et que la question de savoir s'il y a lieu ou non à une peine publique, même en l'absence d'intention, est une question qui se présente dans l'appréciation de chaque fait.

256. Il ressort de ce qui précède que notre étude sur l'agent des délits considéré dans ses facultés morales doit porter d'abord sur la raison et ensuite sur la liberté. L'intention ne viendra qu'en troisième lieu, comme ne se référant qu'à l'exercice de ces facultés.

Or les causes qui peuvent affecter l'agent sous le rapport de la raison ou de la liberté sont de diverses natures : l'une, celle de l'âge, tient au cours régulier des choses, à la loi générale du développement humain ; les autres ne sont que des accidents, des irrégularités. Nous commencerons par la première, et nous en viendrons ensuite à celles-ci.

§ 2. Influence de l'âge sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité.

1° *Suivant la science rationnelle.*

257. Les facultés morales de l'homme, pas plus que ses facultés physiques, ne se produisent tout d'un coup. La nature accomplit son œuvre pas à pas, suivant une gradation générale pour l'humanité dans son ensemble, et spéciale pour chaque individu. Chaque jour, chaque moment, dans le cours régulier des choses, amène son progrès.

258. L'homme en venant au monde, dès le premier jour, a en lui le principe de toutes ses facultés psychologiques ; mais l'exercice ne s'en développe que peu à peu, à mesure que les instruments physiques se développent eux-mêmes. — L'enfant est un petit être dont l'intelligence nous charme par ses saillies naissantes, par les progrès quotidiens que nous lui voyons faire ; mais quand la raison morale, la notion du juste et de l'injuste sera-t-elle venue ? Quand existera-t-elle dans son entier ? Pour le criminaliste voilà la question. — Chez l'enfant, il y a bien aussi et de bonne heure un certain libre arbitre, mais plus de force aux impulsions sensuelles, moins d'énergie à la faculté morale qui doit les comprimer. Plus d'une fois, surtout dans ses premières années, quand vous lui croyez une volonté tenace, il n'y a pas en lui de volonté proprement dite, parce qu'il n'y a pas de liberté complète. Comme cela arrive si souvent dans la nature animée au-dessous de nous, il obéit à une sollicitation physique qui prédomine. Cependant, la puissance du libre arbitre se développant chez lui plus tôt que celle de la raison, il est moins nécessaire, en fait, de s'en préoccuper.

259. La règle scientifique est bien simple : là où l'enfant a agi manquant encore soit de la liberté et de la raison morale, soit de la raison morale seulement, il n'y a pas imputabilité. Là où il a agi dans l'exercice de ces deux facultés, sans que néanmoins sa raison fût parvenue encore à un développement normal et à une entière maturité, il y a culpabilité moindre. Mais comment faire l'application de cette règle en droit positif ?

260. Ne pouvant suivre la marche graduelle et quotidienne de la nature, qui varie selon les lieux, les climats, les individus, le genre d'éducation et mille causes diverses, faut-il que le législateur abandonne au juge toute latitude d'appréciation pour chaque inculpé dans chaque cause ? Ou bien faut-il que, prenant une

moyenne suivant le peuple pour lequel il statue, il détermine du moins certaines limites d'âge entre lesquelles les dispositions de la loi pénale varieront ?

261. Le premier parti peut sembler le plus simple ; mais ce serait là une de ces simplicités apparentes qui n'amènent que complications et inégalités ; ce serait la démission du législateur, et, à la place d'une règle, toutes les variations arbitraires des décisions individuelles. Le parti qui consiste pour le législateur à procéder ici, comme en tant d'autres matières, par des présomptions générales, assises sur des moyennes communes, est donc le meilleur, pourvu que la loi laisse en même temps au juge une latitude suffisante pour tenir compte des nuances particulières de chaque cause.

262. La science rationnelle a donc à rechercher quelles sont les diverses périodes à distinguer dans le cours du développement humain jusqu'à l'âge où l'homme réunit en lui les conditions voulues pour entrer sous l'application des règles communes et des dispositions pénales ordinaires.

263. Cela posé, n'est-il pas un âge, n'importe pour le moment lequel, prenez trois, quatre, cinq ou six ans si vous voulez, n'est-il pas un âge où il est certain que la conception du juste et de l'injuste, en d'autres termes, la raison morale, n'existe pas chez l'enfant, et qu'aucune imputabilité pénale ne saurait avoir lieu contre lui ? Ne serait-il pas ridicule de voir mettre en accusation un enfant qui n'est pas encore sorti de cet âge ? Laissera-t-on en principe au magistrat le droit de le faire, tout en s'en remettant à son bon sens pour ne pas user de ce droit ? Lui laissera-t-on l'hésitation sur la limite à laquelle il devra s'arrêter, d'où le défaut d'unité, les variations individuelles ? Et quel inconvénient y aurait-il à fixer cette limite, en la tenant, si l'on veut, plutôt au-dessous qu'au-dessus de la moyenne ? Cette première période s'offre donc tout raisonnablement et presque forcément à la délimitation du législateur.

264. Au sortir de cette période, n'en vient-il pas une autre, faites-la commencer à six, à sept ou à huit ans, peu importe, n'en vient-il pas une autre où vous vous prenez à douter, où vous n'oseriez prononcer d'une manière générale et absolue que l'agent avait ou n'avait pas la raison morale ; où, par conséquent, c'est une question à résoudre pour chaque individu dans chaque fait ? Cette période ne doit finir qu'au point où il devient indubitable que l'homme, en règle générale, est arrivé à la notion du juste et de l'injuste dans toutes ses applications. Il n'y a pas de danger pour le législateur à en tenir les limites, tant inférieure que supérieure, plus larges, et à faire porter sur elles tout ce qu'il peut y avoir d'hésitation, puisque en définitive l'intervalle qu'elle embrasse n'est en lui-même qu'un intervalle de doute, durant lequel le juge prononcera. — S'il est reconnu qu'il n'y avait pas

chez l'agent discernement suffisant, il n'y aura pas imputabilité, ou du moins pas de culpabilité pénale ; dans le cas contraire, l'imputabilité aura lieu, mais la culpabilité sera moindre.

265. N'arrive-t-il pas une troisième époque, fixez-la à seize, à dix-sept ou à dix-huit ans, à laquelle le doute cesse ? Vous pouvez affirmer que, les choses ayant suivi leur cours régulier, l'agent avait la conception du juste et de l'injuste à un degré suffisant pour constituer l'imputabilité avec la culpabilité pénale. — Mais ici une autre question se présente : quelle relation y a-t-il entre cette époque d'imputabilité certaine en droit pénal et celle de la capacité en droit civil ? la majorité pénale doit-elle coïncider avec la majorité civile, ou doit-elle s'en séparer, et comment se gradue durant cet intervalle la culpabilité ?

266. On peut dire avec vérité que la notion du mal moral qui existe dans un délit arrive plus tôt chez l'homme que celle des intérêts à débattre et à défendre dans les contrats et dans les relations civiles. L'une est la notion du juste, l'autre la notion de l'utile : or, la première, quoique plus spirituelle, est plus simple, plus nette, sujette à moins de méprises, et se présente distinctement chez l'homme avant la seconde. Tel qui n'est pas capable de démêler ce qu'il peut y avoir d'avantageux ou de désavantageux dans un marché proposé, dans une obligation à contracter, dans une aliénation à faire, ni de se garantir des piéges qui lui seraient tendus à cet égard, pourra déjà discerner sans aucun doute que telle action ou telle inaction constitue une violation du droit. Aussi l'âge où commence la certitude d'imputabilité pénale doit-il nécessairement précéder celui de la majorité civile.

267. Mais dès ce moment la culpabilité est-elle parvenue au niveau commun ? Peut-on faire arriver dès lors cette imputabilité, qui est certaine, avec ses conséquences les plus graves, avec toutes les rigueurs de la loi pénale ordinaire, contre une personne dont la raison n'est pas jugée suffisante pour discerner régulièrement les intérêts ? N'y aurait-il pas en cela contradiction et injustice ? Cette raison n'est pas complète et toute développée, puisque la capacité civile ne lui est pas même reconnue : comment la culpabilité serait-elle pleine et entière ? Bien que la notion du juste domine dans le discernement du délit social, celle de l'utile y est aussi mêlée essentiellement (ci-dessus, nos 188 et 205) : attendez donc, pour marquer le niveau commun, la plus haute aptitude de culpabilité, que l'une et l'autre de ces notions soient perçues entièrement et exactement par la raison humaine. Nous croyons fermement que, si la certitude d'imputabilité doit précéder la majorité civile, l'application des peines ordinaires ne peut pas avoir lieu avant cette majorité. Les trois périodes qui précèdent ne suffisent donc pas, il en faut encore une autre.

268. Celle-ci est la quatrième et dernière époque, celle où le développement moral est achevé, où la ligne normale est atteinte,

où la culpabilité est pleine et entière : à partir de cette époque la pénalité ordinaire devient applicable.

269. En résumé, les périodes parcourues dans la marche graduelle du développement moral chez l'homme sont, par rapport à la pénalité, au nombre de quatre, qui peuvent se caractériser ainsi : — 1° Certitude de non-imputabilité ; — 2° doute, question à résoudre ; en cas d'affirmative, culpabilité moindre ; — 3° certitude d'imputabilité ; culpabilité plus élevée que dans le cas précédent, mais non encore au niveau commun ; — 4° culpabilité pleine et entière suivant le niveau commun.

270. Une première conséquence de l'atténuation de culpabilité, quand culpabilité il y a, durant tout ce jeune âge où les facultés de l'homme n'ont pas encore atteint leur développement normal, doit être sans contredit une diminution proportionnelle de peine. Mais est-il permis de s'en tenir là ? Qui ne voit que c'est ici surtout qu'existe l'espérance de redresser, de diriger, de façonner les esprits et les caractères ; avec cette espérance, le devoir d'y travailler ; le devoir enfin de préparer l'avenir, de former les jeunes délinquants à la vie d'homme fait qui les attend, et à laquelle ils n'ont point encore touché ? De telle sorte que la peine, sans perdre son caractère répressif exigé par la justice, doit être appropriée aux exigences d'une telle situation, organisée de manière que l'élément de correction y domine ; il s'agit donc dans ces périodes de première jeunesse, non pas d'une atténuation seulement, mais bien d'une tout autre nature de peines.

271. Dans les cas même où le mineur n'a pas agi avec un discernement suffisant pour constituer la culpabilité de droit pénal, et où, par conséquent, au point de vue de la justice répressive, il doit être acquitté, le juge peut reconnaître néanmoins la nécessité d'enlever cet enfant à un milieu compromettant, à une direction constatée vicieuse, afin de le soumettre, dans son propre intérêt, à des mesures qui préparent aussi son avenir par une éducation morale et par l'apprentissage d'un travail professionnel. On ne pourra procéder, il est vrai, à ces mesures que par voie de contrainte : contrainte à l'égard des parents, dont l'autorité sera écartée ; contrainte à l'égard du mineur, qui sera privé judiciairement de sa liberté. Cette contrainte sera suffisamment justifiée, suivant les cas, par le danger, par les mauvaises habitudes ou les penchants vicieux qui ressortiront des faits établis ; par la faute du mineur, qui, pour n'être pas une faute à frapper de peine publique, n'en existera pas moins à sa charge ; par la négligence, l'abandon, le mauvais exemple ou l'immoralité des parents. Mais ces mesures ne doivent avoir aucun caractère de peine publique : ce qui s'y trouve de répression ne doit être assimilé qu'à une sorte de correction domestique, destinée à remplacer à l'égard du mineur celle de ses parents, qui est reconnue lui faire défaut Elles doivent surtout ne pas être confondues avec les précédentes ; cette

confusion serait contraire à la justice, et renverserait les idées de droit, puisque dans les unes il y a acquittement, et dans les autres condamnation.

272. De ce caractère de la détention du mineur acquitté, nous conclurons que, n'étant pas le résultat d'une condamnation, elle ne devrait avoir rien d'irrévocable; que le temps marqué par le jugement pour sa durée devrait être considéré seulement comme un maximum qu'elle ne pourrait dépasser, et que, même avant ce temps, un moyen légal d'y mettre fin devrait toujours être ouvert pour le cas où les circonstances changeraient, où la conduite du mineur paraîtrait réformée, où quelque occasion favorable se présenterait pour l'avenir de ce mineur.

273. La vieillesse ne forme pas une dernière période à établir législativement et en général quant à cette question d'imputabilité ou de culpabilité. Les facultés de l'homme se sont développées, l'expérience est acquise, l'excitation des passions est amortie : la culpabilité, loin d'en être diminuée, s'en augmente peut-être; voilà d'ailleurs des éléments qui ne peuvent être soumis à aucune loi générale, mais qui rentrent dans l'appréciation individuelle à faire par le juge dans chaque cause. — Que si le grand âge a amené un affaiblissement des facultés intellectuelles, une sorte de retour à l'enfance, il y a là encore un accident individuel, une altération éventuelle, qui appartient, non pas au sujet dont nous traitons ici, mais à celui dont nous traiterons dans le chapitre suivant. — *Enfin, si la loi, en raison de la vieillesse et à un certain âge déterminé, modifie* l'application de certaines peines, ces modifications ne sont point fondées sur une diminution de culpabilité, mais sur d'autres considérations, que nous aurons à exposer en traitant des peines.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

274. Le point qui nous occupe n'était réglé anciennement chez nous que par la jurisprudence, et il est à remarquer que cette jurisprudence n'était assise que sur une certaine interprétation commune, mais erronée, de divers textes du droit romain.

275. Le droit civil des Romains, dans sa rudesse et dans son matérialisme primitifs, s'était attaché pour l'appréciation du développement de l'homme à deux phénomènes de sa nature physique : la parole et la puissance génératrice. Pour lui, l'*infans* était celui qui ne parle pas encore (*qui fari non potest*), qui, par conséquent, n'était pas capable de figurer dans le droit en y prononçant les formules consacrées; l'*impubes*, celui qui ne peut pas encore engendrer, qui, par conséquent, n'était pas capable de contracter de justes noces. Les jurisconsultes, à mesure qu'ils tinrent plus de compte des éléments intellectuels, se mirent à distinguer en outre si l'homme était plus près de l'âge où l'on ne parle pas (*infanti proximus*), ou plus près de la puberté (*pubertati proxi-*

mus). Mais ni l'une ni l'autre de ces deux époques, l'enfance et la puberté, ni par conséquent le milieu ou sorte de moyen terme pris en considération par les jurisconsultes, n'étaient déterminés par des chiffres; ils restaient variables selon chaque individu plus ou moins précoce, ou plus ou moins retardataire (1).

276. Cependant une opinion des philosophes et des médecins de l'antiquité, reproduite même en nos temps modernes dans un ouvrage célèbre de Cabanis (2), se fit jour parmi les jurisconsultes romains, et vint exercer son influence sur leurs décisions. Cette opinion était que de sept ans en sept ans, en terme moyen, tous les éléments matériels qui composent le corps de l'homme se trouvent renouvelés, et qu'une révolution organique, portant à la fois sur le physique et sur le moral, s'est accomplie. Par suite de cette opinion, la tendance des jurisconsultes, du moins dans l'une de leurs écoles, celle des Proculéiens, fut de fixer à quatorze ans révolus pour les hommes l'époque de la puberté, fixation qui n'a été législativement consacrée que par Justinien, et à sept ans révolus celle du temps intermédiaire : de telle sorte que, d'après ces données, il faut entendre dans les textes des jurisconsultes romains par *infans*, celui qui est encore à la mamelle ou peu s'en faut (*qui adhuc lactant, aut his paulo majores*), suivant les expressions de Théophile (3); par *infanti proximus*, celui qui n'a pas encore sept ans révolus; par *pubertati proximus*, celui qui a dépassé cet âge; et par *pubes*, celui qui compte quatorze ans accomplis; ou, du moins, il faut se tenir dans des limites environnantes pour le sens de ces expressions quand elles se rencontrent chez des jurisconsultes qui n'avaient pas voulu admettre le système d'une moyenne par chiffres déterminés, mais qui avaient continué à vouloir juger pour chaque individu le moment où le phénomène physique s'était produit. On sait, du reste, comment tous s'étaient accordés à fixer pour les femmes l'époque de la nubilité à douze ans, et comment le Prêteur, dans son édit, avait introduit une autre distinction entre les mineurs ou les majeurs de vingt-cinq ans, chiffre qui ne cadrait plus avec la théorie des périodes septennales.

277. Les conséquences de ces diversités d'âge, telles qu'elles nous apparaissent dans les fragments des jurisconsultes romains parvenus jusqu'à nous, ne se réfèrent en majeure partie qu'aux affaires civiles; plusieurs de ces fragments sont relatifs à ces actions que le droit romain qualifiait de pénales, mais qui n'avaient

---

(1) Nous voyons cependant dans les bronzes récemment découverts à Osuna (table XCVIII) que, dès le temps de César, on était arrivé à fixer la puberté légale à l'âge de quatorze ans pour le sexe masculin.

(2) CABANIS, *Rapports du physique et du moral de l'homme; 4e mémoire ; Influence de l'âge sur les idées et sur les affections morales*, §§ 6, 7 et 8.

(3) THÉOPHILE, Paraphrase des Instituts, liv. 3, tit. 19, *De inutil. stipul.*, § 10.

en réalité qu'un caractère privé (1); quelques-uns, en très-petit nombre, ont trait véritablement à la pénalité publique par voie d'accusation, sans nous offrir pour ces matières de règle générale précise (2). C'est avec ces textes incomplets ou détournés de leur propre application que l'ancienne jurisprudence européenne avait cherché à construire sa doctrine, en y joignant cette autre circonstance, et c'est ici que, par une méprise volontaire ou involontaire, tout en croyant appliquer ces textes, elle s'en était véritablement écartée, en y joignant cette circonstance que, par suite d'une interprétation alors communément reçue et fondée sur une constitution particulière du temps de Théodose, l'âge de l'enfance était considéré par cette ancienne jurisprudence européenne comme se continuant, en droit romain, jusqu'à sept ans accomplis: ce qui reculait d'autant l'âge où l'homme est *infanti* ou *pubertati proximus*, et changeait toutes les applications des textes romains relatifs à cette époque.

278. C'était ainsi que chez nous, pour ne nous occuper que de la France et pour laisser de côté les variétés d'applications spéciales aux autres pays, la jurisprudence pratique, quoique non uniforme, s'accordait le plus généralement à considérer comme ne devant être punis d'aucune peine les enfants, c'est-à-dire les personnes âgées de moins de sept ans révolus, et celles plus près de l'enfance que de la puberté, c'est-à-dire au-dessous de dix ans pour les femmes et de dix ans et demi ou onze ans pour les hommes. Passé cet âge, les personnes devenaient punissables, mais les impubères moins que les pubères, la puberté étant celle du droit romain, douze ans pour les femmes, quatorze ans pour les hommes; et les pubères mineurs moins que les majeurs, c'est-à-dire moins que ceux qui avaient atteint vingt-cinq ans révolus. A cette majorité seulement devenait applicable toute la rigueur de la peine ordinaire; car, dit Muyart de Vouglans, « comme la raison a ses degrés, la loi veut aussi que la punition soit réglée

---

(1) Ce sont les textes dont les anciens criminalistes ont le plus usé dans la jurisprudence européenne.

(2) Voici les textes les plus généraux: « Impunitas delicti propter ætatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest. » (Cod., 9, *47*, *De pœnis*, 7, const. Alex. Sever.) — « Fere in omnibus pœnalibus judiciis et ætati et imprudentiæ succurritur. » (Dig., 50, 17, *De regul. jur.*, 108, Fr. Paul.) — Voir aussi Dig., 48, 19, *De pœnis*, 16, § 3, Fr. Claud. Saturnin. — « Pomponius ait, neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse. » (Dig., 21, 1, *De ædilit. edicto*, 23, § 2, Fr. Ulp.) D'où la controverse, dans l'ancienne jurisprudence criminelle, de savoir si un impubère pouvait être condamné à mort; l'affirmative s'appuyant, quoique mal à propos, sur un autre texte, relatif au cas tout particulier du sénatus-consulte Silanien: Dig., 29, 5, *De S.-C. Silaniano*, 14, Fr. Mæcian. — Un impubère pouvait cependant être déporté: Instituts, liv. 1, tit. 22, § 1, et liv, 26, tit. 1, § 14. — Pour le mineur de vingt-cinq ans, voir Dig., 4, 4, *De minoribus*, 37, Fr. Tryphonin.

suivant les différents degrés de l'âge. » Le principe que les peines étaient arbitraires s'accommodait parfaitement à cette gradation progressive laissée à l'estimation du juge; d'ailleurs la jurisprudence n'avait rien d'impérieux, et le brocard si répandu : « *Malitia supplet ætatem,* » permettait à ce juge de décider autrement dans les cas qui *lui* paraissaient exceptionnels (1). Enfin ces règles, comme tant d'autres du droit pénal, cessaient du moment qu'il était question de crimes qualifiés d'atroces, tels que ceux de lèse-majesté divine ou humaine, d'assassinat, d'empoisonnement (2).

279. L'Assemblée constituante, dans son Code pénal de 1791, se sépara de tous ces précédents. Elle introduisit le système encore en vigueur chez nous aujourd'hui : une limite unique, celle de seize ans accomplis (3), d'où seulement deux périodes : l'une au-dessous, l'autre au-dessus de cet âge. Ce système ne satisfait pas, selon nous, complétement aux données de la science, parce qu'il laisse à l'appréciation discrétionnelle et variable du magistrat l'âge où des poursuites peuvent avoir lieu contre l'enfant, et parce qu'il fait commencer bien avant la majorité civile l'application de la pénalité ordinaire. Mais il a pour avantage son extrême simplicité, et le mérite, en n'établissant qu'une seule limite, d'y rattacher du moins la période la plus utile, la plus nécessaire à organiser dans la législation pénale : je veux dire la période du doute, celle où le juge, sous une question de discernement, exigée à peine de nullité, doit décider de la culpabilité ou de la non-culpabilité pénale.

280. Il est curieux et intéressant de rechercher comment dans les codes modernes de pénalité, sous l'influence soit de l'ancienne jurisprudence européenne, soit de notre Code pénal, soit de la science actuelle, ont été réglementées ces diverses questions d'âge. Les quatre périodes signalées par notre analyse ne se ren-

---

(1) « Pour sa pupillarité ne doit demeurer qu'il ne porte la peine capitalle, ponr la raison de ce que la malice y aura suppléé à l'aage. » (BOUTEILLER, *Somme rural*, liv. 2, tit. 40, p. 870.)

(2) MUYART DE VOUGLANS : *Les lois crimiuelles*, liv. 1, tit. 5, ch. 1, § 1, p. 26. — *Institut au droit criminel*, part. 3, ch. 4, § 1, p. 74. — JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, part. 3, liv. 2, tit. 25, art. 4, § 4, t. 2, p. 615.

(3) A quelle influence historique pourrait-on rattacher le choix de ce chiffre, seize ans accomplis? Il y a dans nos anciens usages tant de variété dans les conditions d'âge, relativement aux diverses matières de droit public ou de droit privé, que le vestige historique, si vestige il y a, est difficile à saisir. Nous lisons dans la *Somme rural* de BOUTEILLER : « Si sçachez que du fait d'advocacerie par le droit escrit sont privez mineurs de seize ans, pour la raison que trop grande jeunesse et petite constance est encore en eux. » (Liv. 2, tit. 2, p. 673.) — Le droit écrit, c'est-à-dire le droit romain, auquel fait allusion Bouteiller, porte dix-sept ans (DIG., 3, 1, *De postulando*, 1, § 3, Fr. Ulp.), que Bouteiller traduit par seize ans accomplis. — Suivant la déclaration du 17 novembre 1690, générale pour toutes les universités, ce n'était plus pour la profession d'avocat, mais pour la première inscription en droit, que l'âge de seize ans accomplis était exigé : disposition consacrée encore par la loi du 22 ventôse an XII sur l'organisation des écoles de droit, art. 1.

contrent pas dans chacun de ces codes : ici c'est l'une, et là c'est l'autre qui manque; quelquefois l'une d'elles se subdivise en plusieurs autres, qui en augmentent le nombre. — Quant à la fixation de l'âge auquel chacune de ces périodes commence ou finit dans ces diverses législations, on sera frappé du peu d'ensemble, en quelque sorte du décousu qui s'offre en cette fixation. Les souvenirs du droit romain, bien ou mal interprété, y ont laissé quelques traces dans les chiffres de sept ou de quatorze ans qui se rencontrent en quelques codes; celui de seize ans y a gagné du terrain, par imitation du droit pénal français. Mais, en somme, la fixation semble faite au hasard, selon l'opinion individuelle et occasionnelle de chaque rédacteur dans chaque pays. — En ce qui concerne l'influence que l'on pourrait attendre en cette fixation de la diversité des climats et du développement plus ou moins précoce de l'homme chez les races méridionales comparées aux races du Nord, non-seulement elle est nulle, mais les législations positives se trouvent souvent en contradiction avec elle. On peut affirmer que cette idée n'a eu aucune part dans le choix des limites auxquelles chaque législateur s'est arrêté.

281. Si nous cherchons quelle serait la solution la plus propre à former règle européenne, nous croyons que le mieux serait incontestablement d'en venir aux périodes physiologiques du développement septennal, et de procéder ainsi par révolutions de sept ans en sept ans : — 1° Depuis la naissance jusqu'à sept ans accomplis, non-imputabilité; — 2° de sept ans accomplis jusqu'à quatorze, imputabilité douteuse, question à résoudre; en cas d'affirmative, culpabilité moindre; — 2° de quatorze ans accomplis jusqu'à vingt et un ans, imputabilité certaine et culpabilité plus élevée que dans le cas précédent, mais non encore au niveau commun; — 4° à vingt et un ans accomplis, culpabilité au niveau commun, application des peines ordinaires.

Ce système aurait l'avantage de procéder par périodes régulières d'un même chiffre, ce qui équivaut presque, pour la simplicité, à n'en avoir qu'une seule; d'être d'accord avec les données de la science physiologique dans ses traditions les plus antiques, confirmées par quelques auteurs modernes; enfin, de former terme moyen au milieu de la variété des chiffres reçus dans les codes divers, et de comprendre même ceux de ces chiffres qui sont le plus communément répandus (1).

---

(1) Le Code pénal de l'Allemagne du Nord admet l'absence d'imputabilité jusqu'à douze ans (art. 55); — de douze à dix-huit ans, question de discernement posée; en cas d'affirmative, pénalité moindre (art. 56, 57); — à dix-huit ans accomplis, application des peines ordinaires.

Nous trouvons plus rationnel le projet de Code pénal italien, qui admet cinq périodes : 1° au-dessous de neuf ans, point d'imputabilité (art. 66, § 1); — 2° de neuf à quatorze ans, question de discernement; en cas d'affirmative, peine diminuée de trois à quatre degrés; — 3° de quatorze à dix-huit ans, peine

282. Bien entendu, d'ailleurs, que dans tout système et à toute époque quelconque, même au delà de la majorité pénale et de la majorité civile, bien que l'âge soit qualifié d'âge d'imputabilité certaine, il reste toujours au juge de la culpabilité le droit d'acquitter l'agent du fait, s'il est prouvé qu'il n'ait pas eu dans son action le degré de raison ou de liberté suffisant pour constituer la culpabilité pénale. Les délimitations d'âge ne sont posées par le législateur que comme une règle générale, une moyenne commune, dans l'hypothèse du développement normal des facultés humaines; ce qui n'exclut pas la possibilité des exceptions individuelles, dont nous aurons à nous occuper dans les chapitres suivants, et qui sont toujours laissées en fait à l'appréciation du juge.

283. Il nous reste à en venir maintenant à l'application pratique de notre droit actuel.

Le Code pénal de 1791, sur ce point, était ainsi conçu : « Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime » pour lequel il est poursuivi avant l'âge de seize ans accomplis, » les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leurs délibérations, la question suivante : *Le coupable a-t-il commis le » crime avec ou sans discernement?* » (Part. I, tit. v, art. I.) Puis, dans les articles suivants, 2, 3 et 4 du même titre, se trouvaient réglées les conséquences de la réponse. C'est ce système qui a passé dans le Code pénal de 1810, art. 66, 67 et 68.

Seulement, comme le code de la Constituante n'avait trait qu'au cas de crime et à la procédure par voie de jurés (ci-dess., n° 144), et comme, à l'égard de tous autres délits, les juges, dans le silence de la loi spéciale (du 19 juillet 1791), étaient restés sans règle législative, un article particulier, l'article 69, fut ajouté, dans le Code pénal de 1810, pour le cas de délit (1).

---

diminuée de deux à trois degrés; — 4° de dix-huit à vingt ans, peine diminuée d'un degré; — 5° à vingt ans accomplis, peine ordinaire.

Le Code belge de 1867, en consacrant d'ailleurs le système français quant à l'âge de seize ans, ajoute (art. 77) que la peine de mort, pour le mineur de dix-huit ans, sera remplacée par la peine des travaux forcés à perpétuité. C'est dans le même esprit que notre Code pénal de 1832 (art. 22), dispensait de l'exposition publique les mineurs de dix-huit ans. La concession d'ailleurs est peu importante, vu la rareté de condamnations capitales prononcées contre des mineurs de cet âge. — Le Code bavarois de 1862 n'admet point la peine de mort avant l'âge de la majorité civile.

(1) ART. 66 : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il » a agi sans discernement, il sera acquitté; mais il sera, selon les circonstances, » remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être » élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et » qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième » année. »

ART. 67 : « S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront » prononcées ainsi qu'il suit :..... etc. »

ART. 69 : « Dans tous les cas où le mineur de seize ans n'aura commis qu'un

Ces articles, sauf une question de juridiction dont nous aurons à parler plus tard, n'ont subi, lors de la révision de 1832, aucune modification qui touchât au système en lui-même. Il fut bien proposé, à cette époque, par un amendement devant la chambre des députés, de reculer jusqu'à dix-huit ans l'âge fixé par le Code ; mais cet amendement fut rejeté.

Ainsi, le système de notre loi est toujours celui-ci : Pas de limite quant à l'âge auquel les enfants peuvent commencer à être poursuivis, ce point étant abandonné entièrement à l'appréciation des magistrats; dès l'âge de seize ans, application de la pénalité ordinaire.

284. Les seize ans doivent être *accomplis :* le Code pénal de 1791 le disait textuellement (ci-dess., n° 283); et accomplis *au moment de l'action,* car il s'agit d'un élément essentiel de la culpabilité : or c'est au moment de l'action que la culpabilité existe ou n'existe pas, quelle que soit plus tard l'époque du procès.

285. Cela posé, le problème relatif à l'âge se complique de ces deux questions : — 1° L'agent avait-il ou non seize ans accomplis au temps de l'action? Première question, purement de fait, qui ne se présente à résoudre judiciairement qu'en cas de doute sur l'âge, l'affirmative ou la négative étant la plupart du temps de toute évidence. — 2° S'il avait moins de seize ans, a-t-il agi ou non avec discernement? Seconde question, conséquence forcée de la minorité de seize ans une fois établie. (I. cr., art. 340.)

286. Ces deux questions tenant aux éléments mêmes constitutifs de la culpabilité, c'est au juge de la culpabilité qu'il appartient de les résoudre ; et elles doivent, au besoin, être suppléées d'office, la justice elle-même y étant engagée.

287. Dans l'une et dans l'autre, la présomption est en faveur de l'inculpé, et l'obligation de la preuve à la charge du ministère public. Une présomption, en effet, n'est qu'une induction tirée à l'avance de ce qui arrive communément en règle générale. Or, c'est une règle générale que tous les hommes passent par l'âge de minorité avant de parvenir à un âge plus avancé, et que leurs facultés sont impuissantes à discerner le bien et le mal moral avant d'arriver à ce discernement. Si donc le ministère public prétend que l'inculpé avait plus de seize ans révolus, ou qu'ayant moins de seize ans il était déjà doué de discernement, toutes conditions essentielles dans la question de culpabilité, c'est à lui à prouver que ces conditions existent.

288. Quant à l'âge, le moyen de preuve régulier et concluant, c'est la production de l'acte de naissance ; mais, si cette production ne peut être faite, force sera bien de vider cette question d'âge

---

» simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui ne pourra s'élever au-
» dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu
» seize ans. »

en l'appréciant d'après tous les autres indices ou moyens possibles de conviction.

289. Quant au discernement, on ne doit pas perdre de vue que ce qu'il faut trouver chez l'agent pour être autorisé à le déclarer coupable, ce n'est pas telle ou telle faculté de l'intelligence, mais bien la faculté la plus haute, la raison morale, la conception du juste ou de l'injuste ; que cette faculté elle-même suit des gradations et se présente avec des nuances successives dans son développement : tel, en effet, apercevra déjà la violation de droit qui existe dans les violences contre les personnes, qui n'appréciera pas encore aussi nettement celle que contiennent les atteintes à la propriété, moins encore les atteintes contre la foi publique, fausse monnaie, faux billets de banque et les divers genres de faux ; en dernier lieu, enfin, celles qui tiennent plus intimement à l'organisation générale de l'état social, aux droits et aux devoirs politiques. D'où il suit que ce qu'il faut pour constituer la culpabilité, c'est la conception du juste et de l'injuste, non pas en général, mais spécialement, dans le fait particulier objet de la poursuite : voilà ce qui est compris dans le mot de discernement ; et la question doit être résolue, non pas sur un indice isolé, sur une épreuve après coup, mais par tout l'ensemble des faits et de l'étude de l'agent, d'après une conviction consciencieuse : le doute doit profiter à l'inculpé.

290. La solution présente deux hypothèses : ou le mineur de seize ans a agi sans discernement, ou il a agi avec discernement ; la première de ces hypothèses est réglée par l'article 66, et la seconde par les articles 67 et 69 du Code pénal.

291. S'il est décidé que le mineur de seize ans a agi sans discernement, *il sera acquitté*, porte l'article 66 : en effet, puisqu'il n'y a pas de discernement, il n'y a pas d'imputabilité ou du moins de culpabilité pénale (1). Il faudra tirer de cette disposition les conséquences de droit qui se tirent de tout acquittement, et il est certain que, s'il commettait plus tard un nouveau délit, on ne pourrait pas le considérer comme récidiviste.

292. Néanmoins, certaines mesures particulières sont autorisées par le même article en ces termes : « Mais il sera, selon les » circonstances, remis à ses parents ou conduit dans une maison » de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre » d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne » pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième » année. » Ces mesures, qui ont été imitées depuis dans plusieurs codes étrangers, nous viennent du Code pénal de 1791 (tit. V, art. 2). Elles sont laissées à l'appréciation du juge chargé de faire

(1) Mais il reste la condamnation civile, et même souvent dans la pratique, la condamnation aux frais : d'où l'on pourrait conclure, le mineur étant déclaré *coupable*, qu'il y a ici absolution plutôt qu'acquittement.

l'application de la loi. Il ne faut pas les considérer comme en contradiction avec l'acquittement qui est prononcé.

293. En effet, si les parents, ou même, à leur défaut et sur leur consentement exprès ou présumé, si quelque ami, quelque personne charitable, quelque établissement d'apprentissage ou d'éducation professionnelle, qui demandent à se charger du mineur, sont jugés offrir de suffisantes garanties pour la bonne direction de ce mineur, il leur sera remis. Nous voyons fréquemment, devant nos juridictions correctionnelles, de touchantes applications de cette paternelle jurisprudence. Même lorsque ni parent ni personne ne le réclame, si la situation, si les bonnes dispositions du petit prévenu, révélées aux débats, offrent quelque intérêt, à plus forte raison si elles sont de nature à émouvoir en sa faveur, le tribunal, au lieu de statuer immédiatement, remet à huitaine ou à quinzaine sa décision. Les détails de l'audience, lus dans les feuilles judiciaires, deviennent publics, et au jour indiqué les juges n'ont plus qu'à choisir entre les personnes de bon cœur et de bonne moralité, établissements spéciaux, personnages riches, chefs d'ateliers, honnêtes artisans, qui sollicitent le soin de cet enfant et de son avenir. Nous avons à Paris un greffier du tribunal que nous connaissons et que nous estimons tous pour la part très-active qu'il prend dans ces bonnes œuvres.

Ce n'est que lorsque les garanties manquent et que la gravité des faits paraît d'ailleurs l'exiger, qu'il y a lieu d'ordonner la détention autorisée par l'article 66. Cette détention n'est point infligée à titre de peine publique, puisqu'il y a acquittement. L'article dit que le mineur sera conduit dans une maison *pour y être élevé :* c'est donc une mesure de prévision, d'éducation bienfaisante, avec une certaine contrainte dont le caractère a déjà été déterminé par nous suivant la science rationnelle (nos 271 et 272).

294. Tel étant l'esprit de la loi, il serait de toute nécessité que la manière d'organiser ce genre de détention y répondît. Malheureusement, suivant la législation de 1791, peu avancée encore sur ce point, cette détention devait être subie dans une *maison de correction :* or, sous ce titre et dans le même établissement, le législateur d'alors avait confondu les détentions des mineurs par décision du tribunal de famille, celles des mineurs de seize ans acquittés, et celles de tous les condamnés correctionnellement, en se bornant à ordonner une séparation par quartiers (1) : confusion qui a passé dans le texte (art. 40 et 66) et dans la pra-

(1) « Il y aura des maisons de correction destinées : 1° aux jeunes gens au-dessous de l'âge de vingt et un ans, qui devront y être renfermés conformément aux articles 15, 16 et 17 du titre 10 du décret sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790 (c'est-à-dire par arrêté des familles) ; 2° aux personnes condamnées par voie de police correctionnelle. » (Loi du 19 juillet 1791 sur la police municipale et sur la police correctionnelle, tit. 2, art. 2 et suiv.)

tique du Code pénal de 1810. Ce mode d'exécution si imparfait a produit pendant longtemps des injustices et des effets déplorables. Quelques établissements fondés par l'initiative des particuliers ou des départements ont eu pour but d'entrer dans une meilleure application de la loi. Finalement, une disposition générale, dont nous aurons à traiter ultérieurement, la loi du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, a décrété, sinon en réalisation immédiate, du moins en principe, l'établissement de *colonies pénitentiaires*, où les jeunes détenus acquittés comme ayant agi sans discernement doivent recevoir une éducation morale, religieuse et professionnelle (art. 1 et 3 de la loi). Ce n'est donc plus dans une maison de correction, mais dans un établissement pénitentiaire que sont envoyés aujourd'hui ces jeunes détenus. L'administration s'est attachée à généraliser et à améliorer graduellement la mise à exécution de cette loi ; et il a été fait à cet égard des progrès incontestables, mais que nous sommes loin de considérer comme satisfaisant complétement aux données de la science.

295. Bien que la détention dont il s'agit ne fût autorisée par le Code pénal de 1791 qu'à l'égard du mineur accusé de crime (ci-dess. n° 283) ; bien que l'article 66 du Code pénal actuel, emprunté à celui de la Constituante, porte encore lui-même le mot *accusé*, et qu'aucun autre texte ne dise que cette détention puisse être étendue au cas de simples délits correctionnels, cependant l'affirmative est, dans notre pratique, mise hors de doute et constamment appliquée ; elle se fonde sur le rapprochement de l'article 69 avec l'article 66, surtout sur ce que cette détention n'est pas une peine.

296. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire si le mineur de seize ans est déclaré avoir agi avec discernement, il y a imputabilité pénale, mais culpabilité moindre que chez l'homme fait. L'article 67 pour le cas de crime, et l'article 69 pour le cas de simple délit, ont établi, en conséquence, une diminution de pénalité que nous indiquerons plus tard en traitant des peines.

297. Notez ici deux choses : 1° qu'il y a punition, peine publique ; d'où la conséquence que les mesures et notamment la détention organisées pour ce cas doivent, sous peine d'injustice, différer de celles qui ont lieu en cas d'acquittement (ci-dessus, n° 271) ; 2° que néanmoins elles sont destinées à de jeunes délinquants ; d'où la conséquence qu'elles doivent différer aussi des peines applicables aux hommes faits, et s'approprier aux possibilités d'amendement et de bonne direction que présente le jeune âge. Il ne suffit pas de diminuer la peine, il faut en modifier l'organisation (ci-dessus, n° 270). — Ni le Code pénal de 1791, ni celui de 1810, qui ont confondu dans une même maison de correction celle destinée à l'emprisonnement ordinaire, les mineurs acquittés avec les mineurs condamnés, en les soumettant ensemble au même

régime, n'ont satisfait aux deux distinctions que nous venons de signaler. Nous aurons à voir, en étudiant la loi du 5 août 1850, jusqu'à quel point, au moyen de ses *colonies pénitentiaires* et de ses *colonies correctionnelles* pour les jeunes détenus acquittés ou condamnés, elle aura porté remède à ces vices législatifs.

298. Le principe qu'il ne saurait y avoir d'imputabilité pénale contre celui qui, à raison de son âge, était encore hors d'état de discerner le mal moral contenu dans l'acte qui lui est reproché, est un principe tellement absolu, tellement essentiel du droit pénal, qu'il s'étend à tous les délits, de quelque nature qu'ils soient, sans exception, et que, ne fût-il pas exprimé par la loi, il n'en devrait pas moins exercer son empire dans le jugement des affaires, le devoir du juge étant de déclarer non coupable celui qui se trouverait en semblable situation. — Mais on conçoit qu'il n'en est pas de même du chiffre de l'âge, par exemple celui de seize ans dans notre législation, ni des mesures autorisées par l'article 66 à l'égard du mineur acquitté, ni de la diminution de peine formulée dans les articles 67 et 69 à l'égard des mineurs condamnés, parce que ces dispositions ne sont que des créations variables du droit positif, dénuées d'autorité en dehors de la loi qui les a établies : d'où la question de savoir si elles doivent se restreindre aux crimes et aux délits prévus par le Code pénal, ou s'il faut les étendre à tous les crimes ou délits, même à ceux régis par des lois spéciales? La généralité des termes de ces articles, et cette considération qu'à défaut on tombe dans l'absence de toute règle positive sur un point aussi important, nous font ranger à l'avis de cette extension, avis consacré par la jurisprudence la plus récente.

Mais faut-il en dire autant pour les simples contraventions de police? Malgré la jurisprudence de la Cour de cassation qui incline vers l'affirmative, nous nous prononçons fermement en sens contraire. Le Code ne parle, dans les articles 66, 67 et 69, que de crimes et de délits; les contraventions de simple police sont traitées à part, dans un livre spécial. Sans doute, si le juge de simple police reconnaît que l'inculpé, à cause de son jeune âge, a agi sans discernement, il devra, ici comme dans tous les autres cas, le déclarer non coupable et l'acquitter, en vertu du principe essentiel et absolu du droit pénal par nous signalé; mais nous contestons que la limite de seize ans *soit* ici d'aucune autorité; ni que le juge puisse, à la suite de cet acquittement, ordonner la détention dont il s'agit dans l'article 66; ni qu'il soit obligé, en cas de condamnation, de diminuer la peine conformément à l'article 69. Indépendamment des raisons de texte données ci-dessus, le peu de gravité de la contravention de simple police et de la peine qui y est attachée s'oppose à l'un et à l'autre de ces résultats.

299. L'expression de discernement suppose dans la personne

de l'agent la lumière naissante des facultés morales : on se demande si cette lumière a été suffisante pour que l'agent ait discerné, ait vu clairement le juste ou l'injuste de ses actes. C'est donc une expression parfaitement appropriée au jeune âge ; dans notre législation elle est technique pour le mineur de seize ans. Mais au delà elle serait insuffisante, il faut cesser de l'employer ; la question alors est différente, ainsi que nous allons l'expliquer dans le chapitre suivant.

300. Le Code ne s'est pas borné, à l'égard du mineur de seize ans, à des modifications de pénalité ; l'article 68 ordonne aussi dans certains cas, à son égard, une modification de juridiction dont nous parlerons en traitant de la compétence.

301. Si l'on consulte nos statistiques criminelles pour se rendre compte de l'importance d'application que peuvent avoir les dispositions de notre code relatives aux mineurs de seize ans, on verra que cette importance, d'après le chiffre annuel de ces sortes d'affaires, commande une sérieuse attention. En prenant la moyenne de la dernière statistique décennale qui ait paru (1851 à 1860), on trouve qu'il y a eu annuellement 8,641 mineurs de seize ans objets de poursuites pénales devant les Cours d'assises et devant les tribunaux de police correctionnele, compte fait de toutes les sortes d'infractions poursuivies devant ces derniers tribunaux. Cette moyenne est supérieure de beaucoup à celle des périodes précédentes ; à partir de la publication de la loi de 1850, *sur la détention et le patronage des jeunes détenus*, le chiffre de ces sortes de poursuites a suivi, jusqu'en 1854 inclusivement, une marche notablement ascendante ; à partir de 1855 il commence et il continue jusqu'à ce jour à décroître : dans la statistique la plus récente (celle de 1869) (1) il est de 5,822 (2). Mais ces variations de chiffres tiennent moins, surtout dans les faits d'importance secondaire, au nombre réel des délits commis qu'à la mesure apportée dans les poursuites à intenter ou à suivre.

---

(1) En ce qui concerne les poursuites pénales, nous ne pousserons pas la statistique au delà de 1869. On a bien publié les statistiques de 1870 et de 1871; mais, ainsi que le fait remarquer le ministre de la justice, dans ses rapports préliminaires, ce sont des années exceptionnelles, soit à raison de la perturbation amenée par les événements politiques dans l'action judiciaire; d'où le ralentissement des poursuites, et notamment la suspension du service des assises à Paris, du 16 septembre 1870 au 18 février 1871 ; du 18 mars au 1er juillet 1871 ; — soit à cause de l'incendie du Palais de Justice de Paris, qui n'a point permis de recueillir les éléments de la statistique du département de la Seine pour 1870 et pour les cinq premiers mois de 1871. On ne peut donc puiser dans les statistiques de 1870 et de 1871 que des renseignements partiels, d'où il n'est point permis de tirer des conclusions générales.

(2) Moyenne annuelle de 1851 à 1855, 9,566 ; durant cette période quinquennale, le chiffre le plus haut est celui de 1854, 11,026. — Moyenne annuelle de 1856 à 1860, 7,713 ; le chiffre le plus bas durant cette période est celui de 1860, 6,358 ; — de 1861 à 1865, 5,560.

Sur ce nombre total de 8,641, comme moyenne annuelle des mineurs poursuivis durant les dix années de 1851 à 1860, la moyenne des mineurs envoyés, par application de l'article 66 du Code pénal, pour être élevés par voie de correction, après avoir été acquittés comme ayant agi sans discernement, a été de 2,245 par an. On remarque dans ces chiffres, de même que dans les précédents, une marche ascendante jusqu'à l'année 1854 inclusivement ; et une diminution qui commence à partir de 1855, pour s'arrêter dans les dernières années : le dernier chiffre (*statistique* de 1869) est de 2,104 (1). Ces variations correspondent à peu près à celles qui ont eu lieu dans le nombre des poursuites.

Les femmes ne comptent dans ces chiffres que pour un peu moins d'un cinquième (en moyenne, 1,607 mineures de seize ans poursuivies chaque année, contre 7,033 mineurs).

Quant aux causes des ces poursuites, les crimes y comptent pour moins d'un dix-huitième (en moyenne, 461 mineurs poursuivis pour crimes chaque année, contre 8,180 pour délits), la plupart contre les propriétés, notamment des vols qualifiés et quelques incendies ; un moindre nombre contre les personnes, parmi lesquels des attentats à la pudeur avec ou sans violence. Dans les délits, les vols sont les plus fréquents ; puis graduellement viennent les délits contre les eaux et forêts, les délits de chasse, le vagabondage, la mendicité, les infractions aux lois de douane, les coups et blessures, les outrages publics à la pudeur, les délits ruraux.

C'est dans le cours de la quatorzième, de la quinzième et de la seizième année d'âge que se placent la majeure partie de ces poursuites, le nombre allant en augmentant à mesure qu'on avance vers la limite supérieure de seize ans accomplis. La limite

---

(1) Moyenne annuelle de 1851 à 1855, 2,577 ; — de 1856 à 1860, 1,912 ; chiffre le plus bas (celui de 1860), 1,747. Une reprise se dessine à partir de 1861 : de 1861 à 1865, 1,950.

Nous ne trouvons pas dans les *Statistiques criminelles*, au tableau général (n° LXXIII de 1860) le résultat des poursuites contre les mineurs indiqué d'une manière exacte et conforme aux dispositions du Code : par une confusion qu'un criminaliste ne saurait admettre, parce qu'elle est opposée au texte et à l'esprit de notre loi, les mineurs *acquittés*, mais envoyés pour être élevés par voie de correction, ont été rangés, dans ce tableau général, sous un même chiffre, parmi les *condamnés* à l'emprisonnement. — Cependant, la distinction ayant été faite en détail à l'égard des crimes jugés par les cours d'assises (tableau XV), et, depuis 1851, à l'égard de l'ensemble des infractions de police correctionnelle (tableaux, dans la statistique de 1860, LXX et LXXIII combinés), nous pouvons, par rapport à cet ensemble de poursuites, offrir le résultat que voici : — Moyennes annuelles durant les dix années 1851 à 1860 : mineurs poursuivis, 8,641 par an, sur lesquels 4,525 condamnés et 4,116 acquittés, soit comme ayant agi sans discernement, soit pour autre cause ; parmi ces derniers, 1,871 en liberté, et plus de la moitié, 2,245, envoyés pour être élevés par voie de correction.

inférieure se montre ordinairement dans la huitième et dans la neuvième année ; cependant, la septième quelquefois ; nous trouvons même dans la statistique de 1847 l'exemple d'un enfant, et dans celle de 1854 l'exemple de trois enfants n'ayant pas encore six ans révolus, mis en accusation pour crime, devant les Cours d'assises (1). Nous ignorons les circonstances particulières de ces affaires ; mais, à un tel âge, une telle poursuite, que notre loi ne rend pas impossible, puisqu'elle l'abandonne à l'appréciation individuelle des magistrats (ci-dessus, nos 263 et 279), nous semble tout à fait anormale. — Devant le tribunal correctionnel de Vannes, comparaissait, à l'audience du 24 avril 1850, un enfant de six ans, poursuivi pour homicide, par suite de coups et batteries sur un de ses petits camarades de quatre ans, témoin un autre enfant de quatre ans ! C'était pousser bien loin le zèle de l'action pénale. Il va sans dire que le tribunal a renvoyé le petit de la poursuite (2). — Les cas de vagabondage, de mendicité, sont de nature à présenter souvent de tout jeunes enfants qui s'y trouvent compromis ; mais c'est par voie de bienfaisance et de charité, et non par voie répressive, qu'il faut procéder à leur égard.

En ce qui touche la vieillesse, les statistiques nous montrent qu'elle fait incliner instinctivement le jury vers une moindre sévérité ; car, entre les divers âges de majorité pénale, c'est constamment à l'égard des accusés de plus de soixante ans que le nombre des acquittements, comparé à celui des déclarations de culpabilité, est le plus grand (3).

§ 3. Altérations des facultés de l'âme quant à leur influence sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité.

1° *Suivant la science rationnelle.*

302. Le développement graduel des facultés de l'âme, dont nous venons de traiter, ne se produit pas toujours en l'homme régulièrement, ou bien, une fois produit, ne se maintient pas toujours intact. La loi assignée à chaque être dans la création semble dévier quelquefois de son cours ordinaire. Sous l'empire de causes tenant elles-mêmes à des lois plus générales bien qu'ignorées, des irrégularités, des accidents se présentent. Par combien de points les facultés de l'âme ne sont-elles pas suscep-

---

(1) Sur ces divers chiffres relatifs aux mineurs de seize ans, voir, dans les *Statistiques criminelles*, les tableaux XIII et XV (à l'égard des crimes jugés en cours d'assises) et les tableaux LXX, LXXII et LXXIII de la statistique de 1860 (à l'égard des poursuites devant les tribunaux de police correctionnelle). Dans les statistiques antérieures à 1860, il y a quelques variations quant à ces derniers numéros des tableaux ; mais les tableaux existent.

(2) Le DROIT, *Journal des Tribunaux*, n° du 7 mai 1850.

(3) Voir le rapport précédant la *Statistique criminelle*, de 1860, p. XXXVI, et quant aux autres années le tableau correspondant, en chaque rapport.

tibles d'avorter, de s'affaiblir ou de se désordonner! Combien de variété dans les causes, dans les effets, dans le degré de semblables altérations !

Le criminaliste ne peut plus se borner ici aux enseignements de la psychologie et de la physiologie, qui font leur étude, l'une de l'âme, et l'autre de la vie, à l'état normal ; il lui faut recourir à ceux de la médecine légale ou judiciaire, qui étudie dans l'homme les défectuosités ou les altérations dont il peut être frappé.

303. Est-ce à dire que la loi pénale doive entrer dans les détails, énumérer les diverses altérations mentales, au risque d'en omettre plusieurs, suivre en cela la médecine légale, s'égarer ou se mettre en la bonne voie avec elle, donnant un caractère légal à des termes techniques variables et différemment entendus ? Non, évidemment. Le législateur ne peut procéder ainsi. Il doit poser une règle générale, prise au point de vue exclusif du droit, qui puisse comprendre tous les cas. Ce sera ensuite à la jurisprudence à en faire, dans chaque cause, l'application.

304. Cette règle générale est facile à asseoir : il suffit de se reporter au rôle que joue dans les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité chacune des facultés de l'âme dont nous avons déjà donné l'analyse, et, suivant l'effet produit par la maladie mentale sur l'une ou sur l'autre de ces facultés, de tirer la conclusion.

305. Toutes ces sortes de maladies, en effet, n'atteignent pas de la même manière le moral humain. Si on les observe avec sagacité et avec le secours de l'analyse, on parvient à distinguer que c'est tantôt la raison morale, ou, en d'autres termes, la connaissance du juste et de l'injuste, tantôt la liberté, quelquefois les autres parties de l'intelligence, ou bien la sensibilité, qui se trouvent principalement affectées, soit ensemble, soit séparément, quoique, à vrai dire, il y ait toujours inévitablement plus d'un lien psychologique de l'une et de l'autre, parce que le scalpel de la science ne peut pas faire que le moral de l'homme cesse d'être un tout.

306. Si donc, par suite d'une de ces affections mentales, l'agent s'est trouvé entièrement privé, dans son acte, soit de la raison morale, soit de la liberté, il n'y a pas d'imputabilité.

Si ces deux facultés, sans être détruites, ont été amoindries dans leur exercice, ou bien s'il n'y a eu d'affectées principalement que les autres parties de l'intelligence, ou même la sensibilité, agent provocateur de notre activité, l'imputabilité reste, mais la culpabilité diminue ; et cette diminution offrira du plus ou du moins, selon le degré de l'altération.

307. Enfin il est même possible, dans ce dernier cas, que, les conditions de l'imputabilité subsistant toujours, la culpabilité s'abaisse tellement qu'elle ne comporte plus l'application d'une

peine publique, et qu'il ne reste à la charge de l'agent d'autre obligation que celle de réparer le préjudice par lui causé. Il y a alors culpabilité civile, et non culpabilité pénale.

308. On voit par là que ce qu'il importe de savoir pour l'application du droit, ce n'est pas précisément si l'agent avait, au moment de l'acte, telle ou telle maladie mentale, mais plutôt quel a été l'effet produit par la maladie sur ses facultés. L'agent a-t-il agi ayant sa raison morale, ou, en termes plus simples, la connaissance du bien et du mal? A-t-il agi ayant sa liberté morale? Ces deux facultés, quoique existant en lui, n'ont-elles pas été, l'une ou l'autre, amoindries dans l'exercice qu'il a pu en faire? N'y avait-il pas quelque affaiblissement ou quelque désordre dans les autres parties de son intelligence, ou bien dans sa sensibilité? Et quelles étaient la nature et l'étendue de ces affaiblissements ou de ses désordres? Voilà les questions de fait à poser et à résoudre, afin d'en déduire les conséquences de droit.

309. On voit aussi qu'il ne suffirait pas de faire cet examen par rapport à la tenue, à la conduite de l'agent en général; il faut le faire particulièrement, dans l'acte même objet des poursuites, et par rapport à cet acte : sans oublier l'observation, déjà émise au sujet de l'âge (n° 289), qu'il y a des délits plus ou moins simples les uns que les autres, dans lesquels la violation du droit a pu être plus ou moins facilement appréciable par l'agent.

310. Mais, pour être à même de répondre, dans chaque cas particulier, à ces diverses questions, on conçoit qu'il faille un ensemble de connaissances expérimentales et une habitude d'observation qui ne s'acquièrent que dans une pratique spéciale. De telle sorte que, bien que ce soit au juge de la culpabilité à prononcer en définitive suivant sa propre conviction, ce juge, le plus souvent, a besoin, pour former cette conviction, de recourir aux lumières des gens de l'art. C'est ici, c'est-à-dire dans la jurisprudence pratique, que la médecine judiciaire intervient en auxiliaire presque obligé. C'est ici, c'est-à-dire comme moyens d'arriver à l'appréciation, en fait, de l'état de l'agent dans chaque affaire, que se placent avec profit les travaux de la science médicale sur les différentes maladies mentales, la distinction de ces maladies en classifications diverses, les observations générales dont chacune de ces classifications peut être susceptible : sauf à réduire toujours, pour le juge, la conclusion aux points que nous avons signalés : à savoir, l'état soit de la raison morale, soit de la liberté, soit des autres parties de l'intelligence, soit de la sensibilité de l'agent, dans l'acte poursuivi.

En somme, le principe de droit, en semblable matière, est simple et bien arrêté : ce qu'il y a de douteux et de difficile à vérifier, dans chaque cause, c'est le point de fait.

311. Les médecins légistes font observer que, parmi les défectuosités ou les perturbations affectant les facultés de l'âme, les

unes sont innées, congéniales, c'est-à-dire apportées par l'homme dès sa naissance, tandis que d'autres ne surviennent qu'après coup. Innées ou postérieurement survenues, la distinction est utile sans doute pour la constatation et pour l'appréciation en fait de ces affections ; mais elle ne change rien au principe de droit sur l'imputabilité et sur la culpabilité.

312. Ils font également cette distinction, que les unes constituent, par elles-mêmes, un état principal, une sorte particulière de maladie, tandis que d'autres, comme par exemple le délire occasionné par certaines fièvres, ne sont que le résultat accessoire, l'indice, le symptôme de quelque autre maladie ou affection principale. Mais, importante en fait, cette distinction ne change rien non plus au principe de droit, puisqu'il suffit que l'absence ou la perturbation des facultés ait existé au moment de l'acte pour qu'elle produise son effet en ce qui concerne la question d'imputabilité et de culpabilité.

313. Enfin nous en dirons autant de cette autre observation médicale, que parmi les affections mentales il en est qui se présentent avec le caractère de l'absence, de l'affaiblissement, de l'atonie des facultés, tandis que d'autres offrent celui d'une perturbation, d'un dérangement, d'un désordre ; impuissance dans un cas, perversion dans l'autre ; sauf les différences de fait, quant à notre question de droit, la conclusion est la même.

314. La langue de la médecine judiciaire ne paraît pas encore bien arrêtée, bien concordante entre les auteurs, quant à la dénomination de ces diverses affections. Les mots de folie, d'aliénation mentale, ont une certaine généralité peu déterminée. Mais, si nous entrons dans les distinctions de détail, nous mettrons à part, dès l'abord, comme peu susceptibles de difficultés au point de vue du droit, les quatre cas principaux que la médecine qualifie des noms d'*idiotie* (ou idiotisme), *imbécillité, démence* ou *manie*. En faisant observer, toutefois, qu'il faut bien se garder d'entendre ces expressions ainsi employées comme elles peuvent être entendues vulgairement dans la conversation ou même dans quelques textes de loi. Elles ont, en médecine légale, une valeur technique et consacrée.

Les deux premières, l'idiotisme et l'imbécillité, désignent un état d'avortement des facultés intellectuelles et morales, total dans l'idiotisme, moins complet et susceptible de degrés divers dans l'imbécillité. La troisième, la démence, désigne un état d'épuisement ou d'affaiblissement plus ou moins étendu de ces mêmes facultés. Qui dit avortement dit un état inné : l'idiot, l'imbécile ont toujours été tels. Qui dit épuisement, affaiblissement, dit un état survenu après coup : l'homme en démence a joui de ses facultés ; mais des maladies énervantes, des excès qui épuisent, ou d'autres causes analogues, quelquefois le seul effet de la vieillesse, les ont annihilées ou presque éteintes en lui. Ce sont trois

affections mentales qui procèdent par impuissance, par atonie On voit que le mot *démence,* dans cette acception médicale, est bien loin d'avoir le sens général dans lequel nous sommes habitués à l'employer communément.

Quant à la quatrième de ces expressions, la manie, elle désigne un état général de désordre, de perturbation des facultés, étendu à toute sorte d'objets, procédant non par atonie, par affaiblissement, mais par excitation, par perversion : délire variable, multitude d'idées fausses et incohérentes, illusions des sens, hallucinations, et quelquefois raisonnement apparent, assis et conduit avec beaucoup de suite sur ces bases mensongères ou extravagantes.

315. Nous disons qu'en droit ces quatre cas principaux ne souffrent pas de difficultés, et ne demandent pas qu'on y insiste : dans l'idiotisme, dans la démence complète, dans la manie, il n'y a pas d'imputabilité. — Quant à l'imbécillité et quant à la démence incomplète, comme elles peuvent offrir du plus ou du moins, la conséquence de droit n'est pas absolue, elle dépendra de l'étendue de l'altération des facultés : il sera possible, à la rigueur, suivant le degré de ces affections et suivant les circonstances, qu'on doive juger que dans tel cas donné l'imputabilité reste; mais la culpabilité en sera toujours considérablement diminuée, ou même réduite aux seules conséquences civiles pour la réparation du dommage.

316. Nous n'insisterons pas non plus sur les cas de délire, d'absence de la raison, d'entraînements irrésistibles, et quelquefois d'actes machinaux, produits occasionnellement dans certaines maladies, telles que la rage, la fièvre cérébrale, l'épilepsie, la catalepsie, l'hypocondrie et autres semblables. Le fait constaté, s'il y a eu absence soit de la raison morale, soit de la liberté, il n'y a pas d'imputabilité. — Mais il pourrait se faire que, sans aller jusque-là, la maladie n'eût occasionné qu'une irritabilité, qu'une susceptibilité extrêmes, désordre qui porterait principalement non sur la raison morale ni sur la liberté, mais sur la sensibilité, et qui dès lors laisserait subsister l'imputabilité, en se bornant à diminuer la culpabilité.

317. La grossesse se range dans la catégorie de ces états anormaux qui peuvent amener occasionnellement un dérangement des facultés, quelques sollicitations instinctives, quelques penchants difficiles à combattre vers des actes susceptibles d'être incriminés. La conséquence de droit est toujours la même : pas d'imputabilité s'il y a eu absence soit de la raison morale, soit de la liberté; diminution de la culpabilité si ces facultés n'ont été qu'amoindries dans leur exercice par le désordre, par la perversion de la sensibilité. — Néanmoins, tout en constatant qu'il s'en est vu des exemples, les médecins légistes s'accordent à reconnaître qu'on doit se montrer fort difficile pour admettre la réalité de ces prétendues sollicitations irrésistibles produites par l'état de grossesse,

à moins que d'autres indices d'aliénation ou de désordre mental ne viennent s'y joindre.

318. Nous ne parlerons des actes commis durant le sommeil, en état de somnambulisme, que parce que, sur la foi d'anciennes distinctions faites jadis par certains criminalistes, il s'est trouvé encore des écrivains modernes pour dire que de tels actes tomberaient sous le coup de la loi pénale s'il était prouvé qu'ils fussent la conséquence de préoccupations, d'inimitiés ou de passions antérieures, en quelque sorte l'exécution de pensées ou de projets conçus en état de veille et réalisés durant le sommeil : opinion que nous considérons comme n'étant pas même soutenable en droit. En effet, les pensées, les simples projets de la veille échappent par eux-mêmes à l'action pénale ; et quant à la réalisation durant le sommeil, comment pourrait-elle être imputable, étant faite dans un état où l'homme n'a pas la conscience de lui-même et ne dirige pas volontairement l'exercice de ses facultés ? L'hypothèse est, du reste, d'une rareté telle, qu'elle est au fond peu sérieuse pour la pratique (1).

319. Les trois cas suivants : la monomanie, l'ivresse et le surdi-mutisme présentent, quant à la question de droit elle-même, matière à un peu plus d'hésitation, et doivent attirer particulièrement l'attention du criminaliste.

320. Il peut se faire que le désordre, la perversion des facultés, au lieu d'être général, comme dans la manie, ne paraisse exister que relativement à certains points ou à un seul, ne se manifeste qu'à l'occasion de quelques idées dominantes ou même d'une seule ; de telle sorte qu'en dehors de ce point ou de cette idée, il semble que l'homme conserve et exerce régulièrement la plénitude de ses facultés : il est dit alors *monomane*, et cette sorte d'aliénation mentale, *monomanie*. On sent déjà combien augmente, en pareille situation, pour le médecin légiste et pour le juge, la difficulté de vérifier le désordre réel des facultés et la part que ce désordre a pu avoir dans l'acte poursuivi. Toutefois ce ne sont là que des difficultés dans l'appréciation du fait ; car, supposez constatées la monomanie et son influence dans l'acte poursuivi, la conclusion légale ira de soi. — Mais s'il arrive que l'idée dominante et exclusive soit précisément celle du crime lui-même, et que, hors ce crime, toutes les facultés paraissent fonctionner à l'état normal ; s'il arrive que, poussé comme par une force intérieure, par des visions, par des hallucinations, vers le meurtre,

(1) On en cite néanmoins quelques exemples, et nous lisions dans les journaux, il y a déjà plusieurs années, comme se présentant devant les tribunaux de Naples, le fait suivant : Un mari rêve, durant la nuit, qu'il surprend sa femme en flagrant délit d'adultère, et saisissant, dans son rêve, une arme placée près du lit, il tue sa femme endormie tranquillement à ses côtés. Certainement, les faits ainsi admis et supposés prouvés, il y a un grand malheur, mais pas d'imputabilité.

vers l'incendie, vers le vol à commettre, cet homme conserve cependant sa raison morale, qui lui montre l'horreur d'un tel fait et qui tend à l'en détourner; s'il arrive qu'il s'établisse alors une lutte terrible et secrète entre la raison qui s'oppose et l'impulsion fatale et pervertie qui revient, qui obsède, qui opprime, qui subjugue; si, dans cette lutte, la liberté est détruite, la raison succombe, et qu'après qu'elle a succombé il semble qu'elle se fasse complice elle-même de l'action et qu'elle aide, avec toutes les facultés de l'intelligence, à la préparer, à en assurer le succès et à l'exécuter : combien plus grande n'est pas la difficulté ! — Nous n'hésitons pas cependant à dire, en droit, que, si un pareil état est constaté d'une manière certaine, l'imputabilité s'évanouit, non pour absence de raison morale, si l'on veut, mais pour absence de liberté. Seulement, dans la jurisprudence pratique, tandis que les médecins légistes, entraînés par leurs préoccupations professionnelles, se montreront peut-être enclins à voir facilement des indices de semblables affections, nous voulons que le juge de la culpabilité y apporte, au contraire, une extrême réserve, de peur d'ouvrir la porte à l'impunité du crime, sous prétexte d'obsessions maladives et d'asservissement de la liberté, là où il n'y aura eu que les obsessions du vice et les perversités de la passion.

321. Bien différent des cas qui précèdent est, en droit, celui de l'ivresse, et les motifs de la différence tiennent, non pas à ce que le trouble des facultés est ici passager, se dissipant au bout d'un certain temps, douze ou quinze heures au plus, mais bien à ce que d'une part la cause en est communément volontaire, pour ainsi dire à la disposition de l'homme et reprochable en elle-même; tandis que, d'autre part, le trouble n'est pas tel ordinairement qu'il détruise en entier l'usage de la raison et de la liberté; il offre, au contraire, une multitude de degrés divers dans lesquels l'exercice de ces facultés, quoique plus ou moins altéré, continue de subsister (1). Le criminaliste a donc à examiner à la fois la cause et le degré de l'ivresse.

322. 1° L'ivresse est-elle accidentelle, sans la volonté ni la faute de l'agent : il aura été enivré à son insu par le fait malintentionné d'un tiers, par des substances ou par des vapeurs dont il ne se défiait pas, peut-être en élaborant ces substances, en travaillant au milieu de ces vapeurs? Nous rentrons dans la règle commune : l'ivresse complète, c'est-à-dire celle qui détruit en entier l'usage de la raison et la direction de la liberté, détruit par cela même toute imputabilité; — l'ivresse partielle, c'est-à-dire celle qui

(1) On a souvent cité, sur les divers degrés de l'ivresse, ce proverbe napolitain : « Les premiers verres donnent du sang d'agneau qui adoucit, les suivants donnent du sang de tigre, qui rend furieux, les derniers donnent du sang de porc, qui fait rouler dans la boue. » Bien que ce proverbe vienne de Naples, l'ivresse est rare dans ces magnifiques contrées, où l'homme s'enivre du climat.

laisse subsister cet usage, quoique plus ou moins altéré, diminue plus ou moins la culpabilité, suivant le degré de l'altération.

323. 2° L'ivresse est-elle provenue de la faute de l'agent : imprudence, laisser-aller, intempérance occasionnelle en dehors de ses habitudes, ou bien intempérance habituelle, vice permanent d'ivrognerie ? Même dans ce cas, si l'ivresse est complète, nous ne croyons pas qu'aux yeux de la science rationnelle il puisse y avoir imputabilité pour les délits que constitueraient les faits commis durant une telle ivresse : comment en serait-il ainsi, puisqu'il n'y avait dans ces faits ni usage de la raison ni direction de la liberté ? Mais, dira-t-on, le fait seul de l'ivresse en cas pareil, surtout de l'ivresse par habitude, est coupable ; l'ivrogne n'ignore pas l'état où il se met par ces sortes d'excès et la nature dangereuse des actes auxquels il peut alors se trouver matériellement entraîné. D'accord : il est incontestable que le fait d'ivresse lui est imputable ; qu'il est en faute plus ou moins grave à l'égard de ce fait ; que cette faute, ne consistât-elle qu'en une simple imprudence, qu'en une imtempérance occasionnelle, à plus forte raison si elle provient d'un vice habituel, suffit pour l'obliger à réparer le préjudice même involontaire qui en a été la suite, car il n'en faut pas davantage pour la culpabilité civile. Il y a plus : la loi pénale peut frapper cette faute d'une peine publique, en érigeant le fait d'ivresse, surtout celui d'ivresse habituelle, en un délit *sui generis*, dont la pénalité pourra être aggravée en considération des suites plus ou moins préjudiciables que ce délit aura eues. Mais notez bien que dans tous ces cas ce sera au fait d'ivresse, ce sera au délit d'ivresse plus ou moins aggravé que s'appliqueront l'imputabilité, la culpabilité civile ou pénale, et non pas au crime ou au délit que pourraient constituer par eux-mêmes les faits produits en pareil état. (Voyez toutefois n° 348).

Quant à l'ivresse partielle, qui n'empêche pas l'imputabilité du crime ou du délit, il se présente, en ce qui concerne la mesure de la culpabilité, deux éléments contradictoires dont il faut également tenir compte : d'une part l'altération des facultés, élément incontestable d'atténuation ; mais d'un autre côté le vice, l'immoralité de la cause d'où est provenue cette altération, c'est-à-dire de l'intempérance, de l'habitude d'ivresse, élément non moins incontestable d'aggravation. Le juge de la culpabilité devra peser et balancer dans la juste proportion qui reviendra à chacun d'eux ces deux éléments opposés, de même qu'il doit le faire pour toutes les autres nuances des faits, de manière à en faire sortir en définitive cette appréciation de la culpabilité individuelle qu'il est chargé de faire dans chaque cause. On conçoit que c'est ici que viendront se placer dans la balance le plus ou moins d'altération des facultés, l'imprudence ou l'intempérance plus ou moins grande, le vice plus ou moins prononcé, et toutes les autres circonstances. On conçoit aussi que lorsqu'il s'agira d'un grand crime, l'élément

d'atténuation résultant de l'altération des facultés prendra comparativement bien plus de poids que l'élément d'aggravation tiré uniquement de l'immoralité de l'ivresse ; tandis que le contraire aura lieu lorsqu'il s'agira de délits légers, surtout de ceux qui sont connus pour être une suite ordinaire de semblables excès.

324. 3° Enfin, l'ivresse est-elle volontaire, et l'agent se l'est-il donnée, à dessein, précisément pour s'exciter à commettre le crime ou le délit, pour faire taire les derniers remords de sa conscience ? Complète ou partielle, peu importe, elle n'a été pour le coupable qu'un moyen, en quelque sorte un instrument d'exécution; l'imputabilité reste et la culpabilité ne peut dans la plupart des cas que s'en aggraver. Tout le monde est d'accord là-dessus.

325. Mais, de ce que la science rationnelle reconnaît que l'ivresse peut quelquefois être une cause de non-imputabilité ou de diminution de la culpabilité, faut-il en conclure que la loi doive textuellement la faire figurer au nombre de ces causes, et décréter pour ainsi dire un brevet législatif d'indulgence ou d'impunité en faveur de l'intempérance? Il n'est pas difficile de voir le danger qu'il pourrait y avoir à procéder de cette façon. C'est donc à la jurisprudence pratique, dans chaque appréciation qu'elle est chargée de faire, qu'il faut laisser le soin d'appliquer les principes rationnels ; quant à la loi positive, il suffira qu'elle n'y fasse point obstacle.

Du reste, la facilité qu'il y a de simuler l'ivresse ou d'en exagérer l'apparence, le peu de durée de cette affection, l'absence de trace une fois qu'elle est passée, la difficulté même pour le médecin légiste de constater quelle en a été la réalité ou l'étendue, sont autant de motifs pour se montrer plus circonspect encore dans la pratique des affaires à accueillir un semblable moyen de défense.

326. Des décisions analogues, quoique avec quelque diversité de détail, s'appliqueraient aux troubles produits par certaines substances aphrodisiaques ou vénéneuses, telles que le phosphore, la poudre de cantharides, l'opium, le haschich ou autres semblables, parce qu'il pourrait se faire également que l'agent eût été jeté dans ces sortes de troubles soit par accident, soit par vice d'intempérance occasionnelle ou habituelle, soit volontairement et à coupable dessein.

327. La dernière hypothèse dont nous traiterons est celle du surdi-mutisme (ou surdi-mutité). Privé dès sa naissance du sens de l'ouïe, au milieu de ses semblables sans jamais les entendre, le sourd-muet nous donne quelque idée de ce que serait l'homme sans la sociabilité. La parole lui manque, non qu'il soit muet, comme semble le dire inexactement l'expression de sourd-muet, mais par cela seul qu'il est sourd de naissance ; il ne parle pas, il pousse des cris comme les animaux; ses facultés intellectuelles ne se développent qu'imparfaitement; l'homme social disparaît en partie, par conséquent les idées de relation, la notion du juste ou

de l'injuste, en un mot l'homme moral. Cependant cette séparation n'est pas complète; d'autres moyens de communication lui restent; le secours des autres sens, les yeux surtout, les gestes, des procédés ingénieux, des soins assidus suppléent plus ou moins à l'absence de la parole, on sait tout ce que peut à cet égard une éducation savante; et les éducations inférieures, quoique moins efficaces, ne restent pas sans effet. Il y a donc entre les sourds-muets de grandes inégalités intellectuelles, sans compter la diversité des actions, dont la criminalité peut avoir été plus ou moins facilement appréciée par eux; d'où la conclusion, pour notre science rationnelle, que le surdi-mutisme fait naître, à peu près comme certaine période de la minorité, une question de doute, et qu'il y aurait pour la loi pénale quelque chose d'analogue à faire. Le sourd-muet a-t-il agi ou non avec discernement? Question à poser toujours. S'il n'y a pas eu discernement, il doit être acquitté, sauf la possibilité d'ordonner à son égard certaines mesures d'éducation et de correction bienfaisante. S'il y a eu discernement il est punissable, mais avec un abaissement et une modification de pénalité appropriés à son état. Sans doute, à l'égard de quelques-uns il sera possible de soutenir que l'éducation les a mis au niveau des facultés et par conséquent de la culpabilité communes; mais pour une telle prévision exceptionnelle, à laquelle la latitude entre le *minimum* et le *maximum* fournira d'ailleurs le moyen de pourvoir en partie, les soumettre tous sans modification à la loi pénale ordinaire, ne serait-ce pas faire céder le cas le plus fréquent au plus rare, et le plus juste au plus rigoureux?

328. Puisqu'il s'agit dans toutes ces hypothèses de culpabilité, le moment auquel il faut se reporter pour l'appréciation des facultés morales de l'agent est celui même de l'acte incriminé (ci-dess. n° 284). Quant aux altérations mentales survenues postérieurement, étrangères à la question de culpabilité, ce serait sur les faits postérieurs, c'est-à-dire sur la procédure où sur l'exécution des condamnations, qu'elles exerceraient leur influence, ainsi que nous aurons à l'expliquer plus tard.

329. L'ordre commun et régulier des choses n'étant pas que l'homme soit frappé d'altération mentale, ces altérations ne se présument pas. A l'inverse de ce qui a lieu en matière d'âge, l'obligation de la preuve est donc ici à la charge de la défense; jusqu'à cette preuve, l'accusation reste dans la loi commune (ci-dess. n° 287).

330. Quelquefois on rencontre des altérations qui sont comme intermittentes et qui laissent à celui qui en est atteint certains intervalles de lucidité. Dans l'acte accompli durant l'un de ces intervalles y a-t-il eu plénitude des facultés morales? Le mal latent ou assoupi n'a-t-il exercé aucune influence secrète? Qui oserait l'affirmer? La médecine judiciaire est impuissante à donner sur ce point une solution générale; elle demande à examiner chaque cas

particulier, elle compare le caractère des intervalles lucides avec celui des accès, la durée des uns avec celle des autres; elle exige, pour admettre la possibilité d'une inculpation, des intervalles lucides de plusieurs mois, beaucoup plus longs que les accès; la difficulté est donc une difficulté de fait. Quant au droit, nous dirons qu'il se borne à renverser ici l'obligation de la preuve. Une fois l'altération mentale établie, la présomption tourne au profit de l'inculpé. C'est à l'accusation à prouver qu'il y avait chez l'agent, au moment de l'acte, intervalle lucide et pleine jouissance des facultés morales.

331. Les conséquences juridiques des aliénations mentales, en tant que l'imputabilité s'en trouve détruite, parce qu'il y avait au moment de l'acte absence complète soit de la raison morale, soit de la liberté, sont au nombre de ces vérités de justice qui n'ont pas besoin d'être écrites dans la loi. Même à défaut de texte quelconque, ici comme à l'égard de l'âge (ci-dess. n° 298), le juge convaincu d'une telle absence doit déclarer l'accusé non coupable. Cela entre forcément dans son pouvoir comme dans son devoir.— Mais il n'en est pas de même quant aux altérations partielles des facultés, qui ne font qu'atténuer la culpabilité sans la détruire. Comme il ne s'agit en cas pareil que d'une diminution de peine, on sent que les pouvoirs du juge sont enfermés à cet égard dans les limites tracées par la loi, et qu'il est besoin d'un texte qui autorise dans une proportion suffisante cette diminution.

332. Indépendamment et en dehors de la question pénale, même dans le cas où l'imputabilité n'existe pas, il va sans dire que, s'il s'agit d'aliénations mentales d'un caractère dangereux, l'autorité a le droit d'ordonner ou de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ces dangers.

333. Les facultés morales de l'homme ne sont pas altérées seulement par des affections maladives : l'ignorance, les vices d'éducation, l'effet continu ou instantané des passions exercent sur la raison, sur la liberté, sur la sensibilité de pernicieuses influences. Ces facultés existent; c'est l'usage qui s'en trouve énervé, égaré ou perverti par des causes contre lesquelles l'homme a la possibilité et par conséquent le devoir de lutter. L'imputabilité n'est donc pas détruite, l'homme reste punissable. Que la culpabilité puisse souvent s'en trouver atténuée, c'est ce qui ne saurait être nié; mais ce ne sont point là des causes d'atténuation à formuler par la loi, à moins qu'on ne veille ouvrir un crédit législatif au mal. Condamnables en principe, variables d'individu à individu et de circonstances à circonstances, elles rentrent uniquement dans l'appréciation des nuances diverses de la culpabilité individuelle, et doivent rester comprises dans la latitude à laisser au juge à cet effet (ci-dess. n° 230). —Il se produit ici, à l'égard des passions, quelque chose d'analogue à ce que nous avons dit au sujet de l'ivresse : si d'une part le trouble moral dans lequel l'agent a été

jeté est une cause d'atténuation de la culpabilité, d'autre part l'origine vicieuse de ce trouble, la passion, est une cause d'aggravation. Le juge chargé de mesurer la culpabilité individuelle doit tenir compte de ces deux éléments en sens contraire, et en opérer la balance. Plus la passion sera condamnable en elle-même, plus elle pèsera comme cause d'aggravation ; s'il s'agissait au contraire d'un sentiment généreux et louable dans son principe, mais poussé jusqu'à la passion, jusqu'au délit, la nature de ce sentiment, loin d'aggraver la culpabilité, viendrait se joindre à la considération du trouble moral pour la diminuer, sans jamais toutefois pouvoir faire disparaître l'imputabilité. En cas de grand crime, ces nuances accessoires et constitutives de la culpabilité individuelle, quoique subsistant toujours, s'affaiblissent comparativement à l'élévation de la culpabilité absolue.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

334. A défaut de dispositions législatives dans les ordonnances, notre ancienne jurisprudence était encore assise ici sur le droit romain, sur la jurisprudence criminelle générale, et sur les usages français.

335. Le droit romain lui-même n'offrait pas de doctrine complète et généralement formulée ; cependant un grand nombre de textes empruntés soit aux matières civiles, soit aux actions pénales privées, ou véritablement relatifs à la punition de certains crimes, mettaient hors de doute le principe que l'insensé (nommé en droit romain *furiosus*) devait être à l'abri de la peine. Mais les motifs tirés de quelques-uns de ces textes : « *Fati infelicitas excusat* (1), » — « *Satis furore ipso punitur ; sufficit furore ipso eum puniri* (2), » que les criminalistes ont répétés depuis à satiété et sur lesquels ils ont appuyé diverses conséquences qu'ils en ont déduites, ne doivent être considérés que comme une phraséologie peu rationnelle. Nous savons, en effet, que ce n'est point en considération du malheur de sa destinée, ni parce que sa folie serait pour lui une peine suffisante, que l'insensé n'est pas punissable ; c'est parce qu'il n'offre pas en sa personne les éléments voulus pour l'imputabilité. Au lieu de ces phrases sans fondement, on aurait pu s'arrêter, dans le droit romain, à cet autre motif donné par Ulpien et bien plus près de la vérité : « *Quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit* (3) ? — « *Namque hi pati injuriam solent, non facere : cum enim injuria ex affectu facientis consistat* (4). »

---

(1) Dig., 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 12, Fr. Modestin.
(2) Dig., 48, 9, *Ad legem Pompeiam de parricidiis*, 9. § 2, Fr. Modestin. — 1, 18, *De officio præsidis*, 14, Fr. Macer., et 13, § 1, Fr. Ulp.
(3) Dig., 9, 2, *Ad legem aquiliam*, 5, § 2, Fr. Ulp.
(4) Dig., 47, 10, *De injuriis et famosis libellis*, 3, § 1, Fr. Ulp.

336. La folie, dans cette ancienne jurisprudence, apparaît moins comme une cause exclusive de l'imputabilité que comme une cause d'exemption, d'allégement ou de tempérament (1); à tel point que, d'après la pratique du parlement de Paris, les premiers juges étaient astreints à prononcer contre l'insensé convaincu la peine ordinaire du crime, le parlement se réservant à lui seul le pouvoir de modérer cette peine ou d'en exempter sur l'appel (2). Et même pour certains crimes, savoir, pour celui de lèse-majesté et pour ceux dans lesquels nos lois voulaient que le procès fût fait au cadavre, il était reçu sans hésitation que la folie n'excusait pas (3).

337. Les lois de la Constituante, le Code pénal de 1791 notamment, et plus tard celui de brumaire an IV, sont restés sans disposition spéciale à cet égard. La question de l'acquittement pour cause de démence ne s'en est pas moins présentée et n'en a pas moins dû être résolue en vertu des seuls principes de raison. En matière de police municipale ou de police correctionnelle, elle s'est trouvée au pouvoir du tribunal, chargé de décider en définitive si l'inculpé était ou non coupable (4). Quant aux cours d'assises, les questions, suivant la procédure d'alors, se trouvant subdivisées, et le jury ayant à décider en premier lieu si le fait était constant, en second lieu si l'accusé était convaincu d'en être l'auteur, ce n'était que dans la troisième série de questions, celles relatives à l'intention, que pouvait venir la considération de la démence (5) : laquelle, s'il était déclaré par le jury que l'accusé avait commis le fait en état de démence, sans volonté ou sans intention coupable, aurait dû *indubitablement* entraîner l'acquittement (6).

338. Le Code pénal de 1810 a le premier, chez nous, statué formellement sur ce point. Suivant l'article 64 : « Il n'y a ni crime » ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps » de l'action. »

339. Ces expressions : « *Il n'y a ni crime ni délit,* » sont à remarquer. Comme elles sont déduites non pas de la considé-

---

(1) Le *Grand Coustumier de France :* « Et toutefois les meffaicts aggravent ou allegent les peines en sept manieres : La premiere pour cause de la personne, si comme..... quand aucun excès est faict par une personel folle ou yure. » (Liv. 4, ch. 6, p. 536.)

(2) MUYART DE VOUGLAS, *Les lois criminelles,* liv. 1, tit. 5, ch. 1, § 2, n° 9.

(3) *Ibid.*, n° 3, et ROUSSEAU DE LA COMBE, *Matières criminelles,* 1re part., sect. 5, *in fine,* p. 54.

(4) Loi du 19-22 juillet 1791, *sur la police municipale et sur la police correctionnelle,* tit. 1er, art. 39, et tit. 2, art. 58. — Code de brumaire an IV, art. 188.

(5) Loi du 16-29 septembre 1791, *concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés,* tit. 7, art. 20 et 21. — Code de brum. an IV, art. 374, 389, 390, 393.

(6) Loi du 16-29 septembre 1791, tit. 8, art. 2. — Code de brum. an IV, art. 425.

ration du fait en lui-même, mais de l'état moral de l'agent, elles doivent se résoudre dans la pratique en cette autre proposition qui est la vraie, *l'agent n'est pas coupable :* d'où la conséquence qu'il doit y avoir, pour cause de démence, acquittement, et non pas absolution ainsi qu'il arriverait dans le cas des articles 159, 191 et 364 du Code d'instruction criminelle. En telle sorte que l'application de notre article, pour tous les cas qui y sont compris textuellement sous le nom de démence, se borne à la déclaration de non-culpabilité et à l'acquittement qui doit s'ensuivre.

340. Ce mot de démence n'est pas employé en notre article dans le sens technique et spécial de la médecine légale (ci-dessus, n° 314), ni dans le sens restreint du droit civil (Cod. civ., art. 489), où il se trouve, à propos de l'interdiction, en opposition avec ceux d'imbécillité et de fureur. Il est pris dans son acception générale et vulgaire, comme comprenant tous les cas d'absence de raison (*dementia*) qui peuvent être qualifiés de folie, d'aliénation mentale. — Il n'est pas question non plus ici, comme en matière d'interdiction (même art. 489 Cod. civ.), d'*un état habituel ;* d'accord avec la science rationnelle, notre article dit : « *au temps de l'action* » (ci-dessus n^{os} 284 et 328) ; une démence même instantanée, si elle a existé à ce moment, s'y trouve donc comprise.

341. Cela étant, nous n'hésitons pas à ranger dans le cas de l'article, sous ce nom de démence, l'idiotisme, l'imbécillité complète, la démence complète telle que l'entendent les médecins légistes, la manie, la monomanie, et les délires ou aliénations instantanées produites par les maladies, nous contentant de renvoyer à ce que nous en avons déjà écrit au point de vue rationnel, ci-dessus, n^{os} 314 et suiv.

342. Mais nous n'en dirons pas autant du somnambulisme, de l'ivresse, du surdi-mutisme ; le rédacteur de l'article 64 n'ayant pas voulu certainement y faire allusion par le mot de démence, nous considérons notre Code pénal comme muet sur ce point.

343. Il n'a rien dit non plus des cas où il s'agirait de trouble ou d'altération mentale incomplets, qui, sans détruire la culpabilité pénale, se borneraient à en abaisser le degré.

344. Comment suppléer dans notre jurisprudence pratique à ces lacunes de la loi ?

345. Quant aux cas de non-culpabilité, si l'on observe que chez nous, dans toutes les juridictions, soit de police, soit correctionnelle, soit criminelle, le tribunal ou le jury ont à décider suivant leur conscience si l'inculpé est ou n'est pas coupable, et que même devant le jury cette question de culpabilité n'est plus divisée comme elle l'était autrefois, on en conclura que, toutes les fois que le tribunal ou le jury estimera en sa conscience qu'il y a eu chez l'agent une altération des facultés morales suffisante pour faire disparaître la culpabilité pénale, la déclaration de non-cul-

pabilité et l'acquittement qui en est la suite, bien qu'il ne s'agisse pas d'une espèce comprise dans les termes de l'article 64, pourront avoir lieu en vertu des seuls principes de justice générale ; de telle sorte que l'effet, en définitive, sera le même. Seulement la non-culpabilité ne pourra pas dans cette hypothèse se motiver en droit sur les termes de l'article 64, comme elle le pourrait s'il s'agissait d'un cas prévu par cet article ; elle devra rester uniquement enfermée dans le pouvoir appréciateur du juge de la culpabilité. C'est ainsi que notre pratique judiciaire se prête entièrement sur ce point à l'application des principes de la science rationnelle, et que la disposition de notre Code pénal, bien qu'incomplète, n'y fait pas d'obstacle (ci-dessus n° 331).

346. Quant aux cas d'atténuation de la culpabilité et de l'abaissement de peine qui doit s'ensuivre, point à l'égard duquel le juge est forcément enfermé dans les dispositions positives de la loi, ainsi que nous l'avons déjà expliqué ci-dessus, n° 331, la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, quand il en existe, ou la déclaration de circonstances atténuantes sont, en notre jurisprudence pratique, les seuls moyens d'y pourvoir (1).

347. Il suit de ces observations que, pour résoudre dans cette jurisprudence pratique les problèmes déjà examinés par nous en théorie, nous n'avons qu'à dire que, partout où suivant la science rationnelle l'imputabilité ou même seulement la culpabilité pénale disparaît, nos juridictions doivent déclarer l'inculpé non coupable ; que, partout où il y a imputabilité avec diminution seulement de la culpabilité pénale, elles doivent recourir aux atténuations de pénalité que peuvent comporter soit l'échelle du *maximum* au *minimum*, quand il en existe, soit la déclaration de circonstances atténuantes.

348. C'est ainsi que nous résoudrons, en conformité, autant que possible, des principes rationnels déjà par nous exposés, ce qui concerne le somnambulisme (n° 320) (2), l'ivresse (n^{os} 321 et suiv.) (3), le surdi-mutisme, à l'égard duquel ce qui manque à no-

---

(1) L'article 63 du projet de Code pénal italien permet d'abaisser la peine, d'un à trois degrés, lorsque « ou l'infirmité d'esprit ou la contrainte extérieure ont, sinon détruit, du moins grandement affaibli la conscience de l'acte ou la possibilité de résister. »

Bien que contraire à l'opinion des médecins-légistes, qui n'admettent point de demi-responsabilité, cette disposition nous paraît conforme aux données de la science pénale, sauf la faculté d'abaisser la peine de trois degrés, qui nous semble excessive. Notre article 463, en admettant deux degrés d'atténuation, est déjà assez large. — Le projet de Code portugais (art. 64) classe parmi les circonstances atténuantes légales la crainte provoquée par des violences ou des menaces *non suffisantes pour constituer la force majeure irrésistible*.

(2) L'ancienne jurisprudence voyait une disposition applicable aux noctambules ou somnambules dans ce texte de droit canonique : « Si furiosus, aut infans, seu *dormiens*, hominem mutilet, vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem incurrit. » (Clementin., liv. 5, tit. 4, constitution de Clément V.)

(3) Ce cas de l'ivresse, si fréquent en fait, a été fort souvent et fort diverse-

tre loi ne pourra être ainsi qu'imparfaitement suppléé (n° 327) (1), l'ignorance, les vices d'éducation et l'effet des passions (n° 333) (2). En faisant observer toutefois que les acquittements ou même les diminutions de peine qui seraient textuellement motivés en droit sur de pareils faits, par exemple sur l'ivresse, seraient irréguliers et pourraient encourir cassation comme créant un cas de justification ou d'excuse non prévu par la loi (ci-dessus, n° 345). Mais lorsque l'ivresse a produit cet état que les médecins légistes appellent *delirium tremens*, dans lequel le malade, saisi de tremblement, agité ou affaissé, est en proie à des hallucinations tristes ou effrayantes, et agit sous l'empire de ces hallucinations, état qui persiste durant plusieurs jours ou même plusieurs semaines, l'irresponsabilité est certaine, et nous croyons que le juge pourrait la fonder textuellement sur l'article 64 du Code pénal, car il y a ici une véritable maladie mentale (3). Nous en avons eu un exemple, dans l'homicide commis, en août 1865, au jardin

---

ment agité par les criminalistes de toutes les époques. — Quelques textes de droit romain s'y réfèrent. — Nous avons cité, ci-dessus, p. 140, note 1, ce passage du *Grand Coustumier*, d'après lequel ces peines sont allégées « quand aucun excès est faict par vne personne folle ou *yure*. » — Suivant l'ordonnance de François Ier, du dernier août 1536, ch. 3, art. 1 : «... Est ordonné que quiconque sera trouvé ivre soit incontinent constitué et retenu prisonnier au pain et à l'eau pour la première fois, et si secondement il est repris, sera, outre ce que devant, battu des verges ou fouets par la prison, et la troisième fois fustigé publiquement; et s'il est incorrigible, sera puni d'amputation d'oreille, et d'infamie, et de bannissement de sa personne..... Et s'il advient que par ébriété ou chaleur de vin les ivrognes commettent aucun mauvais cas, ne leur sera pour cette occasion pardonné, mais seront punis de la peine due audit délit, et davantage pour ladite ébriété, à l'arbitrage du juge. » Laverdy ajoute, dans son *Code pénal*, après la citation de cette ordonnance : « Il est fâcheux que l'usage ait laissé tomber en désuétude une loi aussi salutaire. » — Certains codes étrangers font de l'ivresse, et surtout de l'ivresse habituelle, un délit spécial. — Notre législation, après avoir fait d'abord de l'ivresse un délit contre la discipline militaire (L. 22 août 1790, tit. 2, art. 2), s'est enfin décidée récemment à frapper de peines de simple police, soit l'ivresse manifeste dans les lieux publics (Loi du 23 janvier 1873, art. 1er), soit le fait, de la part des cabaretiers, d'avoir reçu des gens manifestement ivres, ou d'avoir servi des boissons alcooliques à des mineurs de seize ans (*Ibid.*, art. 4) ; — de peines correctionnelles, celui d'avoir fait boire jusqu'à l'ivresse un mineur de seize ans. (*Ibid.*, art. 7).

(1) Le Code pénal de Sardaigne de 1859 (art. 92), semblable en cela à celui de 1839 (art. 97), assimile le sourd-muet au mineur de quatorze ans, et veut que la question de discernement soit posée. Le Code pénal de l'Allemagne du Nord (art. 58) statue de même. Le projet de Code pénal italien va plus loin (art. 69) : il déclare jusqu'à quatorze ans le sourd-muet irresponsable.

(2) Nous remarquons dans la *Somme rural* de Boutellier (liv, 1, tit. 29, note *e*) cette annotation de Charondas le Caron : « Mais les delicts qui se commettent par douleur ou collere sont plus doucement punis, d'autant que sont passions de la fragilité humaine, qui offusquent la raison, comme Cicéron monstre en plusieurs lieux. »

(3) Le projet de Code pénal italien (art. 64) admet l'irresponsabilité en cas d'ivresse complète; l'abaissement de la pénalité, au cas où l'ivresse n'est point complète, pourvu toutefois qu'elle soit accidentelle.

du Luxembourg, sur le premier venu, par un soldat atteint de cette affection. Après guérison dans des hospices d'aliénés, ce soldat a été soumis à la juridiction militaire. Nous approuvons singulièrement le jugement du premier conseil de guerre de Paris, du 11 mai 1866, qui, tout en l'acquittant sur le chef de meurtre, l'a néanmoins condamné pour homicide par imprudence, les débats ayant démontré que c'était par suite d'un abus d'eau-de-vie, habituel et passionné chez lui, par conséquent par sa faute et son imprudence, qu'il avait été la cause de cet homicide involontaire.

349. De même, bien que l'article 64 ne parle que de crime et de délit, nous n'hésiterons pas à appliquer les mêmes solutions aux cas de contraventions de simple police, en ce sens que l'homme qui les aura commises en état de démence devra être acquitté en vertu des pouvoirs généraux du juge ; et cela même quand il s'agirait de ces contraventions matérielles dans lesquelles la loi a voulu punir la simple faute non intentionnelle, parce qu'à l'égard de l'homme en démence les conditions de l'imputabilité elle-même font défaut et qu'il ne saurait y avoir faute quelconque de sa part (1).

350. Nous résoudrons aussi par les principes rationnels ce qui concerne les intervalles lucides (2), et l'obligation de la preuve (ci-dess. nos 329 et 330).

351. Quant aux précautions administratives ou judiciaires à prendre contre les aliénés dangereux, nous nous contenterons de renvoyer aux lois suivantes : — Loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui met au nombre des objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux « le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté (tit. XI, art. 3, 6°) ; » — Code pénal, article 475, 6°, qui punit d'une amende de police « ceux qui auraient laissé divaguer des fous ou des furieux étant sous leur garde ; » — Surtout la loi spéciale du 30 juin 1838 sur les aliénés, avec l'ordonnance réglementaire du 18 décembre 1839 ; — Et enfin les dispositions du Code civil sur l'interdiction, notamment l'article 491, qui donne

---

(1) On peut voir par là ce qu'il y a d'inexactitude dans cette proposition, souvent répétée depuis, de l'orateur du gouvernement, qui motivait l'article 64 en disant : « Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention : or, dans les deux cas dont nous venons de parler (démence ou contrainte), aucune intention criminelle ne peut avoir existé de la part des prévenus. » Ce n'est pas de l'intention qu'il s'agit ; il s'agit des conditions mêmes de l'imputabilité : de telle sorte que, même dans le cas où la loi punit les négligences, les omissions non intentionnelles, s'il y a eu démence ou contrainte, il ne saurait y avoir de peine.

(2) L'ancienne jurisprudence citait, à cet égard, dans le droit romain, la loi 14, au DIGESTE, liv. 1, tit. 18, *De officio præsidis*, fragment de Macer.

au procureur impérial le droit de provoquer l'interdiction dans le cas de fureur (1).

352. La question de la démence n'étant pas aujourd'hui posée ni résolue à part dans notre procédure pénale, mais se trouvant comprise dans la question générale de culpabilité, nos statistiques criminelles officielles ne contiennent pas de renseignements à cet égard. Quelques médecins, voués à l'étude de cette spécialité, ont pu chercher à en réunir un certain nombre par leurs propres observations ; mais en fait de statistique, les travaux particuliers faits isolément sur quelque point limité, et sans pouvoir de contrôle suffisant, ne sauraient, avec quelque soin qu'ils aient été exécutés, offrir l'exactitude et l'ampleur désirables pour conduire à des conclusions certaines. On n'en lira pas moins avec intérêt, dans les *Annales d'hygiène et de médecine légale*, certains articles publiés à ce sujet, notamment un mémoire de M. le docteur Brierre de Boismont sur *la nécessité d'isoler les aliénés vagabonds et criminels dans un asile spécial*, et un autre mémoire de M. le docteur Vingtrinier, médecin en chef des prisons de Rouen, sur *les aliénés dans les prisons et devant la justice* (2).

§ 4. Oppression de la liberté de l'agent quant à l'influence de cette oppression sur l'imputabilité et sur la culpabilité.

1° *Suivant la science rationnelle.*

353. Les altérations mentales dont nous venons de traiter sont des états organiques provenant de vices ou de dérangements intérieurs qui atteignent les facultés psychologiques elles-mêmes. Mais il se peut faire que, l'homme étant doué de toutes ses facultés, ayant en lui et la raison et la liberté morale, une force extérieure vienne plus ou moins opprimer cette liberté et l'empêcher d'en faire usage. La liberté morale existe, l'exercice en est arrêté ou faussé par un obstacle extérieur.

354. Oppression intérieure ou extérieure, peu importe ; s'il y a eu absence de liberté chez l'agent, il n'y a pas d'imputabilité ; s'il y a eu diminution de liberté, il y a diminution de culpabilité : le principe général est toujours le même.

355. Ces forces extérieures peuvent être ou celles de l'homme, quand l'oppression de la liberté provient du fait d'un agent humain, ou celles de la nature, quand elle est produite par l'effet même des forces physiques qui sont en jeu dans les phénomènes naturels

(1) Nous adoptons l'avis de ceux qui pensent que le mot *fureur* doit être interprété ici dans le sens de *folie dangereuse :* car le danger, même très-grand, peut exister, quoiqu'il n'y ait pas chez l'aliéné l'excitation ou l'emportement qualifié de fureur. Nous savons d'ailleurs que cette opposition tripartite de l'art. 489 Cod. civ. entre l'imbécilité, la démence et la fureur, est bien loin d'être irréprochable au point de vue de la médecine judiciaire.

(2) Numéros d'octobre 1852 et de janvier 1853.

ici-bas. Examinons d'abord le premier cas, le second viendra ensuite.

356. La violence exercée contre nous par un agent humain peut produire une contrainte toute physique, toute matérielle; quelqu'un vous force, en conduisant violemment votre main, à tracer les caractères d'une signature que vous ne voulez pas tracer, à porter à un autre un coup de poignard que vous ne voulez pas porter, à répandre dans un breuvage une substance vénéneuse que vous n'y voulez point répandre : si la résistance vous est impossible, si vous ne concourez à l'acte que comme instrument, comme victime de la force supérieure qui vous fait mouvoir, c'est le cas de dire de vous : « *Non agit, sed agitur,* » vous êtes patient et non pas agent : il n'y a pas d'imputabilité. — Le cas se présentera rarement quant aux délits qui consistent à faire; il est possible cependant à supposer dans quelques-uns; il l'est surtout dans les délits d'inaction, comme si, au jour d'un service public qui m'est commandé sous la sanction d'une peine, celui de juré par exemple, je suis séquestré, retenu violemment, mis de force, et contre mon gré, dans l'impossibilité de m'en acquitter.

357. Cette première hypothèse n'offre aucun doute. Mais que décider s'il ne s'agit que d'une contrainte morale, c'est-à-dire de celle qui résulte de la menace d'un mal imminent qui pèse sur nous, et qui nous met dans l'alternative ou de subir ce mal, ou de faire tel mauvais acte qu'on veut nous imposer? En examinant la situation, on verra que la liberté n'est pas ici entièrement opprimée, comme dans le cas de contrainte physique; elle peut encore s'exercer dans le choix limité qui nous est laissé : ou le mal à subir, ou l'acte à faire; et c'est dans ce sens, si nous nous déterminons pour cet acte, qu'on pourra dire avec les stoïciens : « *Voluntas coacta voluntas est.* » — Mais, restreinte dans une telle alternative, la liberté est-elle suffisante pour que cet agent soit punissable? On sent qu'il y a des distinctions à faire. Suivant la philosophie stoïcienne et les écrivains qui en ont appliqué ici les principes, jamais cette violence morale ne saurait, même en cas de péril de mort, exclure la pénalité, l'homme devant se déterminer à mourir plutôt qu'à commettre une action mauvaise. Cependant comment qualifierions-nous une si courageuse détermination? Nous l'appellerions force, grandeur d'âme; nous la décorerions du nom véritable de vertu (*virtus*); nous admirerions celui qui en aurait été capable, et nous l'en récompenserions au moins dans sa mémoire. Or la loi peut-elle punir pour n'avoir point eu la force de s'élever à cette hauteur morale? Peut-elle imposer des actes de vertu sous la sanction d'une peine? N'est-elle pas obligée de prendre l'humanité avec ses sentiments et ses instincts, sa force et sa faiblesse au niveau commun? Qu'on remarque que la question n'est point de savoir si la violence a pu donner le droit de faire l'acte condamnable : ce droit incontesta-

blement n'existe pas. De ce que je suis menacé d'un péril de mort si je ne vous tue, si je n'incendie votre maison, il ne résulte pas que j'aie le droit pour y échapper de vous tuer, d'allumer un incendie. La question pour le droit criminel est de savoir si chez celui qui agit sous l'empire d'une telle pression il y a les éléments nécessaires pour l'imputabilité ou pour la culpabilité pénale. Malgré la rigueur stoïcienne, la grande majorité des criminalistes s'accorde, même en théorie, et dans le droit positif on n'y met aucun doute, à reconnaître la non-imputabilité dans les cas de péril de mort, de mutilations ou de tourments corporels ; mais on reste divisé quant au péril qui ne menace que les biens. — Quant à nous, nous pensons que la vraie solution, dans les uns comme dans les autres cas, dépend d'une comparaison à faire entre ces deux termes mis en balance et qui forment l'alternative entre laquelle a flotté la liberté de l'agent : d'une part le mal dont il était menacé, et d'autre part le crime ou le délit qu'on a exigé de lui. Il pourra se faire qu'une menace dans ses biens, si la perte était considérable et le délit peu grave, ait assez influé sur sa liberté pour faire disparaître toute culpabilité pénale ; tandis que si, pour éviter un mal corporel peu considérable, il s'est déterminé à commettre un crime ou un délit grave, la culpabilité pénale, quoique plus ou moins atténuée, pourra subsister et motiver justement l'application d'une peine. Mais cette balance n'est pas de nature à pouvoir être déterminée à l'avance par la loi ; c'est à la jurisprudence pratique à la faire dans chaque cause, en se guidant dans ses résolutions suivant le principe rationnel que nous venons d'exposer ; c'est à elle à voir s'il y a culpabilité pénale suffisante pour la répression, ou seulement culpabilité civile obligeant à réparer le préjudice, ou s'il n'y a, vu les circonstances, aucune culpabilité (1).

358. Si la menace employée contre nous est celle d'un péril suspendu sur une personne qui nous est chère, notre liberté peut avoir été opprimée comme dans le cas précédent ; car ne ferions-nous pas bien souvent le sacrifice de nous-mêmes plus facilement encore que celui d'un être que nous aimons ou que nous devons défendre ? — La loi doit-elle ici marquer un degré de parenté ou même exiger une parenté quelconque ? Non certainement, les questions de culpabilité ou de non-culpabilité pénale ne peuvent se résoudre par des présomptions générales, comme certaines questions de droit civil. Il faut examiner en fait, et dans chaque cause, quelle a été l'influence de la menace sur la liberté de l'agent. On aura, dans le cas qui nous occupe, non-seulement à comparer la gravité du danger avec la gravité du délit, mais encore à apprécier le degré d'affection qui liait l'agent à la per-

(1) Voyez sur ce point l'article 63 du projet de Code italien, cité n° 346, note 1.

sonne en péril : tels sont les trois éléments dont il devra être tenu compte.

359. Il va sans dire que dans tous ces cas il faut, pour faire disparaître entièrement la culpabilité, que l'agent n'ait pas eu d'autre moyen de se soustraire au péril dont il était menacé que de commettre l'acte qu'on lui imposait; car s'il s'offrait à lui quelque autre recours, sa liberté n'a plus été enfermée dans l'alternative étroite qui exclut l'imputablilité.—D'où il suit aussi que le péril imminent doit être présent, immédiat; s'il n'est que futur, s'il ne s'agit que de menaces pour l'avenir, l'alternative urgente n'existe pas, et l'on a le temps d'aviser à d'autres moyens.

360. Ces conditions cependant ne peuvent se mesurer dans la pratique avec la rigueur scrupuleuse qu'y assigne la science. Le juge de la culpabilité doit tenir compte des circonstances, du trouble de l'esprit, de l'âge, du sexe et de la différence des forces physiques ou des caractères.

361. Quand la violence n'est pas jugée suffisante pour avoir fait disparaître la culpabilité pénale, elle est du moins, incontestablement, une cause plus ou moins grande d'atténuation.

362. Dans les anciennes sociétés, l'énergie du pouvoir attribué au chef de famille a pu faire mettre en question si la crainte inspirée par ce pouvoir était, à elle seule, de nature à faire disparaître la responsablilité de la femme, des enfants, des esclaves ou des serfs agissant sous le commandement de celui à la puissance duquel ils étaient soumis. Aujourd'hui qu'il n'est plus question de telles puissances, le doute ne se présente même plus. La crainte que nous nommons crainte *révérentielle*, pour indiquer qu'elle n'est assise que sur le respect dû au chef de famille, laisse à chacun sa responsablité, sauf au juge à tenir compte, suivant les diverses personnes, des degrés divers de culpabilité.

363. Les deux hypothèses de contrainte matérielle ou de contrainte morale, au lieu d'être le fait d'un agent humain, peuvent provenir, avons-nous dit, des forces physiques qui se trouvent en jeu dans les phénomènes naturels. Un tremblement de terre, une subite inondation, un incendie, un naufrage, une maladie grave, peuvent me mettre, sans volonté ni négligence de ma part, dans l'impossibilité absolue de remplir au moment voulu un devoir qui m'était imposé sous la sanction d'une peine : c'est la contrainte matérielle. Les mêmes événements, ou des événements analogues, peuvent me réduire à l'alternative, ou de subir le mal plus ou moins considérable dont ces événements me menacent, ou de m'y soustraire à l'aide d'un fait nuisible au droit d'autrui, et qui dans toute autre situation constituerait un crime ou un délit : c'est la contrainte morale.

Il nous semble qu'on ne se fait pas en général une idée claire de cette situation, désignée assez communément sous le nom de nécessité absolue. Qu'importe que ce soient les forces supérieures

d'un autre homme, ou les forces irrésistibles de la nature qui oppriment la liberté de l'agent et le réduisent aux extrémités dont nous venons de parler : par une force ou par l'autre, si l'oppression est la même, ne doit-elle pas, quant à la responsabilité de l'agent, produire les mêmes effets? Nous considérons donc la situation en ce qui concerne cette responsabilité comme identique avec la précédente et comme devant être régie par les mêmes principes : de telle sorte qu'il nous suffira de renvoyer, pour la solution, à ce que nous avons déjà dit aux nos 356, 357 et suivants (1). — L'homme qui, dans un naufrage, n'ayant aucun autre recours, arrache la planche de salut dont un autre était déjà en possession, n'a certainement pas le droit de le faire ; les trois matelots de 1844, qui, réfugiés sur un rocher aride au sein de la mer, et tombant d'inanition après de longs jours d'attente, tirent au sort lequel des trois sera sacrifié pour nourrir les autres, n'ont certes pas le droit de faire un semblable marché, et les deux que le sort favorise ont encore moins le droit de le mettre à exécution ; mais les conditions de l'imputabilité existent-elles entre eux? mais y a-t-il culpabilité pénale? C'est une autre question, et celle-là doit être résolue en leur faveur (ci-dess. n° 357).

364. Ici se présente la question de savoir si la misère, si le besoin de la faim peut être une cause suffisante pour faire disparaître la culpabilité de certains délits, plus particulièrement du vol, et surtout du vol d'aliments. Supposez l'homme en un lieu isolé, loin de tout autre recours, dans l'impossibilité d'une plus longue attente, s'emparant à toute extrémité de choses appartenant à autrui pour s'en servir d'aliments, vous n'hésiterez pas à répondre affirmativement, parce qu'ici vous tombez dans l'alternative étroite où la liberté est véritablement opprimée. Ce qui fait qu'on n'en pourra dire autant de la faim, de la misère au sein d'une ville, au milieu ou à la portée des autres hommes, c'est que plusieurs autres sortes de recours peuvent se présenter alors, et que les conditions voulues pour constituer l'alternative fatale qui opprime la liberté n'y sont pas remplies. Cela est vrai plus encore dans le vol d'objets étrangers aux besoins qu'il s'agit de satisfaire, puisque pour être ramenés à cet usage ils supposent un échange, et, par suite, des relations avec les autres hommes, qui excluent l'idée de cette alternative urgente et sans autre issue. De pareils faits bien établis pourront diminuer sans doute et quelquefois considérablement la culpabilité individuelle ; mais, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, on ne saurait poser en

(1) Aux termes de l'article 54 du Code pénal de l'Allemagne du Nord, il n'y a pas acte punissable lorsque l'infraction a été commise dans un état de détresse autrement inéluctable et indépendant de la volonté de l'auteur, dans le but de préserver d'un péril présent son corps ou sa vie, ou le corps ou la vie d'un des membres de sa famille.

règle qu'ils doivent la faire disparaître (1). — A Paris, en 1856, une pauvre et honnête femme, mère de deux jeunes enfants, venant d'accoucher d'un troisième, privée de son mari, s'épuisant en un travail insuffisant, après avoir fait ressource, pièce à pièce, de ses meubles et de ses nippes, arrivée à un dénûment total, à bout d'expédients, se présente au commissaire de police. « Qu'on veuille bien, en grâce, placer ses deux aînés ; elle, avec l'enfant qu'elle allaite, et de son travail, se tirera d'affaire ! » Le commissaire de police n'a point cela dans ses attributions. Au bureau de bienfaisance où elle va frapper : « Vous n'êtes pas inscrite, revenez dans huit jours. » Huit jours ! et la faim de ces petits êtres qui n'attend pas ! Dans son désespoir elle les prend, l'un âgé de quatre ans, l'autre de deux, les embrasse en pleurant, les conduit à l'église Saint-Eustache, les fait mettre à genoux sur une chaise, fait derrière eux, une prière ardente, et, furtivement, disparaît. « Je les place dans la maison du bon Dieu, Dieu ne les laissera pas sans secours ! » Les enfants furent secourus en effet ; mais la mère fut poursuivie devant le tribunal correctionnel pour délaissement d'enfants en un lieu non solitaire (art. 352 du Code pénal). A ouïr, de sa bouche, le narré de ces faits, le ministère public qui requérait contre elle était ému, le tribunal était ému : réquisition d'une répression aussi indulgente que possible ; jugement qui, grâce au pouvoir de reconnaître l'existence de circonstances atténuantes, abaisse la peine jusqu'à quinze jours de prison seulement. Une collecte est faite pour elle à l'audience ; le ministère public avait été le premier à lui faire parvenir secrètement son offrande, et lorsque le compte rendu par les journaux a été lu du public, d'autres secours et le travail lui arrivent de divers points (2).

365. Le principe qu'il n'y a pas culpabilité lorsqu'il y a eu oppression complète de la liberté de l'agent est aussi au nombre de ces vérités de justice qui n'ont pas besoin d'être proclamées

---

(1) On cite dans cette question divers textes du droit canon, et notamment les deux suivants : « Discipulos, cum per segetes transeundo vellerent spicas, et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, qui coacti fame hoc fecerunt. » (Decreti 3° pars, *De consecratione*, distinction 5, c. 26.) — « Si quis, propter necessitatem famis aut nuditatis, furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, pœniteat hebdomadas tres : et si reddiderit, non cogatur jejunare. » (Decret. Gregor., liv. 5. tit. 18, *De furtis*, c. 3.) — LA CAROLINE ou Code criminel de Charles-Quint, art. 166, disait : « Si quelqu'un, pressé par une véritable famine, que lui, sa femme et ses enfants pourroient souffrir, venoit à voler des aliments, et que le vol fût considérable et connu, les juges, comme il vient d'être dit, consulteront sur ce qu'ils auront à statuer. Un tel voleur, quoique relâché sans punition, n'aura aucun recours contre l'accusateur pour raison de ses poursuites. » — Aussi plusieurs codes modernes de l'Allemagne ont-ils mis textuellement l'extrême misère ou le besoin pressant au nombre des circonstances qui diminuent la culpabilité. (Cod. pén. de Wurtemberg, art. 110, 2° et 3° ; de Hanovre, art. 94, 2° et 3° ; d'Autriche, 1852, § 46.)

(2) Voir le DROIT, *Journal des tribunaux*, n° du 26 janv. 1856.

par la loi positive, et que le juge de la culpabilité doit observer, même en l'absence de tout texte. Il faut appliquer ici les observations que nous avons faites ci-dessus (nos 298 et 331).

366. De même, ce que nous avons dit de la présomption quant aux aliénations mentales (n° 329) s'applique aux divers cas que nous venons de parcourir : la défense est tenue de prouver le fait de contrainte qu'elle invoque, puisque c'est un fait exceptionnel.

367. C'est une obligation, le péril passé, de prévenir l'autorité publique et la partie lésée de l'extrémité à laquelle on a été réduit et du mal qu'on a été obligé de faire pour en sortir, surtout s'il s'agit d'un mal considérable, comme de blessures ou de mort. Le défaut de déclaration ne rendrait pas le fait imputable, mais il pourrait être érigé par la loi, dans les circonstances graves, en délit *sui generis*.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

368. Plusieurs des observations déjà faites par nous au sujet des aliénations mentales sont applicables au cas de contrainte. — L'ancienne jurisprudence générale, à défaut de textes suffisants dans les ordonnances, construisait sa doctrine théorique sur ceux du droit romain, qu'elle empruntait indifféremment soit aux matières civiles, soit aux délits privés, fort peu au véritable droit pénal public (1).

369. Mais dans l'application pratique, un caractère particulier de cette ancienne jurisprudence, c'est que, lorsqu'il s'agissait d'homicide, cet homicide eût-il été commis par nécessité ou cause raisonnable reconnue par la loi civile, c'est-à-dire par le droit romain, comme suffisante pour innocenter, toujours néanmoins il fallait que l'*homicidiaire* se retirât par-devant le souverain prince pour en obtenir grâce ou rémission ; car le juge n'aurait pu se dispenser de prononcer la peine (2).

---

(1) Dig., 4, 2, *Quod metus causa gestum erit*, 6 Fr. Gaïus, et 9 Fr. Ulp. — Dig., 4, 6, *Ex quibus causis majores in integrum restituuntur*, 2 Fr. Callistrat., et 3 Fr. Ulp. — Cod., 2, 4, *De transactionibus*, 13, constit. Dioclet. et Max. — Cod., 2, 20, *De his quæ vi metusve causa gesta sunt*, 9, constit. Dioclet. et Max. — Et quant à l'esclave agissant par ordre du maître, voir notamment Dig., 50, 17, *De regulis juris*, 157, pr. F. Ulp.

(2) Telle était la disposition de l'ordonnance de François Ier, de 1539, art. 168 : « Nous défendons à tous Gardes des Sceaux de nos Chancelleries et Cours souveraines, de ne bailler aucunes graces ou remissions, fors celles de Justice, c'est à scavoir aux homicidiaires qui auroient esté contraints faire les homicides pour le salut et défense de leurs personnes, et autres cas où il est dit par la loi que les délinquants se peuuent ou doiuent retirer par deuers le Souverain Prince pour en auoir grace. — Voir la *Pratique judiciaire* d'Imbert, liv. 3, ch. 17, p. 675, et la note page 676, qui résume ainsi cette pratique : « Un juge ne peut dissimuler, en l'accusation d'homicide, de condamner le convaincu, bien qu'il trouve que l'homicide ait esté commis par nécessité ou cause raisonnable, et que la loy civile l'ait pardonné : car toujours il faut rémission du Roy. » — Imbert, parlant de la légitime défense, ajoute que ces lettres de

370. Sous les lois de la Constituante et sous le Code pénal de 1791, comme sous celui de brumaire an IV, qui ne s'en sont pas expliqués, la question de contrainte rentre, en matière de police municipale et de police correctionnelle dans les pouvoirs généraux du juge chargé de décider si l'inculpé est coupable ou non ; et devant le jury, suivant la procédure d'alors, dans les questions intentionnelles (ci-dess. n° 337).

371. Le Code pénal de 1810, dans l'article 64, après avoir dit qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ajoute : « ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

372. Ces expressions : « *il n'y a ni crime ni délit,* » doivent se traduire ici par *le prévenu n'est pas coupable,* et la conséquence doit en être l'acquittement (ci-dess. n° 339).

373. Notre Code n'a point distingué si la contrainte provient de l'action d'un autre homme, ou des forces en jeu dans quelque phénomène naturel ; si le mal imminent menace le corps ou seulement la fortune ; s'il est suspendu sur nous-mêmes ou sur quelque personne qui nous soit chère : le Code exige seulement que le prévenu ait été contraint par une force *à laquelle il n'a pu résister*. C'est là ce que doit apprécier dans chaque cause le juge de la culpabilité ; et la latitude laissée par le texte législatif permet d'appliquer entièrement dans cette appréciation les principes rationnels qu'indique la science (ci-dess. n^{os} 355 et suiv.).

374. On trouve bien au Code civil des articles spéciaux sur les conditions de la violence de nature à faire annuler les obligations pour vice de consentement (Code civ., art. 1111 à 1115), articles dans lesquels le législateur s'explique formellement sur le mal menaçant la fortune (art. 1112), sur les violences exercées contre une personne à laquelle nous serions attachés par des liens dont la loi détermine la nature et le degré (les conjoints, descendants ou ascendants, art. 1113), sur la crainte révérentielle (art. 1114). Mais nous ferons observer qu'autre est la question civile et autre la question pénale, parce que autre doit être la contrainte suffisante pour nous déterminer, sans culpabilité de notre part, à commettre un crime ou un délit, et autre la contrainte suffisante pour nous déterminer seulement à contracter une obligation. Il faut

---

rémission lui semblent superflues, parce que « le droict commun, naturel et civil, permettant la défense à un chacun, il n'est point mestier d'obtenir benefice du Prince. Sur quoi l'annotateur le reprend en ces termes : « Imbert s'est fort mesconté (*mécompté*) en ce lieu : » parce que sans les lettres de grâce ou remission, les pauvres parties pourroient être mises en grande involution de procès : tandis que par le moyen de ces lettres, toutes les procédures sont retranchées, les parties adverses n'insistant pas contre l'entérinement des lettres si elles contiennent vérité, de peur de se mettre inutilement en frais. — Il faut savoir, à cet égard, que les lettres n'étaient concédées qu'en supposant vrais les faits sur lesquels elles étaient motivées ; de telle sorte que la partie adverse, en prouvant la fausseté de ces faits, pouvait empêcher l'entérinement des lettres.

donc laisser ces articles de la loi civile dans les matières pour lesquelles ils ont été faits, et ne résoudre la question de la culpabilité pénale que par les principes propres au droit pénal.

375. Le Code pénal n'ayant aucune disposition sur les cas où la contrainte, sans être suffisante pour faire disparaître entièrement la culpabilité, vient néanmoins l'atténuer, c'est aux remèdes généraux fournis par la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, ou par la déclaration de circonstances atténuantes, que le juge doit recourir (ci-dessus n° 346) (1).

376. Enfin, bien que l'article 64 ne parle que de crimes et de délits, nous n'hésiterons pas à appliquer les mêmes solutions au cas de contraventions de simple police, puisqu'il s'agit des conditions même constitutives de l'imputabilité ou de la culpabilité pénale. Seulement il faut remarquer que, s'il s'agissait de ces sortes de délits ou de contraventions dans lesquelles la simple négligence est punie, et que l'inculpé fût en faute antérieurement à la contrainte ou dans les faits mêmes qui ont amené cette contrainte, la culpabilité pourrait rester à sa charge, précisément à cause de cette négligence ou de cette imprudence antérieure, et dans la mesure de cette faute.

§ 5. De l'intention.

1° *Suivant la science rationnelle.*

377. Nous savons quel rôle joue, en matière de délit, l'intention, c'est-à-dire le fait d'avoir dirigé, d'avoir tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit (n°s 249 et suiv.).

378. Cette intention peut se rencontrer ou être absente aussi bien dans les délits qui consistent à faire que dans ceux qui consistent à ne pas faire. Le prévenu a blessé quelqu'un ; préposé à la garde d'un prisonnier, il l'a laissé s'évader ; commandé pour un service public, il y a manqué : tous ces cas peuvent avoir eu lieu de sa part avec ou sans intention de délit, suivant qu'il s'est proposé pour but, dans son action ou dans son inaction, l'accomplissement du délit qui en est résulté, ou qu'il ne l'a pas eu en vue. — On emploie, dans le langage vulgaire, diverses locutions pour désigner cette intention du délit : on dit que le prévenu a commis l'action ou l'inaction à dessein, volontairement, méchamment, sciemment, et autres semblables expressions. Le terme consacré par les anciens criminalistes était celui de dol (*dolus malus*) ; terme emprunté au droit romain, mais ici peu convenable, parce qu'il se trouve dépaysé, détourné qu'il est des affaires civiles, où il figure en un autre sens. Le plus simple et en même

(1) Voir, n° 346, note 1, les dispositions sur ce point des projets de Code italien et portugais.

370. Sous les lois de la Constituante et sous le Code pénal de 1791, comme sous celui de brumaire an IV, qui ne s'en sont pas expliqués, la question de contrainte rentre, en matière de police municipale et de police correctionnelle dans les pouvoirs généraux du juge chargé de décider si l'inculpé est coupable ou non ; et devant le jury, suivant la procédure d'alors, dans les questions intentionnelles (ci-dess. n° 337).

371. Le Code pénal de 1810, dans l'article 64, après avoir dit qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ajoute : « ou lorsqu'il a été con-» traint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

372. Ces expressions : « *il n'y a ni crime ni délit,* » doivent se traduire ici par *le prévenu n'est pas coupable,* et la conséquence doit en être l'acquittement (ci-dess. n° 339).

373. Notre Code n'a point distingué si la contrainte provient de l'action d'un autre homme, ou des forces en jeu dans quelque phénomène naturel ; si le mal imminent menace le corps ou seulement la fortune ; s'il est suspendu sur nous-mêmes ou sur quelque personne qui nous soit chère : le Code exige seulement que le prévenu ait été contraint par une force *à laquelle il n'a pu résister*. C'est là ce que doit apprécier dans chaque cause le juge de la culpabilité ; et la latitude laissée par le texte législatif permet d'appliquer entièrement dans cette appréciation les principes rationnels qu'indique la science (ci-dess. n^{os} 355 et suiv.).

374. On trouve bien au Code civil des articles spéciaux sur les conditions de la violence de nature à faire annuler les obligations pour vice de consentement (Code civ., art. 1111 à 1115), articles dans lesquels le législateur s'explique formellement sur le mal menaçant la fortune (art. 1112), sur les violences exercées contre une personne à laquelle nous serions attachés par des liens dont la loi détermine la nature et le degré (les conjoints, descendants ou ascendants, art. 1113), sur la crainte révérentielle (art. 1114). Mais nous ferons observer qu'autre est la question civile et autre la question pénale, parce que autre doit être la contrainte suffisante pour nous déterminer, sans culpabilité de notre part, à commettre un crime ou un délit, et autre la contrainte suffisante pour nous déterminer seulement à contracter une obligation. Il faut

---

rémission lui semblent superflues, parce que « le droict commun, naturel et civil, permettant la défense à un chacun, il n'est point mestier d'obtenir benefice du Prince. Sur quoi l'annotateur le reprend en ces termes : « Imbert s'est fort mesconté (*mécompté*) en ce lieu : » parce que sans les lettres de grâce ou remission, les pauvres parties pourroient être mises en grande involution de procès : tandis que par le moyen de ces lettres, toutes les procédures sont retranchées, les parties adverses n'insistant pas contre l'entérinement des lettres si elles contiennent vérité, de peur de se mettre inutilement en frais. — Il faut savoir, à cet égard, que les lettres n'étaient concédées qu'en supposant vrais les faits sur lesquels elles étaient motivées ; de telle sorte que la partie adverse, en prouvant la fausseté de ces faits, pouvait empêcher l'entérinement des lettres.

donc laisser ces articles de la loi civile dans les matières pour lesquelles ils ont été faits, et ne résoudre la question de la culpabilité pénale que par les principes propres au droit pénal.

375. Le Code pénal n'ayant aucune disposition sur les cas où la contrainte, sans être suffisante pour faire disparaître entièrement la culpabilité, vient néanmoins l'atténuer, c'est aux remèdes généraux fournis par la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, ou par la déclaration de circonstances atténuantes, que le juge doit recourir (ci-dessus n° 346) (1).

376. Enfin, bien que l'article 64 ne parle que de crimes et de délits, nous n'hésiterons pas à appliquer les mêmes solutions au cas de contraventions de simple police, puisqu'il s'agit des conditions même constitutives de l'imputabilité ou de la culpabilité pénale. Seulement il faut remarquer que, s'il s'agissait de ces sortes de délits ou de contraventions dans lesquelles la simple négligence est punie, et que l'inculpé fût en faute antérieurement à la contrainte ou dans les faits mêmes qui ont amené cette contrainte, la culpabilité pourrait rester à sa charge, précisément à cause de cette négligence ou de cette imprudence antérieure, et dans la mesure de cette faute.

§ 5. De l'intention.

1° *Suivant la science rationnelle.*

377. Nous savons quel rôle joue, en matière de délit, l'intention, c'est-à-dire le fait d'avoir dirigé, d'avoir tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit (n^os^ 249 et suiv.).

378. Cette intention peut se rencontrer ou être absente aussi bien dans les délits qui consistent à faire que dans ceux qui consistent à ne pas faire. Le prévenu a blessé quelqu'un ; préposé à la garde d'un prisonnier, il l'a laissé s'évader ; commandé pour un service public, il y a manqué : tous ces cas peuvent avoir eu lieu de sa part avec ou sans intention de délit, suivant qu'il s'est proposé pour but, dans son action ou dans son inaction, l'accomplissement du délit qui en est résulté, ou qu'il ne l'a pas eu en vue. — On emploie, dans le langage vulgaire, diverses locutions pour désigner cette intention du délit : on dit que le prévenu a commis l'action ou l'inaction à dessein, volontairement, méchamment, sciemment, et autres semblables expressions. Le terme consacré par les anciens criminalistes était celui de dol (*dolus malus*) ; terme emprunté au droit romain, mais ici peu convenable, parce qu'il se trouve dépaysé, détourné qu'il est des affaires civiles, où il figure en un autre sens. Le plus simple et en même

(1) Voir, n° 346, note 1, les dispositions sur ce point des projets de Code italien et portugais.

temps le plus exact pour la science rationnelle est celui de l'intention.

379. Il ne faut pas confondre avec l'intention de commettre le délit le motif qui détermine l'agent à le commettre, ou, en d'autres termes, le but plus éloigné, la fin qu'il se propose d'atteindre en le commettant. De même qu'on peut faire de bonnes actions par des motifs intéressés, par dissimulation, par astuce, de même les motifs qui poussent, qui déterminent au délit peuvent être plus ou moins honteux, plus ou moins condamnables, plus ou moins dignes d'excuses; on a vu commettre des actes coupables, même de grands crimes, tels que l'assassinat, par l'égarement ou la surexcitation de sentiments généreux, pour atteindre une fin désirable et honorable qu'on se propose. Bien que ces considérations ne restent pas sans influence sur la mesure de la culpabilité individuelle et puissent en nuancer les degrés, elles ne sauraient faire disparaître la culpabilité absolue. Le crime est toujours le crime, et pas plus en droit pénal qu'en morale, « *la fin justifie le moyen* » n'est une maxime qui soit admissible (ci-dess. n° 333).

380. Nous avons expliqué déjà (nos 252 et suiv.) comment l'intention n'est pas au nombre des éléments constitutifs de l'imputabilité, mais entre seulement comme une condition fort importante dans la mesure de la culpabilité. On a l'habitude de dire néanmoins communément qu'il n'y a pas de délit sans intention, que c'est l'intention qui fait le délit. — Ces propositions, partout reproduites, dans les ouvrages des criminalistes, dans les exposés des lois, dans les motifs des arrêts, comme dans les dictons traditionnels du Palais, sont trop inexactes pour être absolues. Il y a en elles une équivoque qui tient encore à la confusion des termes du droit civil avec ceux du droit pénal. L'ancienne jurisprudence qualifiait de *délit*, en droit civil, tout fait préjudiciable au droit d'autrui commis avec intention de nuire, tandis qu'elle appelait seulement *quasi-délit* le fait préjudiciable au droit d'autrui commis sans intention, et telle est encore l'acception reçue en notre jurisprudence civile moderne. En ce sens, il est parfaitement vrai de dire qu'il n'y a pas délit sans intention, que c'est l'intention qui fait le délit, et qu'en l'absence d'intention il n'y a que quasi-délit, puisque telle est la définition même. Pour le droit civil, d'accord ; mais le délit pénal n'est pas le délit civil. Des faits préjudiciables commis avec intention peuvent n'être punis d'aucune peine publique, comme des faits préjudiciables commis sans intention peuvent l'être au contraire. Vous employez le mot dans un sens, moi je l'entends dans un autre : malheureuse incertitude d'un langage scientifique mal fait et sans unité, dangereuses équivoques qui, passant des mots aux idées, faussent celles-ci au moyen de celles-là! — Équivoque à part, la proposition « qu'il n'y a pas de délit sans intention » est fausse en droit pénal, si l'on prend le mot délit pour tout à fait puni de peine publique ; — et

la proposition que « c'est l'intention qui fait le délit » est exagérée : il y a des cas, en effet, où, l'intention disparaissant, la peine publique cesse d'être appliquée, parce que la culpabilité devient trop faible pour entraîner cette conséquence; mais il y en a d'autres, et ils sont nombreux, dans lesquels le contraire a lieu, c'est-à-dire dans lesquels l'homme est punissable quoique ayant agi ou s'étant abstenu d'agir sans mauvaise intention, parce qu'il est toujours responsable, non-seulement en droit civil, mais aussi en droit pénal, dans la mesure de ce qu'exigent la justice et l'intérêt social combinés, de n'avoir pas fait usage des facultés dont Dieu l'a doué, et de ne pas avoir employé ces facultés à diriger ou à retenir son activité conformément à l'accomplissement de ses devoirs.

381. Les criminalistes ont employé spécialement le nom de faute (*culpa*) pour désigner ce manquement à un devoir commis sans intention d'y manquer, et ils ont ainsi opposé le cas de faute au cas de dol. Mais cette opposition, tirée également du langage du droit civil et restée en usage encore aujourd'hui, n'est cependant pas bien exacte. En réalité, il y a faute toutes les fois que nous avons failli à un devoir, que ce soit sans intention ou, à plus forte raison, avec intention d'y faillir, et c'est précisément ce que nous exprimons dans notre langue française, où nous avons consacré comme termes techniques, en droit pénal et pour tous les cas, les mots *coupable*, *culpabilité*, sans distinguer s'il s'agit de délits non intentionnels ou de délits intentionnels.

382. Ce qu'il y a de vrai cependant, c'est que, toutes autres choses égales d'ailleurs, la faute ou la culpabilité, le manquement au devoir dans les lésions de droit non intentionnelles, est bien inférieure à la culpabilité dans les lésions de droit intentionnelles, parce que n'avoir pas fait usage, pous éviter un mal, des facultés dont nous sommes doués est bien moins grave que d'en avoir fait un mauvais usage en les employant à produire ce mal. Il arrivera souvent que la seule conséquence qui en résultera sera l'obligation de réparer le préjudice : il y aura alors seulement culpabilité civile. Dans d'autres cas néanmoins, cette culpabilité pourra justement mériter l'application d'une peine publique, et constituer par conséquent une culpabilité pénale.

383. Il en sera, à cet égard, des délits non intentionnels comme de tous les délits; c'est-à-dire qu'il y aura lieu à la pénalité seulement lorsque les deux conditions de la justice et de l'utilité sociale se rencontreront pour l'exiger (ci-dess. nos 188 et 205). En tirant les conséquences de ces prémisses, on reconnaît que les délits de droit pénal non intentionnels, quoique très-nombreux, sont limités dans certaines catégories. Il faut, pour que la faute non intentionnelle soit érigée en délit, que la nature des faits et des situations nous fasse une obligation envers autrui d'examiner, de prévoir, de prendre des précautions, de songer à agir ou à ne pas

agir, de nous être pourvus des connaissances ou de l'habileté nécessaires, et qu'un certain intérêt public, suffisant pour motiver l'emploi d'une peine, y soit engagé. Hors de là, c'est à la conscience, s'il n'en est résulté de préjudice que pour nous, ou à la justice civile, s'il en est résulté quelque préjudice au droit d'autrui, que le législateur pénal doit abandonner le soin de sanctionner cette loi morale qui veut que l'homme ne laisse pas sans en faire usage au besoin les facultés que Dieu lui a départies. — De telle sorte qu'il est vrai de dire qu'à moins que le contraire ne résulte en droit rationnel de la nature des faits, et en droit positif de la disposition explicite ou implicite de la loi, l'intention est nécessaire pour constituer la culpabilité pénale, et que c'est à cette condition qu'il faut incliner de préférence. Voilà la limite dans laquelle doit être restreint, en droit pénal, le brocard que nous avons rapporté plus haut (n° 380), et ceux qui l'emploient, quoique se servant d'expressions absolues, ne veulent sans doute pas dire autre chose.

384. Si nous cherchons à fixer rationnellement quelques données sur les cas dans lesquels les actions ou les inactions de l'homme, quoique commises sans faute intentionnelle, peuvent être érigées en délits de droit pénal, nous verrons que ces divers cas, dont le nombre est considérable lorsqu'on entre dans le détail de chaque fait, peuvent se grouper sous certaines idées générales qui les dominent. — Ainsi on conçoit : 1° Que les fonctionnaires, les préposés, les citoyens eux-mêmes, lorsqu'ils sont appelés à remplir certains services publics, à faire certains actes, certaines déclarations auxquels se rattache un intérêt général, comme d'apporter leur témoignage en justice, de déclarer une naissance, aient, relativement à ces fonctions, à ces services ou à ces actes, une obligation plus rigoureuse, et puissent être punis pour les manquements, même non intentionnels, aux devoirs qui leur sont imposés à ce sujet; — 2° Par une raison semblable, on conçoit que certaines professions qui exigent des garanties, des connaissances ou une habileté spéciales, des précautions à prendre, parce que dans l'exercice qui en est fait des intérêts majeurs peuvent se trouver compromis, soient assujetties à des règlements ayant pour but de sauvegarder ces intérêts, et que les manquements, même non intentionnels, aux prescriptions de ces règlements soient punissables par la loi; — 3° A part ces devoirs de fonction, de service public ou de profession, même dans la vie privée, lorsque nous exerçons notre activité, il est des préjudices, l'homicide, par exemple, les blessures, dont les suites ne peuvent être d'avance mesurées, l'incendie ou les accidents sur les chemins de fer, qui peuvent avoir des conséquences incalculables, ou autres événements d'une nature tellement grave que nous ne saurions trop user de précautions, de prudence, de prévision, pour éviter de les occasionner, et que, si ces malheurs ont lieu par notre faute, quoique sans mauvaise intention de notre part, quelque désolés que

nous puissions en être, nous serons punissables pour y avoir donné lieu; — Enfin, un intérêt général ou municipal de perception des impôts, de tranquillité, de salubrité, d'ordre et de libre circulation, de conservation des monuments et des voies publiques, des forêts, des eaux, du poisson et du gibier, et tant d'autres semblables spécialités, peuvent nécessiter des règlements en fort grand nombre, qui imposent à notre activité des obligations ou des restrictions dont la violation, même non intentionnelle, sera punissable. — Les mots de négligence, imprudence, oubli, inattention, impéritie, inobservation des règlements, répondent à ces divers cas; et sont des nuances variées de la faute non intentionnelle, laquelle consiste toujours, en définitive, à n'avoir pas fait usage de nos facultés pour empêcher le délit de se produire.

385. Ce genre de faute, même dans les cas où il est puni, étant beaucoup moins grave que la faute intentionnelle, il en résulte que les peines qui y sont applicables sont nécessairement des peines inférieures, et que, sauf de rares exceptions, motivées par la gravité des circonstances, les délits non intentionnels ne doivent pas être élevés bien haut dans l'échelle de la criminalité.

386. Au cas de faute ou culpabilité soit intentionnelle, soit non intentionnelle, on oppose un troisième cas, celui des faits casuels, de pur accident ou de force majeure, survenus sans que nous ayons aucune faute à nous y reprocher, comme si quelqu'un, en courant rapidement, se jette sur moi violemment et me fait tomber sur un enfant que je blesse. Ces faits, puisque nous sommes moralement étrangers à la cause qui les a produits, n'y ayant figuré que comme instrument passif, ne nous sont pas imputables, et nous n'avons à en répondre ni civilement ni pénalement (1).

387. L'ignorance de certains faits, qui est le défaut de notion de ces faits, ou l'erreur, qui en est la notion fausse, peuvent faire disparaître l'intention du délit dans des actes dont nous sommes les auteurs volontaires, mais dont nous ne connaissons point la criminalité : comme si quelqu'un épouse une femme mariée la croyant libre, ou croyant administrer une substance bienfaisante, administre un poison, ou si l'exécuteur des hautes œuvres, trompé dans l'identité de la personne, ainsi qu'il arriva par le dévouement paternel de Loiserolles père, met à mort un autre que le condamné. Dans ce cas la culpabilité constitutive du crime disparaît. — Cependant on conçoit que si l'agent y a mis de la négligence, que si le devoir de sa profession ou la gravité de l'acte lui imposaient l'obligation de faire des recherches ou des vérifications qu'il n'a

(1) Ce cas a la plus grande analogie et peut s'identifier quelquefois avec celui de contrainte matérielle, dont il a été traité ci-dessus au n° 356; mais il ne faut pas le confondre avec les cas de contrainte morale par impérieuse nécessité (n° 357), dans lesquels l'agent a produit lui-même le mal et l'a produit intentionnellement, mais sous l'empire de la nécessité qui l'opprimait.

point faites et au moyen desquelles il lui eût été possible de s'éclairer, il pourrait y avoir de sa part culpabilité au moins civile, et que même la loi pénale pourrait prévoir une pareille faute et la frapper de peine dans les cas graves. — Ce que nous disons de l'ignorance ou de l'erreur sur le fait principal doit, par identité de raison, s'appliquer au cas d'ignorance ou d'erreur sur des faits formant circonstance aggravante de la criminalité : comme dans le parricide si le meurtrier ignore que celui à qui il donne la mort est son père, ou dans le crime de viol par un ascendant si l'ascendant ignore que la victime de sa brutalité est sa propre fille. La mesure de la criminalité s'arrête aux faits connus et ne s'étend pas aux faits inconnus de l'agent, sauf l'imputabilité de la négligence, à titre de faute non intentionnelle, dans les cas où il y a lieu (1).

388. Quant à l'ignorance de droit, on connaît cet adage : « *Nul n'est censé ignorer la loi.* » Si on le prenait comme exprimant une présomption, on aurait grand tort. Une présomption est une sorte de conséquence logique, tirée, par voie d'induction, du général au particulier, de ce qui a lieu communément au cas spécial dont il est question. Or, le fait général est-il que chacun connaisse toutes les lois ou la majeure partie des lois du pays où il vit? Est-ce là ce qui a lieu communément, ou n'est-ce pas précisément le contraire? Dans ce nombre infini de lois pénales, tant celles qui composent le Code que celles, en quantité bien plus grande, qui sont en dehors, est-il quelqu'un qui puisse dire, même parmi ceux dont la profession est de les étudier et de les appliquer, qu'il les connaît toutes ou presque toutes? Un voyageur étranger au moment où il passe la frontière d'un *État* se trouve-t-il illuminé tout d'un coup et instruit de toutes les lois pénales de cet Etat, lesquelles lui deviennent immédiatement applicables, et cette illumination se renouvelle-t-elle de législation en législation à mesure qu'il passe de pays en pays? Non certainement. Que signifie donc notre adage? Rien autre chose que ce fait, qu'une fois la loi publiée, et passé un certain délai suffisant pour que chacun soit à même de la connaître ou de s'en faire instruire au besoin, qu'il la connût ou qu'il ne la connût point, on la lui appliquera. Or, comment justifier une pareille manière d'agir en ce qui concerne le droit pénal? Là est la question.

S'il s'agit de crimes ou de délits de droit général, qui sont tels en tous les temps et par tous les pays, la raison qui est en chacun de nous suffit pour nous en faire connaître la criminalité et pour

(1) Le Code pénal prussien de 1851, quoique imité, en un grand nombre de ses dispositions, du Code pénal français, contenait, ce que ne fait pas le nôtre, un article spécial (§ 44) relatif à l'erreur de fait; de même dans le Code pénal d'Autriche, de 1852, § 2. L'article 59 du Code pénal de l'Allemagne du Nord, promulgué en 1870, décide également que l'on n'imputera point à l'agent, lorsqu'il les aura ignorés, les faits et les circonstances qui se rattachent à l'état légal du fait, et qui en aggravent le caractère.

en rendre le châtiment mérité. Qu'est-il besoin, pour qu'il y ait justice à punir l'auteur d'un meurtre, d'un vol, d'un incendie, de démontrer qu'il connaissait le texte législatif applicable au crime qu'il a commis et la peine édictée par ce texte ? La nécessité d'une loi préalable a, comme nous le verrons plus tard, un motif principal, celui d'éviter l'arbitraire ; quant à la connaissance, il suffit qu'il ait été possible à chacun de l'acquérir.

S'il s'agit de ces faits qui n'ont qu'une criminalité locale, qui peuvent être prohibés dans un pays ou dans un temps et non dans l'autre, parce qu'ils tiennent à des intérêts, à des situations ou à des usages particuliers, faits dont la criminalité, du reste, n'est jamais fort élevée dans l'échelle pénale, et qui se rangent pour la plupart au nombre des délits non intentionnels, c'est à chacun à s'informer, à se faire instruire de ce qui est permis ou de ce qui est défendu, lorsqu'il se trouve en quelqu'une des circonstances auxquelles ces lois particulières sont applicables. — On ne peut nier qu'ici l'ignorance de la loi, si cette ignorance vient d'un étranger, de quelqu'un qui était difficilement en état d'être informé de la prohibition ou de l'injonction, ne pût, en certains cas, être un motif d'atténuation ; mais nous croyons que ce ne sont là que des nuances de la culpabilité individuelle, appréciables seulement par le juge, dans les limites que la loi peut lui laisser pour graduer la peine. — Que si on oppose que les lois pénales peuvent être mauvaises et injustes, ce ne sera pas une objection contre ce que nous venons de dire, car alors elles sont mauvaises et injustes aussi bien contre ceux qui les connaissent que contre ceux qui les ignorent. — Dans le cas où l'erreur de l'agent n'a porté que sur le genre de peine ou sur la quotité, à plus forte raison n'a-t-il pas à s'en prévaloir. — Mais ces raisonnements n'affaiblissent en rien la nécessité qu'il y a pour chacun à ce que toutes mesures propres à faciliter la connaissance de la loi soient organisées, et à ce que la loi ne devienne obligatoire qu'après que cette connaissance a pu avoir lieu (1).

389. Un problème dont la solution est bien plus délicate en droit pénal est celui de savoir comment se devra mesurer la culpabilité dans les délits dont les conséquences auront dépassé l'intention du délinquant ; par exemple, voulant seulement blesser, l'agent a tué, car plus d'une fois, comme dit Loysel, « tel cuide

(1) Le projet de Code pénal italien (art. 62, § 2) érige en loi le principe que l'*ignorance de la loi n'exclut point l'imputabilité*. Chez nous, le décret du gouvernement de la Défense nationale, du 5 novembre 1870, qui a modifié les principes du Code civil sur la promulgation des lois, permet de tenir compte de l'ignorance d'une loi récemment publiée. L'article 4 de ce décret porte : « Les « tribunaux et les autorités administratives ou militaires pourront, selon les « circonstances, accueillir l'*exception d'ignorance* alléguée par les contreve- « nants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir « de la promulgation. »

ferir, qui tue (1) ; » voulant incendier un édifice, il a brûlé quelqu'un qu'il ignorait s'y trouver : sera-t-il puni pour ces conséquences absolument comme s'il en avait eu l'intention ? ou bien entreront-elles dans le calcul de la culpabilité à titre de faute non intentionnelle seulement ? ou bien enfin n'y entreront-elles pas du tout ?

390. Nous prendrons pour point de départ, et seulement comme prémisses de notre raisonnement, cette vérité incontestable, que, si la conséquence était nécessaire, inévitable suivant la loi physique des faits et évidente aux yeux de l'agent, celui-ci devrait être puni comme l'ayant eue en vue, car le nier serait de sa part déraison et subtilité : comme si, ayant coupé la tête à quelqu'un ou lui ayant arraché le cœur, il prétendait n'avoir pas voulu lui donner la mort. Or, il se peut faire que soit la première de ces conditions, le caractère inévitable, soit la seconde, le caractère d'évidence, manque, et c'est alors seulement que l'on conçoit la possibilité pour l'agent d'invoquer de sa part une absence d'intention quant à la conséquence qui a eu lieu ; alors seulement le doute s'élève.

391. 1° Si c'est la première de ces conditions qui manque, et qu'elle manque en ce sens que la conséquence, sans être nécessaire, inévitable, était néanmoins usuelle, dans l'ordre commun des faits, de telle sorte que c'eût été un heureux hasard qu'elle ne se fût point accomplie, nous dirons encore que l'agent devra être puni comme l'ayant eue en vue, sans être admissible à nier son intention à cet égard : comme si, incendiant ou faisant sauter à la mine une maison qu'il sait être habitée, il prétend n'avoir pas eu l'intention de tuer les personnes qui s'y trouvaient, ou si, tirant à bout portant un coup d'arme à feu en pleine poitrine d'un homme, il prétend n'avoir voulu que le blesser.

392. 2° Mais si, au contraire, la probabilité était en sens inverse, si habituellement le fait commis n'entraînait pas d'aussi malheureuses conséquences, comme s'il s'agit de coups ou d'administration de substances qui ont occasionné la mort n'occasionnant ordinairement qu'un moins grave préjudice ; — ou bien encore si c'est la seconde condition qui manque, c'est-à-dire si la conséquence n'était pas évidente aux yeux de l'agent, qu'elle fût raisonnablement ignorée de lui ou inaperçue, comme s'il avait de justes raisons de croire inhabité l'édifice qu'il a incendié, ou s'il est parfaitement démontré qu'il croyait que la substance par lui administrée ne devait produire qu'une incommodité passagère, tandis qu'elle était mortelle : — dans l'une et l'autre de ces hypothèses, nous estimons impossible de faire entrer avec justice ces conséquences dans la mesure de la culpabilité comme si l'agent en avait eu l'intention, et de punir cet agent pour le

(1) *Institutes coutumières*, liv. 6, tit. 1, n° 5.

crime le plus grave qu'elles constitueraient. Décider ainsi serait méconnaître la séparation qui existe entre l'intention criminelle et la faute non intentionnelle, et nous ne saurions approuver les législations positives qui ont cru pouvoir pousser leur sévérité jusque-là.

D'un autre côté, il serait pareillement injuste de ne tenir aucun compte de ces résultats. Doublement en faute à cet égard : en faute en commettant le délit qu'il avait en vue, en faute en n'ayant pas prévu, examiné et mis au pire, afin de s'en abstenir, les conséquences possibles de ce délit, l'agent sera punissable pour ces résultats qui ont dépassé son intention, à titre de culpabilité non intentionnelle ; cette culpabilité viendra se joindre à celle du délit qu'il avait en vue, et la pénalité s'en augmentera eu égard à la gravité des événements et à toutes les autres circonstances qui peuvent influer sur elle. C'est ainsi que nous aurons donné satisfaction à la fois, en les combinant, aux principes sur la culpabilité intentionnelle et à ceux sur la culpabilité non intentionnelle (1).

393. 3° Enfin, si l'agent a commis le délit au risque de tous les périls qui pourraient en advenir, n'ayant qu'une intention indéterminée relativement aux conséquences préjudiciables que ce délit pourrait avoir, mais n'en excluant aucune, comme s'il a exposé et abandonné un jeune enfant sans défense et sans probabilité de secours en un lieu désert où il courait des dangers évidents, ou s'il a posé quelque obstacle, fait quelque dérangement sur la voie d'un chemin de fer dans le but de faire dérailler les convois, ou s'il a tiré un coup d'arme à feu sur une foule, n'importe en ces trois exemples ce qui pût en arriver, les conséquences qui auront eu lieu, soit blessures, soit décès, soit toutes autres, lui seront imputées à crime comme s'il les avait voulues, puisqu'il les a comprises indirectement dans son intention.

Mais nous n'appliquerons cette solution que dans les cas où il s'agit des résultats mêmes de l'acte du délinquant, tels qu'on puisse raisonnablement les lui attribuer et l'en considérer comme la cause efficiente, la cause génératrice. S'il s'agit de conséquences indirectes qui constituent en réalité le crime d'une autre personne, conséquences auxquelles il a peut-être donné occasion, mais qui partent de l'initiative et de la criminalité d'autrui, nous ne saurions lui imputer comme s'il les avait voulus ces crimes qui sont le fait d'autrui et dont il n'avait pas l'intention ; comme s'il s'agit de crimes commis par certains individus dans une émeute, dans une insurrection, et dont on voudrait faire peser la responsabilité pénale sur les chefs qui n'y auraient aucunement participé ou qui les auraient même défendus. Doublement en faute à cet égard : en premier lieu pour avoir commis le crime ou le délit, qui y a donné occasion ; en second lieu, pour n'avoir pas mis les

(1) Ce système a été admis par l'article 38 du projet de Code pénal portugais.

choses au pire et prévu tous les résultats possibles, afin de s'abstenir de ce crime ou de ce délit, ils doivent en subir les conséquences pénales comme circonstance aggravante du crime ou du délit qui leur est personnel ; mais ils ne sauraient justement en recevoir la peine comme s'ils en étaient eux-mêmes les auteurs intentionnels.

394. Les cas dans lesquels on dit, suivant l'expression accoutumée, que nous sommes pénalement responsables des faits d'autrui, ou punis pour les faits d'autrui, rentrent encore dans le sujet qui nous occupe. Ce n'est, comme nous le savons déjà (ci-dess. n° 253), qu'en apparence et d'une manière impropre qu'on s'exprime ainsi. La science rationnelle n'admet pas que nous puissions jamais encourir aucune peine publique pour d'autres actions ou inactions que les nôtres ; et si nous sommes punis par suite de faits dont un autre est l'auteur, c'est que nous sommes en quelque faute à l'égard de ces faits, lors même que nous les avons ignorés : de telle sorte qu'en réalité nous sommes punis pour notre faute, la plupart du temps non intentionnelle. Nous sommes alors responsables *à l'occasion* du fait d'autrui, bien plutôt que *pour* le fait d'autrui.

Il pourra se faire fréquemment, en effet, que la personne exerçant une profession soumise à des règlements particuliers, le patron, le maître, le chef de famille, soient punissables pour les contraventions résultant des actes de leurs préposés, ouvriers, serviteurs par eux employés, ou des personnes de leur famille placées sous leur surveillance. La règle rationnelle consiste à considérer à qui, suivant la nature des faits et le but à se proposer, doit être imposée l'obligation de faire ou de faire faire l'acte prescrit, de s'abstenir de l'acte prohibé ou d'empêcher qu'il ait lieu. S'il résulte des idées de justice et d'utilité publique combinées que c'est au patron, maître ou chef de famille que cette obligation doit être imposée, c'est lui qui doit être punissable lorsqu'il y a été manqué dans l'exercice de sa profession, de son industrie, de son métier, ou dans sa famille, par les personnes dont il répond. Il devait ou ne pas s'en remettre à eux, ou les mieux surveiller, ou leur donner des instructions plus sévères, ou les mieux choisir (1). Mais si l'injonction ou la prohibition s'adresse à l'activité individuelle de chacun considéré en particulier, abstraction faite de l'idée d'autorité, de direction ou de surveillance, et qu'on ne puisse dire équitablement que le chef est en faute personnelle à cet égard, la loi pénale ne saurait justement lui en faire porter la peine.

Au surplus, de l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer il résulte que la culpabilité dont il s'agit ici étant la plupart du

(1) Toutefois, le *choix* n'étant pas possible pour le père de famille, ni même souvent pour le patron, leur responsabilité est moins étendue que celle du maître ou commettant. — (Cod. civ., art. 1384.)

temps une culpabilité non intentionnelle, le degré ne peut s'en élever bien haut, et que, tout en la proportionnant à la gravité du devoir de surveillance qui nous était imposé, il ne peut y être question que de peines inférieures.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

395. L'ancienne jurisprudence ne manquait pas de textes dans le droit romain pour construire sa doctrine générale sur l'intention de délinquer, sur la faute non intentionnelle et sur l'accident; elle en trouvait dans les titres du Digeste ou du Code relatifs à de véritables questions de droit criminel (1), mais surtout dans les détails minutieux, les nombreux exemples et les distinctions multipliées que la pratique des affaires avait suggérés aux jurisconsultes romains à propos de l'application de la loi Aquilia (2). — C'est au droit romain que l'ancienne jurisprudence européenne avait emprunté l'expression de dol (*dolus malus*) pour désigner l'intention du délit, lequel dol se trouvait ainsi opposé à la faute (*culpa*) dans les termes du droit pénal, de même que dans ceux du droit civil, mais avec une acception véritablement toute différente; de telle sorte que ce vice de langage faisait amphibologie, et jetait plus d'une confusion d'idées entre ces deux branches du droit si diverses en leur principe (3).

396. L'ancienne jurisprudence y avait joint, sur les différentes espèces du dol, des divisions subtiles et compliquées (4), dont quelques-unes ne manquent pas, si l'on veut, d'exactitude, mais qu'il est bien plus simple de laisser à l'appréciation du juge de la culpabilité dans chaque cause, sans aller embarrasser ce juge en une telle scolastique.

C'est aussi dans le même esprit qu'elle avait divisé le dol en trois degrés (*summus, medius, infimus*), de même que la faute

---

(1) Dig., 48, 19, *De pœnis*, 5, § 2, Fr. Ulp., et 11, § 2, Fr. Marcian. — 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 1, § 3, § Fr. Marcian., et 7 Fr. Paul. — Cod., 9, 16, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 1, constit. Anton., et 5, constit. Dioclet. et Max.

(2) Dig., 9, 2, *Ad legem Aquiliam*. — L'ancienne jurisprudence y joignait même les nombreux textes du droit romain relatifs au dol et à la faute en matière d'obligations civiles.

(3) C'est dans quelques textes de droit romain qu'on trouve l'expression de *dolus malus*, même en matières criminelles, pour désigner le dessein coupable : Dig., 48, 8, *Ad. leg. Corneliam de sicariis*, 1, pr., et § 1, Fr. Marcian. — Et l'on a soin d'y dire qu'en ces matières la faute lourde (*culpa lata*) n'est pas, comme dans celles de droit civil, assimilée au dol : Dig., 48, 8, *Ad leg. Cornel.*, 7, Fr. Paul.

(4) Dol existant réellement et dol présumé (*verus, præsumptus*); dol général, intention de délinquer si l'occasion s'en présente, et dol spécial (*generalis, specialis*); dol indéterminé, intention du fait à tout risque de ce qui pourra en résulter, comme si quelqu'un tire un coup d'arme à feu au milieu d'une foule, et dol déterminé (*indeterminatus, determinatus*); dol réfléchi, prémédité, et dol spontané, inspiré par l'impulsion des passions (*nequitia, impetus adfectuum*).

(*lata, levis, levissima*), suivant l'interprétation qu'elle faisait de certains textes du droit romain. Ce n'est pas trois degrés, c'est une infinité de degrés, du plus au moins, que peuvent avoir la criminalité de l'intention et celle de la faute non intentionnelle ; mais c'est au juge de la culpabilité, dans le cas où la loi n'en a pas fait l'objet de quelque disposition formelle, à apprécier ces nuances variées, et à en tenir compte entre les limites qui lui sont laissées.

397. L'homicide involontaire, par imprudence ou même sans faute, a eu dans les mœurs antiques un caractère spécial. Il semblait à l'homme qu'il devait expier par un exil volontaire le malheur dont il avait été la cause non intentionnelle ; les vers d'Homère, cités encore par les jurisconsultes romains, et les lois de Platon nous portent témoignage de ces vieilles coutumes des anciens Grecs (1). — Quelque chose de semblable existait dans les mœurs de nos pères et dans les divers États de l'Europe. Suivant la pratique de notre ancien droit pénal, si l'homicide était purement casuel ou de force majeure, sans aucune faute de la part de l'agent, il n'y avait lieu à aucune peine, ni même à aucune condamnation en dommages-intérêts, et toutefois l'usage du royaume, quoique la nécessité en fût contestée par quelques-uns, était de recourir même en ce cas à des lettres de rémission du prince. Que s'il y avait eu faute par imprudence, faute non intentionnelle, l'*homicidiaire,* outre les dommages-intérêts à sa charge, devait être condamné à une amende à employer en majeure partie en œuvres pies pour l'âme du trépassé : et quant à la peine afflictive, il n'y échappait qu'au moyen des lettres de rémission du prince, qu'il était d'usage de demander et d'octroyer (2).

398. Du reste, nos anciennes ordonnances, sauf ce qu'elles disent de ces lettres de rémission, ne contiennent rien de réglementaire sur tout le sujet que nous venons d'examiner.

399. Sous la législation de la Constituante et sous celle de brumaire an IV, l'appréciation de l'intention en matière de délits de police municipale et de police correctionnelle, lorsque cette

---

(1) DIGEST., liv. 48, tit. 19, *De pœnis,* loi 16, § 8, fragment de Claudius Saturninus.

(2) BOUTEILLER, *Somme rural :* « Item qui occist autre par cas d'adventure, par la raison escrite (le droit romain) n'en doit pour ce choir en peine..... ; combien que les coustumiers dient que crime n'a point d'adventure qu'il ne chée en peine de mort, ou rémission de Prince. » (Liv. 2, tit. 40, p. 870.) — JOUSSE, *Traité de la justice criminelle,* part. 4, tit. 21, art. 7, n° 100 (tom. 3, p. 523). — Cet homicide (*per infortunium or misadventure*), dans l'ancienne loi anglaise, entraînait toujours confiscation des biens personnels ou *chattels,* ou d'une partie de ces biens *in pios usus ;* et du temps de Blackstone, on n'échappait encore à cette confiscation qu'au moyen d'un *writ* de pardon et de restitution des biens, obtenu du Roi en payant les frais d'impétration. (BLACKSTONE, liv. 4, ch. XIV, §§ 2 et 3.)

intention était nécessaire pour constituer le délit, rentrait dans les pouvoirs généraux du juge chargé de statuer sur la culpabilité. Mais en matière criminelle, devant le jury, la loi d'organisation du 19 septembre 1791, et après elle le Code des délits et des peines de brumaire an IV, avaient voulu qu'après la première question : « Tel fait est-il constant?... » et la seconde : « L'accusé est-il convaincu de l'avoir commis ?... » vinssent, en troisième rang, toutes les questions relatives à l'intention, ce que le Code de brumaire an IV appelait la *moralité du fait* (1). C'était le président qui devait poser ces questions telles qu'elles résultaient soit de l'acte d'accusation, soit de la défense, soit du débat, suivant la diversité des faits et sans qu'elles fussent limitées par la loi (voir deux applications ci-dessus, nos 337 et 370). L'Assemblée constituante avait fait suivre sa loi d'organisation du jury et de procédure, comme ses autres lois les plus importantes, d'une instruction destinée à en faciliter l'application; on peut voir encore dans cette instruction quelle signification et quelle latitude elle donnait à ces questions intentionnelles (2).

Si la réponse du jury était que le fait avait été commis *involontairement, sans aucune intention de nuire, non méchamment, non à dessein,* la loi de septembre 1791 et le Code de brumaire an IV ordonnaient que l'accusé fût acquitté (3). Ce qui n'empêchait pas toutefois que le fait, même ainsi qualifié, ne pût être punissable, suivant les cas, comme délit de police municipale ou correctionnelle, ainsi que nous en avons un exemple dans le Code pénal de 1791, au sujet de l'homicide et des blessures par imprudence ou par négligence (4).

---

(1) L. 16-29 septembre 1791, 2e part., tit. 7, art. 21 : « Le président posera les questions relatives à l'intention résultant de l'acte d'accusation, ou qu'il jugera résulter de la défense de l'accusé ou du débat....., etc. — Code du 3 brum. an IV, art. 374 : « La première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation est constant ou non; la seconde, si l'accusé est ou non convaincu de l'avoir commis ou d'y avoir coopéré. Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait et le plus ou le moins de gravité du délit, résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé ou du débat....., etc. — Voir aussi, au même Code, l'exemple fourni par l'art. 379; voir l'art. 393 : « Le juré qui a déclaré le fait constant et l'accusé convaincu donne ensuite sa déclaration sur la moralité du fait, d'après les questions intentionnelles posées par le président : » et l'art. 397. — Mais on a souvent, abusé, dans le droit intermédiaire, de la question intentionnelle, en confondant avec l'intention du délit le motif qui détermine l'agent à le commettre. (Voir no 379).

(2) Instruction pour la procédure criminelle, du 29 septembre 1791.

(3) L. 19 septembre 1791, 2e part., tit. 8, art. 2. — Code de brum. an IV, art 425.

(4) Code pénal, 25 septembre-16 octobre 1791, 2e partie, tit. 2, art. 2 : « En cas d'homicide commis involontairement, mais par l'effet de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime, et l'accusé sera acquitté; mais, en ce cas, il sera statué par les juges sur les dommages-intérêts, et même sur les peines correctionnelles, suivant les circonstances; » — art. 18, pour les blessures. — La loi du 19-22 juillet 1791,

Mais si le fait n'était que le résultat d'un pur accident, sans aucune sorte de faute de la part de l'agent, il ne devait y avoir aucune condamnation, ni pénale ni même civile, ainsi que s'en expliquait formellement le Code pénal de 1791, au sujet de l'homicide purement casuel (1).

400. Dans notre procédure actuelle, depuis le Code d'instruction criminelle de 1808, les trois questions dont nous venons de parler sont réunies en cette seule question principale : « L'accusé est-il coupable ? » De telle sorte que, tant en matière criminelle qu'en matière de simple police ou de police correctionnelle, le jury ou le tribunal ont le même problème complexe à résoudre. Quel rôle y doit jouer l'intention ? — Le Code pénal, dans sa partie générale, n'a donné là-dessus aucune règle commune, aucune loi d'ensemble : c'est seulement dans sa partie spéciale que, à propos des délits en particulier, il contient, à l'égard de quelques-uns, des dispositions *ad hoc*, que l'on peut chercher à coordonner pour en faire sortir autant que possible la généralité du système du Code.

401. Le Code a souvent fait entrer dans la définition même du crime ou du délit la mention de l'intention en ces termes : *volontairement, sciemment, avec connaissance, sciemment et volontairement, à dessein, dans la vue de nuire, méchamment, frauduleusement,* et autres semblables. Il l'a fait surtout pour les cas où il s'agit d'actes qui pourraient facilement avoir eu lieu sans mauvais dessein (2). A l'égard de ces dispositions aucun doute n'est possible ; la question de l'intention se trouve nécessairement posée au jury, s'il s'agit de crime, dans les termes mêmes employés par la loi en la définition du crime ; et s'il s'agit de délit correctionnel ou de simple police, elle est pareillement indiquée et résolue par le jugement, qui doit se baser sur la définition de la loi et en contenir même le texte.

402. D'autres fois le Code a pris soin, à propos d'un même fait, d'opposer le cas où il aurait été commis avec intention à

---

relative à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, tit. 2, art. 15, détermine la peine.

(1) Code pénal, 25 septembre-16 octobre 1791, 2e partie, tit. 2, art. 1 : « En cas d'homicide commis involontairement, s'il est prouvé que c'est par un accident qui ne soit l'effet d'aucune sorte de négligence ni d'imprudence de la part de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine ni même aucune condamnation civile. »

(2) Code pénal : art. 251, bris de scellés ; 317, administration de substances nuisibles ; 379, soustraction *frauduleuse ;* 407, abus de blanc-seing ; 417, avoir fait passer en pays étrangers des directeurs, commis ou ouvriers d'un établissement, *dans la vue de nuire* à l'industrie française ; 419, avoir opéré la hausse ou la baisse par des bruits faux ou calomnieux *semés à dessein* dans le public ; 435, 437, 439, 443, avoir *volontairement* détruit, brûlé, etc., des édifices, navires, chantiers, ponts, etc., des registres, titres, billets, etc., ou *volontairement* gâté des marchandises ou matières servant à fabrication. — Pour les contraventions de simple police, art. 475, n° 8, et 479, nos 1 et 9.

celui où il l'aurait été sans intention, parce qu'il a voulu punir les deux cas, quoique l'un moins sévèrement que l'autre (1). Alors encore aucun doute n'existe.

403. Mais, hors de là, de ce que le Code n'a pas exprimé textuellement, dans la définition du crime ou du délit, la condition de l'intention, faut-il en conclure que cette condition n'est pas exigée, et que la faute même non intentionnelle constitue le délit? En d'autres termes, à quoi reconnaître, dans notre législation positive, quels sont les actes que la loi punit même abstraction faite de toute intention coupable, et quels sont ceux qui ne constituent de délit que lorsque cette intention s'y rencontre? Comment surtout résoudre cette question, si importante dans la pratique de chaque jour par les conséquences qui y sont attachées, si l'on considère soit les textes du Code pénal, soit ceux des nombreuses lois spéciales qui existent en dehors de ce code?

On ne peut poser pour règle qu'il faille s'en tenir à cet égard aux termes mêmes de la loi ; car souvent les termes de la loi font défaut et laissent à la jurisprudence le soin de discerner l'une de l'autre ces deux variétés de délits. C'est donc à la jurisprudence à résoudre la question pour chaque cas, en s'inspirant des principes rationnels et de l'esprit de la loi q'il s'agit d'appliquer.

404. Si nous cherchons à émettre quelques idées qui puissent servir de guide à cet égard, voici ce que nous dirons :

1° En matière de crimes et de délits de police correctionnelle, la règle ordinaire est que l'intention, même dans le silence de la loi, forme une condition constitutive du fait réprimé. Toutefois il en est autrement non-seulement lorsque la loi l'a déclaré textuellement, mais encore lorsque de la nature même de l'acte en question, du but que la loi s'est proposé en le défendant ou en l'ordonnant, et des principes de raison appliqués à cette prohibition ou à cette injonction, on est autorité logiquement à conclure que l'accomplissement ou l'omission de l'acte, quoique n'ayant eu lieu que par une faute non intentionnelle, suffit pour entraîner la peine. A cette donnée générale nous ajouterons cette autre réflexion, que, dans les cas où il s'agit d'une loi qui commande de faire certain acte sous la sanction d'une peine, on sera porté généralement, avec raison, à conclure que cette loi veut punir

(1) Art. 155, délivrance de passe-port à personnes supposées, — 192, 193 et 194 opposés aux articles 195, 177, 340; divers actes d'officiers de l'état civil ou autres fonctionnaires, par négligence ou collusion; — 237, 238, 239, 240, évasion de détenus; — 249, 250, 251, 252, bris de scellés; — 254, et 255, soustraction ou destruction de pièces; — 295 et suiv. opposés à l'article 319, homicide; — 309 à 312 opposés à l'article 320, blessures ou coups; — 389, 456, enlèvement ou déplacement de bornes; — 434, 458, incendie; — 423, 424, opposés aux art. 479, nos 5 et 6, et 481, n° 6, poids ou mesures prohibés.

même la simple négligence. Quant aux cas où il s'agit d'une défense, ce qui a lieu dans la majeure partie des lois pénales, il est vrai que cette indication manque : cependant, si l'on y regarde bien, on trouvera le plus souvent une tournure prohibitive particulière à celles de ces lois qui veulent défendre un fait d'une manière absolue, jusqu'à punir la négligence, l'oubli ou l'inattention apportés au respect de cette prohibition. — La règle ordinaire que nous venons de poser comme commune aux crimes et aux délits correctionnels est encore plus étroite pour les premiers que pour les seconds : on ne conçoit guère, en effet, que la simple faute non intentionnelle puisse être punie de peines criminelles ; on en peut citer cependant divers exemples dans le Code et dans quelques-unes de nos lois (1).

2° A l'égard des contraventions de simple police, la nature même de l'infraction et le but que se propose la loi en les punissant veulent que la règle ordinaire se renverse : l'intention n'est pas nécessaire pour qu'il y ait punition, à moins que la loi ne l'ait exceptionnellement et textuellement exigée (2).

405. Enfin, si l'on veut jeter un dernier jour sur la question, en dressant un tableau général méthodique des cas très-nombreux dans lesquels le Code pénal ou les lois spéciales ont voulu frapper de peines publiques la faute même non intentionnelle, on pourra les ranger suivant les quatre catégories que nous avons déjà rationnellement indiquées ci-dessus, n° 384 (3).

---

(1) Art. 119, contre les fonctionnaires publics chargés de la police administrative ou judiciaire qui auront refusé ou *négligé* de référer à une réclamation légale tendant à constater les détentions illégales et arbitraires : peine criminelle, la dégradation civique ; — art. 199 et 200, contre le ministre du culte qui aura procédé aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié de l'acte reçu par l'officier de l'état civil : la première *contravention* et la première récidive, peine correctionnelle ; la seconde récidive, peine criminelle, la détention. Il est vrai que dans l'idée du législateur cette seconde récidive semblait indiquer une résistance intentionnelle, qui n'a plus de raison d'être aujourd'hui ; mais le Code ne l'exprime pas ; il exprime, au contraire qu'il s'agit de contravention ; — art. 10 de la loi du 3 mars 1822 sur la police sanitaire, dégradation civique pour certaines négligences.

(2) Art. 475, n° 8, et 479, n^os^ 1 et 9, déjà cités ci-dessus, p. 166, not. 2.

(3) 1° *Fonctionnaires et préposés, citoyens appelés à remplir certains services publics, à faire certains actes, certaines déclarations :* Code pénal, art. 119, fonctionnaires publics chargés de constater les détentions légales et arbitraires ; 155, officiers publics chargés de la délivrance des passe-ports ; 192, 193, 194, officiers de l'état civil ; 196, tout fonctionnaire entré en exercice de ses fonctions sans avoir prêté le serment voulu : 199, ministres d'un culte ; 237 à 240, préposés à la conduite, au transport ou à la garde des détenus ; 249, 250, gardiens de scellés ; 254, greffiers, archivistes, notaires ou autres dépositaires de pièces ; 346, déclaration d'accouchement ; 347, remise à l'autorité ou déclaration d'enfant nouveau-né qui aurait été trouvé ; plus, les nombreuses dispositions des autres codes ou des lois spéciales qui peuvent se ranger sous cette rubrique. — 2° *Certaines professions qui exigent des garanties, des connaissances ou une habileté spéciales, des précautions à prendre ou une surveillance de l'autorité :* nombreuses lois spéciales réglementaires de ces professions.

406. En résumé, on voit que parmi ces faits figurent, d'après nos lois, quelques crimes, de nombreux délits correctionnels et presque toutes les contraventions de police simple.

407. Notre Code pénal n'a rien dit non plus de général sur l'ignorance ou l'erreur de fait ou de droit.

Quant à l'erreur de fait, quelques dispositions particulières, que nous aurons à expliquer plus tard peuvent s'y référer (1); mais on voit que le législateur ne s'est point guidé sur un principe certain et réglementaire, et ses dispositions à cet égard ne sont pas toujours à l'abri de la controverse ou de la critique. Cependant, partout où le texte n'y fera pas obstacle, nous appliquerons la règle rationnelle exposée ci-dessus, n° 387.

Quant à l'ignorance du droit, elle reste, sans aucun doute, sous l'empire du principe général que le délinquant ne saurait s'en prévaloir pour échapper à la punition : le juge toutefois, dans les cas où il a la faculté de se mouvoir entre un *maximum* et un *minimum*, ou d'avoir égard aux circonstances atténuantes, pourrait prendre cette ignorance en considération comme nuance de la culpabilité individuelle, suivant les observations que nous avons faites au point de vue rationnel (n° 388).

408. Rien non plus de général ou de réglementaire dans le Code pénal relativement à la mesure dans laquelle le délinquant

---

— 3° *Certains préjudices, certains risques si graves, que nous sommes obligés toujours, dans l'exercice de notre activité, d'apporter la plus grande attention à les prévenir :* Code pénal, 319, homicide ; 320, blessures ; 458, incendie ; 459 à 462, maladies contagieuses d'animaux ou de bestiaux ; art. 19, 20 et 21 de la loi spéciale du 15 juillet 1845, accidents sur les chemins de fer, etc. — 4° *Enfin, intérêt général ou municipal de perception des impôts, de tranquillité, de salubrité, d'ordre et de libre circulation, de conservation des monuments et des voies publiques, des forêts, des eaux, du poisson, du gibier et autres semblables spécialités.* Plusieurs articles du Code pénal se rangent sous cette rubrique : art. 259, port public illégal de costume, uniforme ou décoration ; 271, vagabondage ; 274, mendicité ; 291 à 294, association de plus de vingt personnes ; 358, inhumation sans autorisation préalable ; 456, conservation des fossés, clôtures, haies, bornes ou pieds corniers ; plus tous les articles constitutifs de contraventions de simple police, à moins que la loi n'y ait exprimé formellement la nécessité de l'intention. Mais c'est ici surtout que se rangent un grand nombre de lois spéciales sur les forêts (Code forestier), sur la pêche fluviale, sur la police rurale, sur la chasse, sur la voirie et le roulage, sur les chemins de fer, sur les télégraphes électriques, sur la police sanitaire, sur les contributions indirectes, sur la poste aux lettres et la poste aux chevaux, sur les douanes, sur l'imprimerie, sur la presse, et tant d'autres innombrables dispositions conçues dans le même esprit.

(1) Cod. pén., art. 60, 61, 62, 63, 83, 96, 99, 135, 154, 248, 268 et 400. — On peut aussi rapporter ici l'article 317, §§ 4 et 5, lequel, rapproché par comparaison de l'article 309, et confronté d'une part avec l'article 301, qui définit le crime d'empoisonnement, d'autre part avec l'article 295, qui définit le meurtre, présente de sérieuses difficultés sur le fait de celui qui aurait occasionné la mort de quelqu'un, sans intention de la donner, en lui administrant volontairement une substance qu'il croyait de nature seulement à produire une maladie ou indisposition passagère, et dont il ignorait le caractère mortel.

doit être puni à raison des conséquences préjudiciables de son délit, lorsque ces conséquences ont dépassé son intention ; mais seulement des dispositions particulières sur quelques cas spécialement prévus, dispositions qui n'offrent pas de caractère d'unité ni de fixité dans les principes (1).

409. Rien non plus enfin de général sur la responsabilité à l'occasion des faits d'autrui. Certaines lois spéciales en matière de contraventions prévues par elles ont quelquefois déclaré formellement la responsabilité pénale des patrons, maîtres ou gens exerçant certaines professions, à l'occasion des faits de leurs ouvriers, serviteurs ou agents (2) : aucun doute n'existe alors. Mais, quand la loi ne s'explique pas à cet égard, et c'est la majeure partie des cas, notamment dans le Code pénal au sujet des contraventions par lui spécifiées, comment déterminer s'il faut admettre ou repousser cette responsabilité ? Le soin en est laissé à la jurisprudence, qui dans la pratique résout diversement, espèce par espèce, la difficulté. Nous croyons que ce sont les principes rationnels par nous exposés ci-dessus (n° 394) qui doivent être pris pour base de semblables décisions.

Le Code pénal a été beaucoup plus loin, en imputant, dans cer-

---

(1) Le Code pénal a tenu compte du résultat préjudiciable du délit, mais seulement comme circonstance aggravante qui fait augmenter la peine : art. 309, 310, dans le cas de coups et blessures, suivant qu'elles ont occasionné la mort sans intention de la donner (crime), une maladie ou incapacité du travail personnel pendant plus de vingt jours (délit grave), ou une maladie ou incapacité de moins de durée (délit moindre). Il faut remarquer que sous le Code de 1810 la jurisprudence, en cas de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, imputait à l'accusé cette mort comme s'il l'avait voulue et appliquait la peine du meurtre. Les dispositions nouvelles ont été introduites par les révisions (lois de 1832 et de 1863). — Art. 317, même distinction, introduite également en 1832, quant à l'administration de substances nuisibles à la santé ; sauf ce qui concerne le cas de mort, que la loi n'a pas suffisamment réglé en cette hypothèse. — Art. 461, dans le cas de maladie contagieuse occasionnée en laissant communiquer avec d'autres les animaux ou bestiaux infectés.

Le Code impute au délinquant le résultat préjudiciable et le punit comme s'il l'avait eu en vue : art. 351, dans le cas d'exposition et de délaissement en un lieu solitaire d'un enfant au-dessous de sept ans accomplis ; — art. 434 et 435, incendie d'édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, même non habités ni servant à l'habitation, ou de forêts, bois taillis, récoltes sur pied ou abattues, en tas ou en cordes, en tas ou en meules, si la mort, de quelqu'un en est résultée, peine de mort. — Art. 437, même disposition pour la destruction ou le renversement, par quelque moyen que ce soit, en tout ou en partie, d'édifices, ponts, digues ou chaussées, ou autres constructions, s'il y a eu homicide. — On peut ajouter pour exemple une disposition analogue à celle de cet article 437, dans la loi sur les chemins de fer, du 15 juillet 1845, art. 16, relativement à l'homicide ou aux blessures occasionnées par quiconque aurait volontairement détruit ou dérangé la voie de fer, placé un objet faisant obstacle à la circulation ou employé un moyen quelconque pour entraver la marche des convois ou les faire sortir des rails.

(2) Loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage et des messageries publiques, art. 7 et 13. — Code forestier, art. 46, 199.

tains cas, même des crimes à des personnes qui ne les ont pas commis, qui peuvent même les avoir ignorés et n'en avoir eu aucunement l'intention (1).

CHAPITRE III

DE L'AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SON CORPS

410. Le corps fournit aux facultés psychologiques de l'homme l'instrument pour s'exercer, les forces physiques à mettre en jeu ou à retenir. Considérer l'agent du délit dans son corps, c'est donc le considérer dans l'instrument physique d'exécution : il s'agit de savoir de quelle manière et jusqu'à quel point le délinquant a participé de son corps au délit commis.

411. Cet examen n'offre aucune importance en ce qui concerne l'imputabilité, par la raison que la matière ne saurait être cause première ni cause raisonnable ; ces deux conditions essentielles de l'imputabilité ne résident que dans le moral.

Il en offre fort peu quant à la mesure de la culpabilité, par la raison que c'est aussi dans l'élément moral que la culpabilité a son principal fondement. Cependant, comme elle est susceptible de s'empreindre en ses nuances diverses d'un reflet de toutes les circonstances qui se rencontrent dans le délit (ci-dess., n° 229), on conçoit que la considération du corps puisse y apporter, selon les cas, du plus ou du moins, sans que cette influence sorte des limites de la culpabilité individuelle et de l'appréciation à faire par le juge de la culpabilité dans chaque cause.

412. Ainsi, l'homme a-t-il exécuté lui-même l'acte qu'il a résolu (le moral et le corps) : il est à la fois auteur moral et auteur matériel du délit. C'est le cas le plus fréquent.

413. Mais il pourrait se faire que, l'ayant conçu et résolu, il le fît exécuter par un autre à prix d'argent ou par des promesses, par des menaces, s'abstenant quant à lui d'y coopérer physique-

(1) Art. 61, crimes et délits commis par des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences spécifiés audit article, imputables aux personnes qui, connaissant la conduite criminelle de ces malfaiteurs, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, comme s'ils en étaient les complices. — Art. 191, crimes survenus par suite des ordres ou réquisitions illégales prévus en l'art. 188 : peine de ces crimes applicable aux fonctionnaires qui ont donné lesdits ordres ou fait lesdites réquisitions. — Art. 313, crimes et délits prévus dans les articles 295 et suiv., savoir : meurtre, assassinat, coups, blessures, etc., qui, s'ils ont été commis en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillage, seront imputables aux chefs comme s'ils les avaient personnellement commis. — La loi sur les chemins de fer, art. 17, a reculé devant toutes les conséquences de cette rigueur, qui n'est point conforme aux principes de la justice rationnelle (ci-dessus, n° 393), et les a adoucies lorsque la peine ainsi encourue serait celle de mort.

ment (le moral sans le corps) : auteur moral sans être auteur matériel, le délit ne lui en serait pas moins imputable, sauf à apprécier les nuances de la culpabilité individuelle, qui pourra s'abaisser ou peut-être s'élever à raison de cette circonstance, suivant chaque cas. Nous verrons cependant (n° 1298) que le Code pénal (art. 59 et 60) ne considère comme auteurs d'un délit que les auteurs matériels.

414. Enfin, si l'homme a produit l'acte physiquement, sans que le moral y ait eu sa part (le corps sans le moral), comme lorsqu'il est contraint par une force matérielle irrésistible, ou bien dans certains autres cas par nous examinés aux précédents chapitres, auteur matériel sans être auteur moral, il n'y a pas d'imputabilité.

415. On voit par ces trois hypothèses, qui sont les seules possibles, combien a peu d'importance la considération du corps ou instrument physique, quant à l'imputabilité, et même quant à la mesure de la culpabilité abstraite ou générale. En procédure, pour ce qui concerne les éléments de preuve, elle en a bien davantage.

CHAPITRE IV

DE L'AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SES DROITS

416. Tout n'est pas dit lorsqu'il est établi que l'agent a fait, en état de raison et de liberté, avec l'intention du mal qu'il a produit, un acte rentrant par le préjudice occasionné dans la définition d'un crime ou d'un délit; car s'il avait le droit, même le devoir d'agir ainsi, l'acte lui serait sans doute imputable; mais, loin qu'il y eût place à aucune culpabilité, il lui serait souvent imputable à bien, imputable à éloge ou à honneur. — Que si on suppose les conditions constitutives du droit de l'agent incomplètes, ou si l'agent a dépassé les limites de son droit, alors la culpabilité existe, mais elle est atténuée. — Soit donc pour la question de l'existence, soit pour celle de la mesure de la culpabilité, après l'étude de l'agent dans son moral et dans son corps, il reste à l'étudier dans ses droits.

§ 1. Du droit de légitime défense.

1° *Suivant la science rationnelle.*

417. Du droit de conservation et de bien-être qui appartient à l'homme, dérive pour lui le droit de repousser par la force les agressions injustes dont il serait l'objet.

418. Vivant, par la propre loi de sa création, en société, les forces collectives de l'association sont organisées pour le mettre à l'abri de semblables agressions et pour le défendre au besoin, de

telle sorte que les luttes privées ne soient plus nécessaires et soient interdites généralement.

419. Mais la force sociale n'est pas toujours présente, et même présente il pourrait se faire qu'elle ne fût pas en état de défendre avec efficacité l'individu en danger : alors celui-ci a le droit incontestable de recourir à sa force personnelle, à la défense privée, à défaut de la défense publique, qui est absente ou insuffisante.

420. De là découlent les premières conditions à assigner au droit de défense : il faut que l'agression soit injuste, autrement le droit de la repousser n'existerait pas ; ainsi le malfaiteur que la force publique poursuit et veut arrêter ne peut pas se dire en état de légitime défense. — Ce qu'on ajoute, qu'il faut qu'elle soit violente, doit s'entendre en ce sens qu'elle emploie une force de fait à produire la lésion de droit à laquelle elle tend : sinon il n'est pas nécessaire de recourir à la force pour la repousser. — Il faut qu'elle soit présente, faisant courir un péril imminent : si elle est passée, le mal est fait, il ne s'agit plus de se défendre contre elle, mais seulement de la faire punir s'il y a lieu, et prétendre la punir soi-même serait non plus défense, mais vengeance; si elle est future, c'est-à-dire consistant seulement en menaces pour l'avenir, on a le temps d'y pourvoir, l'emploi immédiat de la force n'est pas motivé. — Enfin il faut que les circonstances soient telles que la personne attaquée en soit réduite à faire usage de sa propre énergie, de ses propres forces de résistance et de protection individuelles; si elle peut recourir à l'autorité, appeler à l'aide efficacement et qu'elle se trouve suffisamment garantie par le secours public qui lui arrive, la lutte privée ne doit plus avoir lieu.

421. Sur tout cela on est d'accord. Un point qui offre plus de difficultés est de savoir contre quelle sorte de dangers l'homme est autorisé à se défendre ainsi. Est-ce seulement contre un danger de mort ou contre tout péril dont l'agresseur le menace, soit dans son corps, soit dans son moral, soit dans ses droits, y compris même les droits purement pécuniaires qui n'ont trait qu'à la fortune ? Nous tenons pour constante l'affirmative générale : du moment qu'il est attaqué injustement dans l'un quelconque de ses droits, si toutes les conditions précédentes sont d'ailleurs remplies, l'homme a le droit de se défendre contre la lésion imminente que veut lui faire subir l'agresseur ; car entre lui, dont le droit est mis en péril, et l'agresseur, qui veut violer son droit, à qui est-il juste, est-il désirable que la force reste ? Évidemment à lui, dans tous les cas. — Sur une route du Bas-Canada, durant l'été de 1862, une jeune indienne de la tribu des Chippewas, voyageant avec une de ses compagnes et un Indien de leur tribu, est rencontrée et remarquée par un blanc. En butte aux provocations et aux poursuites déshonnêtes de ce blanc, elle cherche, avec ses compagnons, à s'éloigner à travers champs. Franchissant une haie, l'Indien, au lieu de la défendre, était déjà loin ; sa com-

pagne avait passé à son tour; elle, au moment de sauter la haie, se trouve saisie par ses vêtements et retenue de force. D'un geste, compris aussitôt, elle a demandé et reçu de sa compagne, à travers la haie, un couteau tout ouvert. Le brandissant en signe de menace, elle commande vainement à son insulteur de s'arrêter, et devant le péril imminent de l'outrage, elle plonge son couteau dans la poitrine du blanc. Celui-ci n'en mourut pas. Frappée d'un mandat du juge, au milieu des cris de vengeance des Chippewas, la jeune peau-rouge déclara qu'elle était résolue à obéir, à aller mettre à l'épreuve la justice des blancs. Refusant les hommes de la tribu qui voulaient tous lui faire escorte, accompagnée de ses parents seulement, elle comparaît et se voit traduite devant le grand jury, à Saint-Thomas, sous l'inculpation de tentative de meurtre. Mais là, voici le verdict du grand jury : « Qu'il n'y a pas lieu à accusation contre elle parce qu'elle a agi en légitime défense » ; et les ovations et les félicitations de la population blanche précèdent pour la courageuse fille peau-rouge celles qu'elle va bientôt recevoir au sein de sa tribu (1).

422. Malgré la généralité du principe, nous ferons, cependant, à l'égard des biens deux observations :

1° Il peut fréquemment arriver, en ce qui les concerne, que le mal dont nous sommes menacés en eux soit un mal facile à faire réparer après coup par l'intervention de la justice publique, comme s'il s'agit d'une usurpation de terre, d'un déplacement de borne, du détournement d'un cours d'eau : en cas pareil, notre droit fût-il contesté, et à plus forte raison s'il était en litige, nous ne saurions recourir légitimement à la force individuelle pour repousser l'atteinte qu'on veut y porter; les conditions de la légitime défense sont incomplètes, non point par le motif qu'il ne s'agit que de biens, mais parce qu'un autre recours, suffisant quoique ultérieur, nous est réservé. — Si l'on suppose, au contraire, un mal irréparable ou du moins d'une réparation fort incertaine, par exemple des objets mobiliers, une somme d'argent qu'un voleur a pris et veut emporter, des titres de créance ou de libération que le débiteur ou le créancier veulent détruire; une liasse de billets de banque ou d'effets à moi appartenant, que quelqu'un par passion, par colère contre moi, veut jeter au feu; des récoltes, un édifice, fût-il inhabité, que l'agresseur s'efforce d'incendier : si je me trouve abandonné à mes seules forces individuelles, je puis légitimement y recourir pour empêcher ce mal.

2° Il peut encore fréquemment arriver, en ce qui concerne les biens, que le préjudice dont nous sommes menacés en eux soit de peu d'importance, comparé à la grandeur du mal qu'il faudrait faire à l'agresseur pour échapper à ce préjudice. Ce cas est alors gouverné par la règle que nous allons exposer ci-dessous n° 425,

(1) Voir le DROIT, *Journal des tribunaux*, n° du 20 novembre 1862.

règle qui est applicable non-seulement quand il s'agit de biens, mais dans toutes les situations analogues, que le péril soit un péril pécuniaire ou un péril personnel. La seule particularité, quant aux biens, c'est qu'ils donneront lieu plus facilement et plus fréquemment à de telles situations : d'où il suit, en somme, que les différences qui les concernent, quant à la légitime défense, sont des différences de fait, mais non de droit.

423. On s'est demandé de quelle arme, de quels moyens de défense il est permis de se servir contre l'agresseur, et nous trouvons dans plusieurs écrivains de l'ancienne jurisprudence que les armes doivent être égales et non supérieures à celles dont l'agresseur nous menace lui-même. C'est une question mal posée. Il ne s'agit pas des armes, de l'instrument de défense : l'instrument le plus énergique est souvent celui qui permet d'échapper au péril en faisant le moins de mal. La véritable question est de savoir quel est le mal qu'il est permis de faire à l'agresseur en se défendant.

424. Sera-t-il juste de mesurer ce mal sur celui dont l'agresseur nous menace lui-même, et faudra-t-il dire que le droit de légitime défense n'autorise qu'un mal égal tout au plus, mais non supérieur ? Cette assimilation entre le mal que veut faire l'agresseur et celui qu'on est en droit de lui faire, comme celle entre les armes ou les moyens employés, n'est souvent pas même possible. Dans les attentats avec violence contre l'honneur d'une femme, contre la liberté d'une personne qu'on veut séquestrer, dans l'incendie, dans les atteintes aux biens, où trouver, entre l'attaque et la défense, la similitude de mal et de moyens ? La solution du problème n'est donc point dans cette prétendue équation. Une interrogation que nous avons déjà faite donnera cette solution : à qui dans cette lutte, entre le droit d'une part et la violation du droit de l'autre, est-il juste que force reste en définitive ? Évidemment au droit ; donc tout le mal qu'il sera indispensable de faire à l'agresseur pour arriver à ce résultat, mais rien de plus, est compris dans la légitime défense. C'est la force qui vient à l'appui du droit, mais seulement autant que son appui est indispensable. Telle est la mesure donnée par la science abstraite : ni plus ni moins que ce qui est indispensable. Si la personne attaquée a pu se dégager, en sécurité, de l'attaque, en battant en retraite, en évitant l'agresseur, en l'enfermant quelque part, en s'emparant de lui et le mettant dans l'impossibilité de nuire, et qu'elle l'ait blessé, ou si, pouvant éviter le mal en le blessant non dangereusement, elle l'a tué, la légitime défense est dépassée. Mais, à l'inverse, si le mal qui a été fait, quel qu'il soit, était indispensable, qu'il n'y eût aucun autre moyen de maintenir force au droit, la légitimité de la défense n'a pas été excédée (1).

(1) C'est ainsi que le Commentaire officiel du Code pénal de Bavière, de 1813, code assis sur la logique inflexible d'un système scientifique bien arrêté, dit :

425. Toutefois nous nous refusons de pousser jusqu'à l'extrême la rigueur logique de cette solution ; dans un sens comme dans l'autre, nous verrons que, dans l'application, elle doit être mitigée. Il est des cas, suivant nous, où la personne attaquée doit faire, sinon une équation, du moins une comparaison entre le mal qu'il s'agit pour elle d'éviter et celui qu'elle serait obligée de faire pour y parvenir. Si l'un est minime, tandis que l'autre est considérable : par exemple, si, pour empêcher la perte de quelques fruits, d'une petite somme, de quelque objet mobilier qu'un voleur emporte en fuyant, elle n'a d'autre moyen que de tirer un coup de fusil sur le fuyard, au risque de le tuer, si, pour éviter un coup ou un outrage de peu de gravité, elle n'a d'autre moyen que de frapper à mort l'agresseur, nous croyons qu'il est de son devoir de faire, en présence de ce mal considérable, le sacrifice de son droit, dont l'intérêt est minime, et que, si elle ne le fait pas, il pourra y avoir de sa part culpabilité. Déjà nous avons parlé (ci-dess. n° 357) d'une balance analogue à faire, quoique bien plus rigoureusement obligée.

426. Il ne faut pas confondre la légitime défense, quant à ses effets en droit pénal, avec une excuse : l'excuse suppose une certaine faute, ici il n'y en a aucune.

427. Il ne faut pas la confondre non plus avec le cas de contrainte. L'homme contraint par la violence n'a pas le droit pour cela de commettre le crime qu'on le force à commettre. Sa mauvaise action tombe sur un innocent, sur un tiers, sur la société qu'il lèse ; mais, à cause de l'oppression de sa liberté, on juge qu'il n'est pas coupable, au moins pénalement. L'homme, au contraire, qui se défend dans les limites voulues contre son agresseur a le droit d'en agir ainsi (1).

428. La légitime défense n'opère point en faisant disparaître l'imputabilité : elle légitime l'acte, elle le rend juste et honorable. On l'imputera à bien, on l'imputera à éloge à celui qui aura eu le courage de se défendre sans passion, sans emportement, restant dans la limite légale, mais sachant résister à la violation du droit avec ses propres forces, auxquelles il était réduit.

429. Il suit de là que non-seulement il n'y a pas culpabilité pénale, mais qu'il ne saurait y avoir non plus dans la légitime défense culpabilité civile. Loin de devoir des dommages-intérêts à

« On peut blesser d'un coup de fusil le voleur qui s'enfuit emportant la chose volée, on peut même le tuer, s'il n'y a pas d'autre moyen d'empêcher la perte de la chose. » (Voir l'excellente traduction qu'en a donnée M. Ch. Vatel, p. 109, note 1, commentaire de l'art. 129.) — Le Code de 1813 a été remplacé par un Code pénal nouveau en 1861. — Les casuistes cités par Pascal dans les *Provinciales* allaient bien plus loin, puisqu'ils permettaient de tuer le calomniateur.

(1) Si, en se défendant, il cause préjudice à autrui, c'est à ce préjudice, qui n'était pas dans son droit, et qui a lésé un tiers innocent, qu'on pourra, suivant le cas, appliquer l'idée de contrainte morale.

l'agresseur qu'il a blessé, dont il a tué le cheval, dont il a détruit ou détérioré les vêtements ou tout autre objet de propriété en se défendant légitimement, c'est lui, au contraire, qui aura à en demander à cet agresseur, si l'agression contre laquelle il s'est défendu lui a fait éprouver quelque préjudice.

430. Tout ce que nous venons de dire est applicable aux cas où la défense est complétement légitime, c'est-à-dire où toutes les conditions qui en constituent la légitimité sont réunies et où les limites de ce qu'elle autorise n'ont point été dépassées. Que décider s'il en est autrement?

La science donne une règle abstraite; mais, dans l'application, tout ne peut être calculé mathématiquement suivant cette règle, surtout dans une situation aussi subite et aussi critique que celle d'un homme se défendant contre un agresseur. Si les conditions qui font la légitimité de la défense ne sont pas toutes réunies, ou si les limites de cette défense ont été dépassées: par exemple, si l'agression n'était pas injuste, si elle n'était pas violente; si le péril n'était pas imminent; s'il y avait possibilité de recourir efficacement à l'autorité publique; si le préjudice à subir était facilement réparable après coup par l'intervention de la justice, s'il était de si petite importance, comparé au mal à faire pour l'éviter, que le sacrifice en devînt obligatoire; ou bien encore si l'agent a fait à l'agresseur un mal plus grand que le mal indispensable pour se défendre, le jurisconsulte n'hésitera pas à dire, dans tous ces cas, que cet agent n'a pas été dans son droit, que tout ce qu'il a fait de mal en dehors des nécessités de sa défense, il l'a fait sans droit. Mais faut-il en conclure qu'il soit, dans tous ces cas, coupable, surtout pénalement? — Parmi ces conditions ou ces limites, il en est sur lesquelles il est bien difficile de ne pas errer. Quel est l'homme qui, dans le trouble ou dans l'impétuosité de sa défense, emporté même par son courage, appréciera de sang-froid, avec exactitude, s'il est quelque autre recours à appeler, s'il est quelque moyen plus doux à employer, si le coup qu'il porte dépasse ou ne dépasse pas ce qui serait nécessaire à sa défense? Il faut prendre les faits tels qu'ils se présentent communément, et ne pas exiger pénalement de l'homme plus qu'il n'est dans sa nature générale de faire. Bien que l'agent qui s'est défendu n'ait pas eu un droit entier, ou qu'il l'ait excédé, il devra souvent être déclaré non coupable, suivant l'appréciation que fera des circonstances le juge de la culpabilité, car autre chose est la question de savoir s'il avait le droit de faire cet acte, autre chose la question de savoir si, n'en ayant pas le droit, il est coupable pénalement de l'avoir fait (ci-dessus, n° 357). — On conçoit que, dans ce cas, bien qu'acquitté sur l'action pénale, il pourrait être condamné, suivant les circonstances, à des dommages-intérêts envers la partie, parce que le juge apprécierait qu'il n'y a pas culpabilité pénale, mais qu'il reste une culpabilité civile.

431. Quand les conditions de la défense ont été trop imparfaites, ou que l'excès en a été trop grand pour comporter un acquittement, il y a lieu cependant à atténuation, à moins qu'il ne s'agisse de cas où la défense illégitime aggrave elle-même le délit, comme il arriverait de celui qui, au lieu d'obtempérer aux agents de l'autorité exerçant légalement leur action, se défendrait contre eux.

432. La légitimité de la défense est-elle restreinte à la défense de soi-même, ou s'étend-elle à celle d'autrui? — Il y a, en fait, dans le secours à porter à quelqu'un au milieu d'une lutte, une appréciation délicate à faire, qui commande, dans mille cas pour un, la plus grande circonspection. Deux hommes sont aux prises: l'un est plus faible que l'autre, il paraît près de succomber; quel parti allez-vous prendre? Celui du plus faible?... Qui vous dit que ce n'est pas lui qui est l'assassin, l'agresseur violent, le voleur, et que vous n'allez pas prêter main-forte au coupable contre l'homme qui use de son droit? Ce qu'il y a de mieux à faire, en cas pareil, est de s'interposer pour faire cesser la lutte et pour maintenir en respect l'un et l'autre, jusqu'à ce que l'autorité éclaircisse les faits. — Mais, si l'on est bien éclairé sur cette difficulté de fait, si l'on sait pertinemment lequel est l'injuste agresseur, lequel est en état de défense légitime, donner aide à celui-ci, à défaut de la force publique qui est absente ou insuffisante, est un droit, un devoir moral, un acte honorable de courage et de sociabilité, et il n'y a pas ici à marquer de degrés de parenté, d'alliance, ni d'affection.

433. Comme l'aliénation mentale, comme l'oppression de la liberté, la défense privée, lorsqu'elle est légitime, de manière à exclure toute culpabilité, n'a pas même besoin de s'appuyer sur un article de loi, son effet justificatif est indépendant de tout texte, et il entre dans le devoir comme dans le pouvoir du juge de la culpabilité de déclarer non coupable celui qui peut l'invoquer. Nous n'avons pas besoin de revenir à cet égard sur les observations déjà faites ci-dessus (n° 298).

434. Nous ne croyons pas nécessaire non plus de reproduire ce que nous avons déjà dit au sujet de la présomption, et de l'avis à donner au plus tôt à l'autorité (n^{os} 329, 366 et 367).

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

435. Ni les écrits des anciens, ni les textes du droit romain n'ont manqué à la jurisprudence européenne d'autrefois pour asseoir sa doctrine générale touchant la légitime défense (1).

---

(1) Principe généralement exprimé: Dig., 1, 1, *De justitia et jure*, 3, Fr. Florentin. « ... Jus gentium... veluti... ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. » — 9, 2, *Ad legem Aquiliam*, 45, § 4, Fr. Paul. « Qui cum aliter

436. Nos ordonnances ne contenaient rien de général à cet égard. Seulement l'ancienne pratique que le juge, en cas d'homicide, ne pouvait se dispenser de prononcer la peine, à moins que le prince n'eût accordé *lettres de rémission*, s'appliquait au cas de légitime défense comme à celui de contrainte et autre cause raisonnable (1). Ces lettres pour cause de légitime défense étaient accordées de droit, souvent même d'office et sans frais, suivant le cas, dans les petites chancelleries près les parlements, sans que les parties fussent obligées de recourir à la grande chancellerie, comme pour les lettres d'abolition, de commutation de peine ou grâce proprement dite; aussi étaient-elles qualifiées de *lettres de justice* (2). — On peut voir dans les distinctions de certains criminalistes sur les conditions de la légitime défense un reflet des divisions sociales qui existaient alors. Ainsi, le vilain n'aura pas été en légitime défense s'il a pu échapper à l'agresseur par la fuite; mais il en sera autrement du noble et des gens de guerre, à qui il est honteux de fuir (3).

437. Le Code pénal de 1791, non pas dans sa partie générale et pour toutes les conséquences de la lutte, mais seulement à propos de l'homicide, a prévu particulièrement celui qui serait commis en légitime défense, qu'il a qualifié du nom spécial d'*homicide légitime*, déclarant qu'il n'y aurait lieu à prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile (4). Les cas

---

tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt. Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt... Et hoc si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit. » — 43, 16, *De vi et de vi armata*, 1, § 2, Fr. Ulp. : « Vim (vi) repellere licet, Cassius scribit : idque jus natura comparatur. Apparet autem (inquit) ex eo, arma, armis repellere licere. »

Cas particulièrement prévus : — Stuprum, Dig., 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 1, § 4, Fr. Marcian., et 4, 2, *Quod metus causa*, 8, § 2, Fr. Paul. — Latronem insidiantem : Dig., 9, 2, *Ad legem Aquiliam*, 4, pr. Fr. Gaï. « Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. » — Voleur de nuit : Loi des XII Tables, voir le texte dans notre *Histoire de la législation romaine*, table 8, § 12. Dig., 9, 2, *Ad legem Aquiliam*, 4, § 1, Fr. Gaï., et 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 9, Fr. Ulp. — Voleur de jour : Dig., 9, 2, 4, § 1, précité, et 47, 2, *De furtis*, 54, § 2, Fr. Gaï.

(1) « Semblablement par lesdites ordonnances, articles 168 et 169, il est défendu de ne bailler aucune grace de remission, fors celle de justice : c'est-à sçavoir aux homicidiaires, qui auroient esté contraincts faire les homicides pour le salut et défense de leur personne, et autres cas, où il est dit par la loy que les délinquants se peuuent ou doiuent retirer par deuers le souuerain Prince pour auoir grace. » (Imbert, *Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, liv. 3, ch. 17, p. 674.) — Voir le texte de cet article 168, ci-dessus, p. 151, note 2.

(2) Jousse, *Traité de la justice criminelle*, part. 3, liv. 2, tit. 20.

(3) Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles*, liv. 1, tit. 5, ch. 3 § 9.

(4) Code pénal du 26 septembre-6 octobre 1791, 2e partie, tit. 2, sect. 1, art. 5 : En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine ni même aucune condamnation civile. — Art. 6 : L'homicide est commis légitimement lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même et d'autrui. »

moins graves sont restés implicitement compris dans les pouvoirs généraux du juge de la culpabilité, en vertu des seuls principes de justice rationnelle : la loi sur la police municipale et sur la police correctionnelle contenait d'ailleurs une réserve expresse pour la légitime défense en fait de blessures ou de coups (1).

438. Le Code pénal de 1810 a suivi ces errements en réunissant dans le même article la prévision de l'homicide, des blessures et des coups, en ces termes : Art. 328. « Il n'y a ni crime » ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient » commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de » soi-même ou d'autrui. » — La conséquence en sera l'acquittement (ci-dess., n° 339).

439. La place de cette disposition était marquée dans la partie générale du Code, comme pour la démence, pour la contrainte, et l'expression en eût dû être générale aussi, de manière à comprendre toutes les conséquences préjudiciables de la lutte. Il est vrai que ces conséquences provenant d'une lutte personnelle seront ordinairement un homicide, des blessures, des coups, et l'on s'explique ainsi comment le législateur, qui ne procédait pas doctrinalement, a été conduit à ne parler de la légitime défense qu'en traitant de ces sortes de délits. La rédaction du Code de 1810 suivait d'ailleurs en cela la loi correctionnelle et le Code pénal de 1791. Mais d'autres faits, tels, par exemple, que des séquestrations momentanées, des destructions ou lésions de propriété, pourraient être résultés de la lutte (ci-dess., n° 424) : il est hors de doute qu'ils seront régis aussi par le principe de la légitimité de la défense, en vertu des pouvoirs généraux qu'a le juge de la culpabilité.

440. La manière laconique dont le Code a formulé son article, sans définir ce qu'il entend par légitime défense, laisse à la jurisprudence le soin d'en faire l'application conformément à la raison du droit. A moins que le texte ne s'y oppose, nous résoudrons donc suivant les principes rationnels par nous exposés les questions nombreuses qui s'élèvent au sujet de cet article. — Ainsi, pour le caractère injuste d'une agression de fait, — pour le caractère présent et imminent du péril (indiqué dans le texte par le mot *actuelle*), — pour l'impossibilité d'aucun autre secours efficace, d'aucun autre moyen plus doux d'en sortir, et pour l'étendue du mal à faire (les mots de la loi *commandés par la nécessité* répondent à ces diverses idées), — pour le tempérament à apporter par le juge de la culpabilité dans cette appréciation, suivant ce qu'il est raisonnable d'attendre de la nature de l'homme en semblable situation (n° 430), — enfin pour la défense d'autrui, que l'article du Code spécifie formellement.

441. Notre texte comprend-il dans ses expressions la défense

(1) Loi du 19-22 juillet, tit. 2, art. 1, § 13.

contre des actes qui ne mettraient en péril que nos biens? Il faut reconnaître que non. Cela résulte de ces termes : la défense *de soi-même ou d'autrui,* rapprochés de l'article 329, au numéro 2°, dans lequel le législateur a spécifié divers cas où il fait du vol une cause de légitime défense. On peut le conclure aussi des exposés de motifs et des rapports législatifs, quelque imparfaits ou inexacts que la science puisse les trouver en toute cette partie ; et cela s'explique soit par une idée arrêtée du législateur sur cette question controversée, soit plutôt par la préoccupation commune qui se porte généralement, tout d'abord, sur une agression menaçant la personne elle-même. — Mais nous refusons de limiter le texte au seul cas de danger pour la vie : rien n'y autorise dans ses expressions ; toute attaque faisant encourir à la personne un péril imminent, périls de coups et blessures, de mutilation, tortures, séquestration, outrage à la pudeur, rentre dans le texte de l'article, et si toutes les autres conditions sont d'ailleurs remplies, il y a légitime défense, même suivant les termes de la loi. — Enfin, pour ce qui concerne les attaques menaçant uniquement les biens (1), telles que celles dont nous avons donné des exemples ci-dessus, n° 422, obligé de reconnaître que le Code ne les a pas comprises dans sa disposition, nous dirons que l'appréciation n'en entre pas moins dans les pouvoirs généraux du juge de la culpabilité, qui devra déclarer l'inculpé non coupable lorsqu'il sera convaincu qu'il a été à cet égard en légitime défense ; sauf, bien entendu, les deux tempéraments indiqués par nous, et qui résultent, l'un de ce que le préjudice serait facilement réparable après coup par l'intervention de la justice ; l'autre de ce qu'il serait peu important comparé au mal qu'il faudrait faire pour s'en défendre (n°s 422 et 425). — Mais la déclaration de non-culpabilité déterminée par une défense légitime au sujet des biens seulement ne pourrait pas être motivée en droit sur l'article du Code, elle devrait rester dans la généralité de l'appréciation que le juge est chargé de faire en sa conscience (n° 345).

442. Le Code de 1810 n'a pas ajouté, comme le Code de 1791, qu'il n'y aura lieu, en cas de légitime défense, à prononcer aucune peine, *ni même aucune condamnation civile ;* et il a eu raison. Nous savons comment il pourrait se faire que l'inculpé fût acquitté, parce que le juge apprécierait qu'il n'y a eu de sa part aucune culpabilité pénale, et que cependant il restât à sa

(1) Divers codes allemands, notamment ceux de Wurtemberg, art. 102, de Hanovre, art. 78, d'Autriche (1852), § 2, etc., mentionnent formellement, comme pouvant donner lieu à la légitime défense, les attaques contre les biens. Le Code de l'Allemagne du Nord (art. 53) et le projet de Code pénal italien (art. 65) parlent généralement d'une *attaque actuelle et injuste.* Le projet portugais (art. 74) mentionne l'aggression contre la vie, la santé, la liberté, l'honneur et les *biens de toute espèce.*

charge une culpabilité civile suffisante pour l'obliger à des dommages-intérêts (n° 430).

443. Le Code, après la règle posée en termes généraux dans l'article 328, a donné dans l'article suivant deux exemples particuliers (1). — Le premier, celui de l'homicide, des blessures ou coups qui auraient eu lieu en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances : c'est la vieille tradition des lois de Moïse, de Solon, des Douze Tables, des Capitulaires de Charlemagne, ainsi que des coutumes du moyen âge, contre le voleur de nuit, modifiée néanmoins sensiblement dans les conditions plus restrictives énoncées par le Code. Nous croyons que le législateur aurait mieux fait de n'en pas parler, et de laisser le cas tout simplement sous l'empire de la règle générale. — Le second est celui de la défense contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence : il a eu pour but d'indiquer la pensée du législateur sur les espèces de vols qui pourraient constituer suivant lui la légitimité de la défense. On voit dans le premier comme dans le second de ces exemples qu'il est toujours entré dans cette pensée l'hypothèse d'un danger pour la personne ; quand ce danger ne se rencontre point, on est hors des termes de la loi, et il n'y a plus à recourir qu'aux principes rationnels agissant sur la conscience du juge de la culpabilité, suivant les circonstances.—Il est inutile de dire que ces deux exemples ne sont pas restrictifs et ne détruisent en rien la généralité de la règle. Tout en reconnaissant même que les deux faits cités particulièrement dans l'article 329 doivent, du moment qu'ils sont constatés suivant la définition de cet article, emporter acquittement, notre opinion est que le juge devrait se refuser à les admettre comme existants s'il lui était démontré que la personne attaquée, quoique en semblable situation, a donné la mort ou fait les blessures méchamment, sans nécessité pour sa défense ; car alors elle ne l'aurait point fait en réalité en repoussant, en se défendant. Le juge sera sans doute plus facile ici sur les conditions générales exigées pour constituer la légitimité de la défense ; mais il ne devra pas les mettre de côté, bien s'en faut. — Nous avons eu les tristes affaires de Jeufosse et de Pochon ; la première, dans laquelle un homme courant quelque aventure amoureuse, en un parc où il s'introduisait la nuit par une brèche, y a été fusillé par un garde, sur les ordres donnés à l'avance et de dessein prémédité par une mère ; la seconde, survenue pres-

(1) ART. 329 : « Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, » les deux cas suivants : — 1° Si l'homicide a été commis, si les blessures ont » été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant, pendant la nuit, » l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un » appartement habité ou de leurs dépendances. — 2° Si le fait a eu lieu en se » défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. »

que immédiatement après, conséquence probablement du retentissement et de l'issue donnés à la précédente, dans laquelle un jeune homme montant, la nuit, par escalade, à un rendez-vous dans la chambre d'une jeune fille, a été fusillé à bout portant par la croisée de cette chambre, sur les ordres du père qui avait mis, à l'avance et à dessein, son fils en embuscade derrière cette croisée. Dans l'une et dans l'autre affaire, il y a eu acquittement par le jury (1). Ce sont là des appréciations souveraines qui échappent à la discussion; mais certes dans de tels homicides prémédités, sans nécessité réelle de défense, ordonnés, si l'on veut être vrai, par indignation et par vengeance paternelles, nous ne saurions voir la situation prévue par notre article 329. La loi ne fait pas si bon marché de la vie humaine.

444. Enfin notre loi ne dit rien du cas où les conditions de la légitime défense sont tellement incomplètes, ou bien où il y a eu excès dans cette défense tel que la culpabilité pénale reste à la charge de l'agent. Il n'y a, pour tenir compte de l'atténuation de culpabilité qui a lieu cependant en semblable situation, que la ressource générale du *maximum* et du *minimum* s'il en existe dans la loi, ou de la déclaration de circonstances atténuantes (2): à moins qu'il ne soit possible de faire rentrer les faits dans les dispositions de notre Code relatives à la provocation (ci-dess., n° 458).

445. Néanmoins on trouve dans le Code un cas spécialement prévu, qui se réfère évidemment à cette situation d'une défense légitime dont les conditions sont incomplètes: c'est celui de l'homicide, des blessures ou coups qui auraient lieu en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances (art. 322). Le Code en a fait une excuse, qui abaisse considérablement la peine dans une proportion indiquée par la loi (art. 326). — La seule différence entre cette hypothèse et celle de l'article 328, c'est que dans l'une les actes ont eu lieu le jour, et dans l'autre la nuit. Le jour on n'a pas autant sujet de craindre que la nuit, on discerne mieux, on peut recourir plus facilement à d'autres secours; c'est dans ce sens que les conditions de la légitime défense sont incomplètes et que la culpabilité pénale reste, quoique considérablement atténuée. Mais supposez, quoique l'attaque eût lieu dans le jour, que les conditions générales qui font la légitimité de la défense fussent réunies; que l'escalade, l'effraction eussent lieu dans une attaque sérieuse et dangereuse; qu'il s'agît

(1) V. LE DROIT, *Journal des tribunaux*, Cour d'assises de l'Eure (à Evreux), audiences des 14 à 18 décembre 1857, nos des 15 à 19 décembre; et Cour d'assises de la Moselle (à Metz), audience du 27 février 1858, n° du 3 mars.

(2) Le projet de Code pénal italien (art. 378, § 1, 4° et 380, § 1) admet une diminution de peine d'un à trois degrés, s'il y a excès, soit dans la légitime défense, soit dans l'usage légitime de la force publique.

d'une maison isolée, que le péril fût imminent, sans possibilité de secours efficace ; ainsi qu'on a vu une jeune servante de ferme se trouver seule pour défendre la ferme, fusil en main, contre une aggression de jour : alors, évidemment, on rentrerait sous l'empire de la règle générale exprimée dans l'article 328, il n'y aurait pas culpabilité.

§ 2. De la provocation.

1° *Suivant la science rationnelle.*

446. Fréquemment il arrive que l'homme lésé dans quelques-uns de ses droits, surtout s'il l'est grièvement, au moment où cette lésion lui est faite, sous le coup de l'irritation qu'elle lui cause, se laisse emporter à son ressentiment et réagit à son tour par quelque acte coupable contre celui ou ceux par qui il vient d'être lésé. Nous disons alors, en notre langue, qu'il a été *provoqué*, c'est-à-dire excité, poussé à l'acte qu'il a commis, par la lésion de droit qu'il venait d'éprouver.

447. Il faut bien se garder de confondre cette situation avec celle de la légitime défense. L'esprit qui anime l'homme dans la défense légitime est un esprit de fermeté, de justice, dénué de toute passion vindicative ; c'est l'exercice d'un droit. L'esprit qui le pousse dans le cas de provocation est un esprit de passion, de ressentiment, de vengeance : quand le péril est imminent, ce que nous faisons uniquement pour l'éviter est défense ; quand le mal vient d'être reçu, ce que nous faisons pour nous en venger est acte coupable provoqué. Ainsi deux signes distinctifs entre les deux situations, l'un matériel, et l'autre moral : le signe matériel, le temps où se place l'acte ; le signe moral, l'esprit qui y préside.

448. Cependant, s'il n'existe aucune confusion possible entre la défense vraiment légitime et l'acte commis en état de provocation, il faut avouer que, lorsqu'il s'agit d'une défense dont les conditions étaient incomplètes ou dont les limites ont été excédées, un certain rapprochement s'opère entre les deux situations, et que la difficulté de les distinguer l'une de l'autre commence. Cette difficulté augmente si l'on considère que, bien que l'idée de provocation n'arrive naturellement qu'après, tandis que celle de défense n'est jamais possible qu'avant le mal reçu, néanmoins, dans des cas rares, on peut tenir pour réellement provoqué l'homme qui, sur le point de recevoir une lésion grave, par exemple voyant la main résolûment levée sur lui pour le frapper, se sera laissé aller à l'irritation et à l'emportement de la réaction avant même d'avoir reçu le coup ; de telle sorte qu'alors le signe distinctif matériel entre la défense et la provocation disparaît ; mais il restera toujours le signe moral, qui ne peut manquer, et malgré toute possibilité d'analogie en des nuances si fines, celui qui analysera avec pénétration le cœur humain et les éléments

moraux des actes qui font l'objet de la pénalité trouvera dans tous les cas, même dans les plus voisins les uns des autres, cette distinction : d'une part l'homme a agi dans le but de se défendre, d'autre part dans le but de se venger. Ici, esprit de défense, quoique peut-être non entièrement fondé ; là, esprit d'emportement et de vengeance : différences morales qui ne peuvent s'effacer aux yeux de la science rationnelle, et dont il est nécessaire de tenir compte. « *Tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa,* » dit, avec une exacte précision, le jurisconsulte Paul, dans le fragment cité ci-dessus (p. 178, note 1).

449. La provocation ne fait point disparaître la culpabilité : l'homme a agi avec une intention de nuire, sous l'empire d'une mauvaise passion que la loi ne saurait innocenter.

450. Si l'on suppose qu'il s'est écoulé un certain temps entre la lésion reçue et l'acte de vengeance qui a eu lieu, le premier mouvement étant passé, la réflexion ayant dû calmer le ressentiment, la vengeance ayant été pour ainsi dire préméditée et exécutée à froid, à peine si l'on pourra, selon les circonstances, trouver dans la provocation antérieure quelque motif d'atténuation, mais seulement de la culpabilité individuelle, suivant les nuances de chaque cause, et non de la culpabilité absolue à prévoir d'avance dans la loi.

451. Mais si la réaction a eu lieu spontanément, dans la chaleur de l'irritation et avant que le temps de se refroidir fût arrivé, alors la culpabilité s'en trouvera notablement diminuée, surtout si la lésion éprouvée était grave et irritante de sa nature, ou s'il n'y a pas eu disproportion considérable entre le mal reçu et celui qui a été fait en retour. — On conçoit même que la loi pénale ait soin de prévoir spécialement ces cas de provocation les plus graves, afin de déterminer l'abaissement de la culpabilité absolue qui en résulte, et de décréter en conséquence une atténuation obligatoire de peine. — Parmi les provocations les plus irritantes, se trouvent incontestablement les violences ou voies de fait contre la personne, et l'offense du mari surprenant sa femme en flagrant délit d'adultère, ou réciproquement.

452. Faut-il, comme pour la légitime défense, étendre le cas de provocation aux violences ou lésions de droit éprouvées, non par soi-même, mais par autrui ? Il ne s'agit pas ici de l'exercice d'un droit, d'une assistance légitime donnée, à défaut de la force publique absente ou inefficace, à celui que l'on voit en un injuste péril. Cette assistance, nous la devons à tout le monde, et plus la personne secourue nous est étrangère, plus nous sommes louables d'avoir accompli ce devoir. Il s'agit, dans la provocation, d'une irritation, d'un emportement qui a poussé l'agent à un acte condamnable ; il faut donc voir, dans l'hypothèse de violences ou lésions de droit faites à autrui, s'il existait entre l'agent et cette personne lésée quelque lien suffisant pour susciter et rendre

excusable cet emportement. Il n'y a pas à marquer ici de degré de parenté ou d'alliance : une affection intime, une relation de tutelle, de protection, le simple fait d'avoir une personne, une femme ou un enfant surtout, sous sa garde, ne fût-ce que momentanément, peuvent produire cet effet : ce sera une appréciation à faire par le juge dans chaque cause.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

453. Le Code pénal de 1791 avait prévu le cas de meurtre qui serait la suite d'une provocation violente, *sans toutefois que le fait pût être qualifié homicide légitime,* et, en le déclarant excusable, avait prononcé une peine moindre que celle du meurtre, mais toujours criminelle (1).

454. Le Code de brumaire an IV, en se référant à cette disposition, y ajouta le cas *de tout autre délit,* la répression étant réduite alors à une peine correctionnelle (2).

455. Le Code de 1810 a restreint sous un double point de vue ces dispositions du Code de brumaire an IV : d'une part, en précisant à tort, pour unique cas d'application, ceux de meurtre, blessures ou coups ; et d'autre part, en n'admettant comme de nature à produire l'excuse que la provocation par coups ou violences graves envers les personnes (3). — Il a réduit considérablement la peine, qui devient pour tous les cas, même pour celui de meurtre, une peine correctionnelle (art. 326).

456. Les règles rationnelles exposées par nous, sur l'esprit d'emportement et d'irritation qui forme ici le caractère du délit (n° 447), sur l'unité de temps nécessaire entre la violence subie et la réaction exercée, en ce sens qu'il ne doit pas y avoir eu entre l'une et l'autre d'intervalle suffisant à l'irritation pour se calmer (n°s 450 et 451), enfin sur la provocation en la personne d'autrui (n° 452), doivent servir à la solution des questions pratiques de jurisprudence sur ces divers points.

457. Toute provocation autre que celle par coups ou violences graves envers les personnes rentrera uniquement dans les pouvoirs généraux du juge, quant aux tempéraments qu'il a à sa disposition pour suivre les nuances diverses de la culpabilité indi-

---

(1) Code pénal de 1791, 2e partie, tit. 2, sect. 1, art. 9 : « Lorsque le meurtre sera la suite d'une provocation violente, sans toutefois que le fait puisse être qualifié homicide légitime, il pourra être déclaré excusable, et la peine sera de dix années de gêne. — La provocation par injures verbales ne pourra en aucun cas, être admise comme excuse du meurtre. »

(2) Code de brumaire an IV, art. 646 : « ..... S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit la peine établie par la loi à une punition correctionnelle, qui, en aucun cas, ne peut excéder deux années d'emprisonnement. »

(3) Code pénal actuel. art. 321 : « Le meurtre, ainsi que les blessures et les » coups, sont excusables s'ils ont été provoqués par des coups ou violences » graves envers les personnes. »

viduelle (1). — Mais qu'est-ce qui constituera la gravité de la violence? La loi ne l'ayant pas déterminé, c'est un caractère laissé à l'appréciation du juge de la culpabilité.

458. Malgré ce que nous avons dit, au point de vue de la science rationnelle, de l'esprit différent qui sépare l'un de l'autre l'emploi de la défense privée, même non entièrement légitime, et l'acte commis en état de provocation (n° 448), il faut, dans notre jurisprudence pratique, reconnaître que, la loi n'ayant pas prévu à part l'hypothèse de la légitime défense incomplète, le moins qu'on pourra faire sera d'y appliquer, comme *à fortiori*, les dispositions relatives à la provocation, lors toutefois que les faits en seront susceptibles, c'est-à-dire lorsqu'il s'agira d'une défense non entièrement légitime contre des coups ou violences graves envers les personnes. Cette confusion a été un peu, nous devons en convenir, dans les idées et dans l'intention de notre législateur. (Voir l'article du Code pénal de 1791 cité ci-dessus, n° 453, note I.)

459. En dehors des violences graves contre les personnes, le Code pénal a spécifié un cas de provocation s'attaquant à un droit d'une tout autre nature : c'est le cas du flagrant délit d'adultère (art. 324) (2).

Notre Code n'admet l'excuse tirée de cette sorte de provocation qu'en faveur du mari. Nous aimons mieux la disposition du Code pénal de Sardaigne (art. 501), qui l'admet également pour l'un et pour l'autre des époux (3). Il ne s'agit pas des conséquences plus graves que peut avoir, dans la famille, l'adultère de la femme comparé à celui du mari; il s'agit de mesurer la culpabilité, il s'agit de l'irritation, de l'emportement que l'aspect d'une pareille offense a pu faire naître; et s'il est beaucoup plus rare que cette irritation pousse la femme au meurtre ou à des blessures, celle qui s'y laisserait entraîner n'en aurait pas moins commis son crime sous l'impulsion passionnée à laquelle la violation de son droit l'aurait provoquée, et par conséquent serait moins coupable. Nous croyons que le Code, dans sa disposition, a

(1) Le Code de l'Allemagne du Nord (art. 213) assimile les *offenses graves* aux violences.

(2) ART. 324 : « ..... Néanmoins, dans le cas d'adultère prévu par l'art. 336, » le meurtre commis par l'époux sur son épouse ainsi que sur son complice, à » l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est » excusable. »

(3) Code pénal de Sardaigne de 1859, art. 501 : « L'homicide volontaire sera puni de l'emprisonnement dans les cas suivants : — 1° S'il a été commis par l'un des époux sur l'autre, ou sur le complice, ou sur tous les deux, au moment où ils sont surpris en flagrant délit d'adultère. — 2° S'il a été commis par le père ou la mère sur la personne de leur fille, ou sur son complice, ou sur tous les deux, au moment où il les surprennent dans leur propre maison en état de fornication ou d'adultère flagrant. » — Le projet de Code pénal italien va plus loin; il étend l'excuse jusqu'à la personne du frère de la femme adultère (art. 378, § 1, 3°).

cédé à la tradition et au préjugé de longue date qui existe sur ce point dans les mœurs. — En cet état, à l'égard de la femme, à moins d'une déclaration de non-culpabilité, que nous ne saurions approuver quand la culpabilité existe, il n'y a pour l'atténuation de peine d'autre ressource que la latitude du maximum au minimum, ou la déclaration de circonstances atténuantes.

460. Notre Code excuse ainsi le meurtre de la femme ou de son complice, à plus forte raison les blessures ou les coups, quoique l'article n'en parle pas. (Combiner l'article 324 avec l'article 326.)

461. Le Code exige, pour que l'excuse puisse avoir lieu, deux conditions.—La première, que le meurtre ait été commis à l'instant où le mari surprend les coupables en flagrant délit : ce qui doit s'interpréter dans le sens de la doctrine rationnelle exposée ci-dessus (nos 450 et 451): d'où il suit que, si le crime a été prémédité, si le mari, par exemple, s'est caché avec des armes, dans l'intention de surprendre la femme et son complice et de faire usage de ses armes contre eux, l'article ne serait plus applicable. Mais qu'est-ce ici que le flagrant délit? Le juge de la culpabilité appréciera suivant les circonstances ; il est inutile de se jeter à cet égard dans les subtilités casuistiques de l'ancienne doctrine scolastique. — La seconde condition, c'est que le flagrant délit ait eu lieu dans la maison conjugale ; c'est-à-dire dans toute maison ou appartement destiné à l'habitation des conjoints, ne fût-ce que temporairement; desquels on peut dire que le mari a le droit de contraindre sa femme à l'y suivre, et celle-ci a le droit de contraindre le mari à l'y recevoir, même momentanément. D'où il suit qu'en cas de séparation de corps, bien que le devoir de fidélité conjugale ne soit pas diminué, puisqu'il n'y a plus de maison conjugale, l'excuse ne pourrait plus avoir lieu. — Hors de ces conditions, la pénalité ne peut se mitiger que par la latitude du maximum au minimum ou par la déclaration de circonstances atténuantes.

462. Le Code, quand l'excusé existe, a diminué considérablement la peine, qu'il réduit toujours à un emprisonnement correctionnel (art. 326) ; et dans notre pratique le jury va encore plus loin, il est rare qu'il ne rende pas un verdict de non-culpabilité. Nous ne saurions trop nous élever contre cette tendance qui fait si bon marché de la vie humaine, et qui érige le meurtre commis par emportement et par vengeance en un droit. Le préjugé commun, l'opinion vulgaire sont que le mari a le droit, en semblable cas, de tuer la femme et son complice (1). Et cependant le droit romain lui-même, où le pouvoir marital était bien plus énergique, appliquait, du temps des empereurs, une peine bien plus sévère : les travaux publics perpétuels (*opus perpetuum*) si le mari était

(1) On doit regretter que ce triste préjugé ait trouvé des défenseurs dans la littérature contemporaine.

de condition humble, et la relégation dans une île s'il était d'un ordre plus élevé (1). — Il s'est présenté, en 1849, en cour d'assises, une affaire dans laquelle le mari outragé ayant vainement provoqué plus d'une fois en duel l'auteur de l'outrage, l'ayant même publiquement souffleté pour le contraindre à accepter ce duel, avait fini par lui écrire : « Si dans tel délai vous ne m'avez pas donné satisfaction par les armes, je vous préviens que n'importe où je vous trouverai, je vous tuerai comme un chien. » Ainsi qu'il l'avait écrit, à la première rencontre il lui brûle la cervelle d'un coup de pistolet, et le jury rend un verdict d'acquittement (2). O l'empire du préjugé et sur le duel et sur le prétendu droit de mort du mari ! Lisons, nous autres chrétiens, ce qu'ont écrit là-dessus les jurisconsultes et les empereurs païens.

463. L'article 325 du Code pénal spécifie un second cas particulier de provocation, celui d'outrage violent à la pudeur, ayant donné lieu immédiatement au crime de castration, mais cette spécialité rentre entièrement dans la règle générale posée en l'article 321, et la disposition de la loi ne sert qu'à éviter le doute à cet égard (3).

---

(1) L'empereur Antonin le Pieux dit parfaitement dans son rescrit qu'on peut lui faire remise du supplice capital (*ultimum supplicium remitti potest*), parce qu'il est très-difficile de tempérer sa juste douleur (*cum sit difficilimum justum dolorem temperare*) ; mais parce qu'il y a eu excès de sa part, parce qu'il ne devait pas se venger (*quia vindicare se non debuerit*), il doit être puni (*puniendus sit*). Dig., 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 38, § 8, Fr. Papinian. ; — et 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 1, § 5, Fr. Marcian. — Il était cependant, par exception, certaines personnes à l'égard desquelles un tel homicide commis par le mari aurait été exempt de peine (Dig., 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 24, pr. Fr. Macer.)

Quant au père, par des souvenirs tenant au caractère si énergique de l'ancienne puissance paternelle, c'était pour ainsi dire un droit qui lui était reconnu de tuer sa fille avec le complice en semblable situation. (Dig., 48, *Ad leg. Jul.*, 20 et 22, Fr. Papinian. ; 21 et 23, Fr. Ulp., etc.) : doctrine qui a laissé des traces en Italie (n° 459, not. 3).

Les anciens criminalistes en Europe ont longuement et diversement agité ces textes pour en faire sortir la règle de leur temps. — La *Somme rural* de Boutteiller nous en offre un reflet, quoique altéré, dans ce passage : Item si ne seroit aucun qui trouueroit vn autre couché avec sa femme ou sa fille, car lors par l'ire qu'il a et peut auoir, peut mettre à mort hastivement et incontinent celuy que ainsi trouueroit, sans porter peine criminelle ne civile. » (Liv. 1, tit. 39, p. 275.) — Cependant telle n'était pas en France la coutume du royaume. Suivant cette coutume, la règle qu'il n'était pas d'homicide, sauf quelques-uns légitimés par l'ordre exprès de la loi, qui ne dût entraîner peine de mort, à moins qu'il ne fût obtenu lettre de rémission du Prince, exerçait ici son empire. Le cas était seulement considéré comme plus facilement susceptible de ces lettres de rémission. (Muyart de Vouglas, *Les lois criminelles*, page 14, nos 2 et 3 ; page 169, n° 10, et page 604, n° 16. — Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tome 3, page 491, n° 26 et suiv.) — Par cette forme, en définitive, on revenait de même à l'impunité ou à peu près.

(2) Affaire Magniez, *Gazette des tribunaux* du 11 novembre 1849.

(3) Art. 325 : « Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué » par un outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou *blessures excusables*. »

464. La provocation par coups ou violences graves envers les personnes n'est pas la seule que notre Code ait prévue. Il résulte de l'article 471, n° 11, que les injures verbales, lorsqu'elles sont de nature à ne constituer qu'une simple contravention, ne sont pas punissables si elles ont été provoquées. — Le genre de provocation ici n'est point limité par la loi ; il peut s'étendre à toute sorte de lésion de droit, même aux simples injures qui en auraient amené d'autres, c'est au juge de la culpabilité à apprécier. — Et, ici encore, la provocation n'a pas pour effet seulement d'atténuer la peine : l'infraction étant déjà si minime par elle-même, l'atténuation en fait disparaître la pénalité.

465. Mais, s'il est question d'injures réunissant les caractères voulus pour constituer un délit correctionnel (1), la provocation, de quelque manière qu'elle ait eu lieu, ne produira plus d'atténuation légale, et l'on arrive à ce résultat bizarre, que ces injures, eussent-elles été provoquées même par des coups ou violences graves envers les personnes, ne seraient point excusables là où les coups, les blessures et le meurtre lui-même le seraient. Il ne resterait d'autre ressource que celle des pouvoirs généraux du juge dans la latitude du *maximum* au *minimum*, ou dans la déclaration de circonstances atténuantes. C'est le danger de procéder en législation par disposition spéciale, là où il faudrait une règle générale. Ajoutons que cette ressource générale de la latitude du *maximum* au *minimum* ou des circonstances atténuantes est toujours ouverte, dans les limites où la loi l'autorise, pour toutes les provocations qui, par un motif ou par un autre, ne rentrent point dans les prévisions du Code.

La provocation peut susciter encore d'autres questions de jurisprudence pratique, dont nous examinerons les principales en traitant en général des excuses suivant notre loi.

§ 3. De l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime.

1° *Suivant la science rationnelle.*

466. Si l'acte, rentrant par le préjudice occasionné dans la définition d'un crime ou d'un délit, était ordonné par la loi, et si l'agent l'a exécuté dans toutes les conditions légalement prescrites, cet agent ne saurait être punissable. Accompli intentionnellement, en état de raison et de liberté, l'acte lui est imputable, mais imputable comme une action légale, qu'il avait le droit, le plus souvent même le devoir de faire ; il n'y a lieu ni à pénalité ni à dommages-intérêts.

467. On sent que nous sortons ici, en partie, du domaine de la science purement rationnelle pour entrer dans celui de la loi po-

(1) Suivant le Code pénal (art. 367 et suiv.) ou suivant les lois spéciales, notamment celle du 17 mai 1819 (art. 19 et 20.)

sitive ; car c'est sur l'hypothèse d'une loi positive et obligatoire qu'est assise notre proposition. Mais, une fois l'hypothèse admise, et en se plaçant dans les données nécessaires de l'état social organisé, la proposition est fondée en raison. — Il est vrai qu'on peut voir, comme on a vu déjà, dans l'histoire des peuples, des lois mauvaises ordonnant des actes en eux-mêmes condamnables, criminels même aux yeux de la justice absolue. La raison pure, qui réprouve ces lois, en réprouve aussi la sanction ; elle peut signaler, suivant les cas, un mérite moral, mêlé de courage et de dévouement, à y refuser obéissance ; et, si pour ce refus une peine est appliquée, trouvant la loi injuste, elle trouve injuste la peine. Que si, au contraire, ces sortes de lois sont exécutées, la raison peut signaler dans cette exécution faite par quelqu'un en état d'en connaître la criminalité un démérite moral, digne quelquefois de châtiment aux yeux de la justice absolue. Mais ce qu'elle refuse dans tous les cas, c'est que la loi sociale puisse frapper elle-même l'acte qu'elle a elle-même ordonné. Cette loi sociale, qui n'a jamais le droit d'établir aucune peine sans le concours des deux éléments du juste et de l'utile, précisément à cause de la nécessité de ce concours, n'a pas pour mission, nous le savons, de punir ici-bas tous les actes en soi punissables ; il faut que l'intérêt social s'y rencontre (n° 205). Or, ici, l'intérêt social, loin de demander un châtiment public, exige qu'il n'y en ait pas, sous peine de détruire dans le gouvernement des hommes toute sécurité en la loi. Ainsi, un des éléments nécessaires pour fonder la pénalité sociale manque, ou, pour mieux dire, agit en sens contraire. — Si la démonstration est faite pour les lois vicieuses, dont les ordres sont condamnables en eux-mêmes, à plus forte raison pour celles qui n'ont pas ce caractère.

468. On cite communément en exemple de semblables situations l'exécution des condamnations capitales, le feu ou une charge commandés sur une foule, suivant le prescrit de la loi, dans de malheureuses luttes civiles. A part même ces cas extrêmes, il en est qui se présentent quotidiennement. Tels sont ceux d'exécution de toute condamnation pénale ou de toute voie de contrainte légalement prescrite. L'officier public qui arrête, conformément à la loi, un prévenu, un condamné à l'emprisonnement pour dettes, un condamné à toute peine privative de liberté, le geôlier qui l'écroue et le retient captif, l'agent de l'autorité qui fait exécuter une saisie, opérer de force une démolition ordonnée par justice, ne sont point coupables de crime ni de délit contre la liberté individuelle ou contre la propriété (1).

(1) Aussi a-t-on universellement blâmé la condamnation à mort prononcée par le parlement de Paris contre l'exécuteur des hautes œuvres qui, par ordre de la faction des Seize, avait mis à mort le président Brisson, l'auteur du Code de Henri III (n° 116), ainsi que d'autres magistrats.

469. Mais pour que l'acte soit légitime, c'est-à-dire conforme à la loi, il faut que l'agent l'ait exécuté dans toutes les conditions légalement prescrites, ce qui comprend non-seulement les conditions de fond, mais encore les conditions de forme, et par conséquent l'ordre du supérieur hiérarchique, si l'agent est placé sous une autorité, sous un chef, dont il doive attendre le commandement. Il est clair, par exemple, que le geôlier, l'agent de la force publique ne pourraient pas légalement, lorsqu'un homme a été condamné à l'emprisonnement, s'emparer de lui et l'emprisonner de leur propre chef avant l'ordre donné, suivant les formes nécessaires, par l'autorité chargée de faire exécuter la condamnation.

470. Quelquefois la situation paraît se compliquer de caractères différents. Il peut en arriver ainsi particulièrement dans l'hypothèse de luttes civiles, de rébellion armée, de résistance violente à l'autorité ; dans celles de calamités majeures, telles qu'épidémies, inondation, incendie, dans lesquelles l'autorité peut avoir à ordonner des mesures urgentes, à faire couper des arbres, détruire des édifices, sauter des ponts : est-ce nécessité absolue, défense légitime ou ordre de la loi ? — Malgré la complication apparente, comme les conditions qui constituent ces trois cas et les principes qui les régissent ne sont pas les mêmes, comme il est évident, par exemple, que dans la nécessité absolue, dans la légitime défense contre un péril imminent, il n'est plus question de formalités préalables à accomplir, d'ordre supérieur à attendre : il est indispensable de discerner dans laquelle de ces trois situations l'agent s'est trouvé placé véritablement, afin de faire en conséquence une juste appréciation de la légalité ou de l'illégalité de ses actes.

471. L'ordre du supérieur hiérarchique doit-il être suffisant, à lui seul, pour couvrir l'agent subordonné qui a exécuté cet ordre, et le mettre à l'abri de toute responsabilité pénale, bien que l'acte, loin d'être ordonné par la loi, y soit contraire et constitue en lui-même un crime ou un délit ? — Cette question se lie à celle de l'obéissance passive, soit dans l'ordre militaire, soit dans l'ordre civil.

472. Mais l'obéissance n'est due au supérieur, tout le monde en conviendra, que dans la sphère de ses pouvoirs ; hors de ces pouvoirs il ne reste qu'un homme privé, sans attribution ni droit de commandement. « Le chef en donnant tel ordre est-il dans la sphère ou hors de la sphère de ses pouvoirs ? » Voilà donc une première question que le subordonné a, je ne dirai pas le droit seulement, mais le devoir d'examiner et de résoudre. La théorie de l'obéissance passive est détruite par cela seul.

473. Même dans la sphère des pouvoirs du chef, si l'ordre constitue évidemment un crime ou un délit, par exemple si l'officier commandant un poste, pendant que la foule se promène tranquillement un jour de fête, ordonne de faire feu sur elle : si au

moment où le chef de l'État passe devant les soldats sous les armes, il commande de faire feu sur lui : ceux qui auraient obéi seraient-ils admis à se couvrir de la garantie d'un tel ordre ? A moins d'être fou ou criminel, peut-on le donner ou peut-on y obtempérer ? N'y aurait-il pas double responsabilité : responsabilité de celui qui aurait commandé, responsabilité de ceux qui auraient obéi ?

474. Nous avons outré l'exemple ; supposez, au contraire, le cas douteux, le crime ou le délit peu évidents en soi, peu appréciables surtout aux yeux du subordonné, celui-ci devra être acquitté, mais pourquoi ? Non pas comme étant garanti, en droit, par l'ordre qu'il a reçu ; mais comme n'ayant pas connu en fait la criminalité de l'acte qu'il a exécuté.

475. Et de quel côté sera la présomption ? Du côté évidemment de la non-culpabilité du subordonné, qui est généralement moins éclairé, qui ne connaît pas le détail des faits, des circonstances ou des motifs, dont le chef n'a pas à lui rendre compte, et pour qui avant tout l'ordre du chef, suivant ce qui a lieu le plus souvent, est réputé légal, le cas contraire n'étant qu'un cas très-rare et tout à fait exceptionnel.

476. Les raisonnements qui précèdent nous conduisent donc à cette conclusion : l'ordre donné par le supérieur hiérarchique, dans un acte illicite en soi, ne suffit pas pour couvrir le subordonné qui a exécuté cet ordre ; mais la présomption générale est en faveur de ce subordonné, qui ne devrait être déclaré coupable qu'autant qu'il serait démontré qu'il a agi connaissant bien la criminalité de l'acte et s'y associant.

477. Cette présomption a bien plus de force encore si, au lieu de constituer un délit commun, l'acte n'est passible de peine que comme abus, excès ou violation de devoirs dans l'ordre des fonctions elles-mêmes. En renfermant l'hypothèse dans ce cercle exclusif, c'est-à-dire en supposant qu'il ne s'agisse que de délits purement professionnels, dans lesquels aucune autre violation de droit ne se trouve comprise, il sera vrai pour la plupart des cas que le supérieur hiérarchique en donnant l'ordre aura assumé sur lui seul la responsabilité de l'appréciation qu'il aura faite du devoir de la fonction. Et cependant, même dans cette hypothèse, nous nous refuserions à poser en règle absolue, comme l'ont fait quelques codes allemands (1), que l'inférieur sera toujours à l'abri de toute pénalité, parce qu'il pourrait s'offrir telle conjoncture dans laquelle, la violation étant évidente et de grave conséquence, le devoir de l'inférieur aurait été de refuser d'obéir et de prévenir immédiatement l'autorité supérieure (2).

---

(1) Code pénal de Bavière de 1813, art. 122, remplacé aujourd'hui par le Code de 1861 ; Code pénal de Hanovre, art. 85.

(2) Supposez qu'un chef de comptabilité donne l'ordre à un inférieur de

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

478. L'ancienne jurisprudence européenne puisait dans le droit romain, relativement aux actes ordonnés par la loi ou commandés par quelque autorité, divers textes qui sont bien loin de résoudre les difficultés délicates d'un tel sujet, et qui se référaient, du reste, plutôt à des droits privés et à des actions entre particuliers qu'au véritable droit pénal public (1).

479. Elle avait aussi des textes de droit canon, et notamment, au sujet de l'homicide ordonné par la loi, cette phrase figurée, mais expressive : « *Cum homo juste occiditur, lex eum occidit, non tu* (2). »

480. C'était d'ailleurs sur cette hypothèse d'un homicide que, dans ces questions comme dans celles traitées plus haut (n° 436), se portait spécialement l'attention des criminalistes. L'homicide commandé ou autorisé par la loi était qualifié par nos anciens auteurs d'*homicide licite*, le seul qui fût « permis sans punition et sans qu'il fût besoin de lettres de rémission, ni de grâce et pardon. » Mais les conditions qui devaient le rendre ainsi licite étaient bien loin d'être déterminées avec précision et netteté (3).

481. Le Code pénal de 1791, toujours à propos de l'homicide seulement, exigea cette double condition : que l'homicide fût ordonné par la loi, et qu'il fût commandé par une autorité légitime ; il le qualifia alors d'*homicide légal*, disposant qu'il n'y aurait lieu à prononcer aucune peine ni aucune condamnation civile (4).

---

gratter les écritures d'un registre, de surcharger ou de modifier les chiffres : ici un délit ou un crime commun, le faux, la concussion, la fraude aux deniers publics ou privés, peut se rencontrer dans l'acte. Supposez qu'un geôlier en chef donne à un subordonné l'ordre d'ouvrir une porte, une fenêtre, et de faire évader un détenu : ici la violation du devoir peut être évidente et de grave conséquence. Nous n'admettrions pas comme règle absolue la non-culpabilité de l'inférieur qui aurait obéi, et, tout en le protégeant de la présomption que nous avons établie, nous croyons qu'il est des cas dans lesquels on pourrait le trouver coupable. — Aussi le *Commentaire officiel* de Bavière de 1813, que l'on cite toujours à cause de sa célébrité scientifique, ajoutait-il à la règle de l'art. 122 cette condition : « 4° Qu'en exécutant cet ordre, l'inférieur ne viole pas lui-même un devoir de ses fonctions. » Ce qui était véritablement renverser l'article (Voir la traduction de M. VATEL, pag. 105 et 106.)

(1) DIG., 2, 1, *De juridictione*, 7, § 4, Fr. Ulp. — 9, 2, *Ad legem Aquiliam*, 37, p. Fr. Javolen. — 39, 3, *De aqua, et aquæ pluviæ arcendæ*, 4, pr. Fr. Ulp. — 47. 10, *De injuriis et famosis libellis*, 13, § 2, Fr. Ulp. — 50, 1, *De regulis juris*, 167, § 1, et 169, Fr. Paul.

(2) *Corpus juris canonici*, decreti 2ª pars, causa 23, quæstio 5, cap. 41, pr. et § 1.

(3) ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles*, 1re part., ch. 2, sect. 7, distinct. 1. — MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles*, liv. 3, tit. 3, ch. 1, § 2.

(4) Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791, 2e part., tit. 2, sect. 1, art. 3 : « Dans le cas d'homicide légal, il n'existe point de crime, et il n'y a

482. Le Code pénal de 1810 a repris cette disposition, en l'étendant, comme pour le cas de légitime défense, aux blessures ou coups (n° 455), et en la formulant en ces termes : Article 327. « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les « blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés « par l'autorité légitime. »

483. Nous appliquerons ici les observations déjà faites ci-dessus, n^os^ 439 et 455. La disposition du Code est restreinte à tort à une spécialité; elle aurait dû prendre place dans la partie générale, et s'étendre à tous les faits ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. A défaut de texte, c'est donc au principe de raison supérieur qu'il faut recourir pour ceux de ces faits qui ne rentrent pas dans le cas d'homicide, de blessures ou de coups, et dont nous avons donné divers exemples ci-dessus, n° 468.

484. Les deux conditions réunies : « *ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime,* » sont nécessaires. La commission du Corps législatif proposait de les disjoindre, en remplaçant la copulative *et* par la disjonctive *ou,* de telle sorte qu'une seule de ces conditions aurait suffi ; mais le conseil d'État maintint la rédaction, qui venait du Code pénal de 1791. — Le mot *ordonné,* si on le prenait au pied de la lettre, serait trop restreint; il est des cas où la loi n'ordonne pas impérativement l'acte, mais l'autorise seulement. Cela suffit pour que l'acte cesse d'être punissable, sinon d'après le texte, au moins d'après le principe rationnel.

485. La seconde condition, le commandement de l'autorité, rentre indirectement dans la première, c'est-à-dire dans les prescriptions de la loi ; car, nous l'avons déjà dit, n° 469, si la loi a exigé certaines formes, et si dans ces formes se trouve l'intervention ou le commandement de telle autorité spéciale, il est clair que l'acte ne sera pas conforme à la loi, et par conséquent ne sera pas légitime, quand il aura eu lieu sans l'observation des formes voulues. — Ou bien, si un agent subordonné, placé sous le commandement d'un supérieur hiérarchique, a pris sur lui de faire un acte pour lequel il devait attendre ce commandement. — Mais si l'on suppose un agent qui, quoique dans un grade inférieur, se trouve *investi* lui-même du commandement dans la conjoncture dont il s'agit, par exemple un sous-officier chef de poste ; ou même chargé d'agir isolément, par exemple un gendarme isolé dans l'exercice de ses fonctions : il faut bien reconnaître que, pourvu qu'il ne sorte pas de la limite de ses pouvoirs, c'est à lui à apprécier les faits et à se diriger dans l'exécution de

---

lieu à prononcer aucune peine ni aucune condamnation civile. » — Art. 4 : « L'homicide est commis légalement lorsqu'il est ordonné par la loi et commandé par une autorité légitime. »

la loi qui lui est confiée; la mission générale qu'il a lui suffit, sans qu'il soit besoin d'un autre commandement spécial pour l'acte qu'il a cru devoir faire dans les termes de cette mission. De telle sorte qu'en définitive il faut toujours en revenir à la loi réglant le cas dont il s'agit et à la loi d'attributions. — Le législateur de 1791 a été porté à formuler séparément cette seconde condition du commandement de l'autorité légitime, parce que c'était le cas grave d'homicide qu'il avait en vue exclusivement; le législateur de 1810 a étendu la formule aux cas de blessures ou de coups : elle est juste dans toutes les hypothèses, pourvu qu'on l'interprète ainsi que nous venons de le faire.

486. Mais la disposition du Code est bien significative en ce sens qu'il en résulte textuellement que, dans notre législation positive, il ne suffit pas du seul commandement de l'autorité légitime pour mettre à l'abri de toute pénalité celui qui a exécuté ce commandement : il faut de plus, et avant tout, que l'acte soit ordonné, ou du moins autorisé par la loi; ce qui nous ramène à l'application des principes rationnels développés ci-dessus (nos 471 et suiv.). Et, quoique la disposition du Code ne parle que d'homicide, coups et blessures qui sont les cas dont on s'est le plus préoccupé, nous n'hésitons pas, sous ce rapport comme sous tous les autres, à la prendre pour règle générale. — Cependant cette règle générale fléchira devant les dispositions spéciales dans lesquelles notre législateur aurait cru, à l'égard de certains faits particuliers, devoir en ordonner autrement. Tels sont par exemple les articles 114 et 190 du Code pénal, portant textuellement, à l'occasion des crimes ou délits spéciaux auxquels se réfèrent ces articles, que les fonctionnaires, agents ou préposés du gouvernement, seront exempts de la peine s'ils justifient avoir agi par ordre de leurs supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique. Ces articles ont trait, soit aux actes attentatoires à la liberté individuelle ou aux droits civiques des citoyens; soit à la réquisition ou à l'emploi de la force publique contre l'exécution d'une loi, ou contre la perception d'une contribution légale, ou bien contre l'exécution, soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime. On voit qu'il s'agit d'actes dont la légalité ou l'illégalité est le plus souvent difficile à apprécier, et à l'égard desquels le subordonné n'a qu'à s'en rapporter à son supérieur. — Bien entendu encore que la règle générale est subordonnée, dans son application, aux conditions particulières de forme ou de juridiction établies par la loi pour la responsabilité des fonctionnaires publics, et dont nous aurons à traiter plus tard.

CHAPITRE V

OBSERVATION GÉNÉRALE SUR LES CAUSES DE NON-CULPABILITÉ PÉNALE EXPOSÉES CI-DESSUS.

486 *bis*. Ces causes, en résumé, sont au nombre de cinq : — le jeune âge, chez nous la minorité de seize ans, quand il est décidé que le mineur a agi sans discernement : — la démence ; — la contrainte ; — la légitime défense ; — l'ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

On applique communément à toutes ces causes, dans un langage qui a cours généralement chez nous, la qualification de *faits justificatifs* ou *causes de justification*. Nous sommes conduits à cette locution par l'emploi vulgaire de ces mots : justifier quelqu'un, se justifier, pour dire, prouver qu'on n'est pas coupable.

Cependant si nous y regardons de plus près, si nous voulons mettre de la précision dans nos idées et de la correction dans notre langage, il faudra faire ici une distinction très-importante.

En effet, *justifier*, c'est, en propres termes, rendre juste ; il y a *justification* quand l'acte est démontré juste, conforme au droit.

Or, c'est bien ce qui arrive dans les cas de *légitime défense*, d'ordre de la loi *avec commandement de l'autorité légitime*, parce qu'il est démontré alors que l'agent a eu le droit de faire ce qu'il a fait.

Mais il n'en est pas de même dans les cas de jeune âge, de démence ou de contrainte. Le jeune âge dépourvu de discernement, la folie, la contrainte ne donnent pas le droit de tuer, d'incendier, de faire un acte nuisible quelconque. L'acte d'un enfant sans discernement, ou d'un homme fou, ou d'un homme qui, cédant à la contrainte, met le feu à un édifice, donne la mort à quelqu'un, s'empare de la chose d'autrui, n'est pas un acte juste, un acte conforme au droit ; on ne peut pas dire avec exactitude que cet acte soit justifié. Ce qu'il y a de vrai, c'est que, l'une ou l'autre des conditions essentielles de l'imputabilité manquant, à savoir, la raison morale ou la liberté, l'acte ne peut pas être mis sur le compte de l'agent, on ne peut pas l'en rendre pénalement responsable.

Ainsi nous distinguerons :

1° *Les causes de non-imputabilité*, au nombre de trois, savoir : — le jeune âge dépourvu de discernement ; — la démence, ou absence de la raison ; — la contrainte, ou absence de la liberté.

2° *Les causes de justification*, au nombre de deux, savoir : — la légitime défense ; — l'ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

Les unes et les autres sont des causes *de non-culpabilité*, expression générale qui les englobe toutes.

CHAPITRE VI

QUI PEUT ÊTRE AGENT PÉNALEMENT RESPONSABLE D'UN DÉLIT

487. Les conditions constitutives de l'imputabilité et de la culpabilité ayant été déterminées dans les chapitres précédents, la réponse à la question posée dans celui-ci doit en dériver comme conséquence, ou se présenter comme exceptions qui y seraient faites.

§ 1. Conséquences dérivant des conditions mêmes de l'imputabilité.

488. Il est clair que l'homme, réunissant seul en lui, ici-bas, les deux conditions essentielles de l'imputabilité, raison morale ou faculté de connaître ce qui est juste ou injuste, et liberté, peut seul être l'agent pénalement responsable d'un délit.

489. Le temps n'est plus des procès faits aux bêtes. Nos anciens en ont usé; ils s'appuyaient pour cela, dans certaines hypothèses, même sur des textes du droit canon (1), et l'on voit encore la trace de ces usages dans des arrêts de parlement jusqu'au milieu du dix-huitième siècle. Non pas qu'il faille s'imaginer que l'ignorance fût telle qu'on regardât les animaux comme responsables moralement. Ces pratiques, qui se retrouvent à toutes les époques de civilisation primitive ou grossière, prenaient leur source dans ce double caractère de l'ancienne pénalité : d'abord dans le sentiment de la vengeance qui présidait aux peines, sentiment de réaction passionnée, qui s'en prend même aux êtres dépourvus de raison et aux choses inanimées; et en second lieu dans le besoin du spectacle public et matériel, du symbole ou de l'image en action, de l'impression et de l'exemple produits par les sens (2).

490. Nous ne poserons pas non plus la question au sujet de l'homme que certaines législations frappent, en certains cas, d'une déchéance considérable de droits, et qu'elles appellent *mort civilement*. Cette fiction de mort, que répudie aujourd'hui la science, n'est point la réalité; l'homme subsiste avec ses devoirs d'action ou d'inaction, avec les facultés morales qui constituent l'imputabilité : sauf les modifications de pénalité, de juridiction

(1) *Exode*, ch. 21, vers. 28 à 32 : « Si un bœuf frappe de sa corne..., » etc. — *Lévitique*, ch. 20, versets 15 et 16. — La question est bien posée dans le droit canonique : « Quæritur, quomodo sit reum pecus, cum sit irrationale, nec ullo modo legis capax? » et l'explication admise dans ce droit est celle donnée par saint Augustin : qu'il faut détruire les vestiges qui rappellent la mémoire du forfait (ou du malheur). (*Corp. juris can.*, decreti 2ª pars, causa 15, quæstio 1, cap. 4.)

(2) Voir ce qu'a écrit d'intéressant là-dessus AYRAULT dans son *Ordre, formalité et instruction judiciaire*, liv. 4, 1re partie, §§ 25 et 26, Des procès faicts aux bestes brutes et aux choses inanimées, p. 602 et suiv.

ou de procédure que la loi positive pourrait, à tort ou à raison, attacher à sa situation exceptionnelle, il est certain qu'il peut être agent pénalement responsable de délits.

491. Mais le doute peut s'élever au sujet des communautés, colléges, corporations ou autres êtres collectifs constitués par la loi en personnes juridiques. Ces êtres jouent, en ce qui concerne le droit civil, le rôle d'une personne; ils peuvent être propriétaires, créanciers, débiteurs, exercer des actions ou y défendre : cette personnification se continuera-t-elle jusque dans le droit pénal; est-il possible que l'être collectif soit lui-même un agent pénalement responsable de délits?

492. Une telle personne n'est véritablement qu'une personne fictive, une création métaphysique du droit. J'y vois bien, le plus souvent, une agrégation d'individus doués chacun de raison, de liberté morale, et par conséquent responsables chacun pénalement de ses actes; mais quant à l'être collectif, la loi qui le constitue et le personnifie est impuissante à lui donner en lui-même ces deux facultés indispensables pour l'imputabilité pénale. Que le conseil d'administration, que tous les membres mêmes de la communauté aient décidé, que plusieurs, que tous, si l'on veut, aient exécuté le délit : chacun de ceux qui y auront pris part aura à en répondre pénalement; mais en la personne métaphysique de l'être collectif, cette idée de responsabilité pénale ne peut trouver place. S'il en est autrement quant au droit civil, c'est qu'en fait de biens et d'intérêts pécuniaires rien ne répugne à l'idée qu'on puisse acquérir ou aliéner, devenir créancier ou s'obliger par mandataire, par conseils d'administration investis de pouvoirs suffisants à cet effet : idée inadmissible en fait de pénalité. — Il est vrai que la communauté, la corporation reconnue dangereuse par suite de certains faits commis par ses administrateurs ou par ses membres peut être dissoute. Mais c'est là une mesure d'utilité et non de droit pénal, c'est l'exercice d'un droit public qui appartient à l'État. — Créées en vertu de la loi pour l'utilité qu'elles peuvent avoir, les personnes juridiques peuvent être détruites quand leur existence se tourne en danger contre la société générale. Et si cette dissolution est soumise dans certains gouvernements à des conditions marquées, à la constatation d'écarts ou d'abus déterminés, à l'intervention des tribunaux ou à l'observation de certaines formes, c'est comme garantie de la liberté et des droits des citoyens à cet égard, et non comme règle de pénalité.

493. La question, résolue quant à la responsabilité pénale, se présente aussi pour la responsabilité civile; et comme cette dernière responsabilité est assise elle-même sur l'idée d'une faute, d'une négligence pour le moins, de la part de celui qui y est soumis, ce qui suppose encore un être doué de raison, si l'on suivait la conclusion logique jusqu'à la rigueur, il faudrait dire que l'être métaphysique ne peut pas non plus en être tenu, sauf la respon-

sabilité individuelle de chaque auteur. Mais, puisqu'on permet à l'être juridique de former des contrats, de prendre des obligations : s'il y a des retards, des inexactitudes ou des manquements dans l'exécution de ces obligations, il faudra bien qu'il soit tenu d'en réparer les conséquences. Puisqu'on lui permet d'être propriétaire, d'avoir certains intérêts civils et d'agir en cette qualité dans une certaine sphère, il faudra bien qu'il réponde, comme le ferait un autre propriétaire, des personnes employées au service de ses intérêts, pour la réparation des actes préjudiciables que ces personnes pourraient commettre dans ce service. Autrement il n'y aurait aucune sécurité à traiter, à entrer en relation avec lui, et sa personnification civile elle-même deviendrait impossible. On va plus loin dans cette voie lorsque, même en dehors des deux hypothèses précédentes, on impose à la communauté l'obligation de prévenir ou d'empêcher certains crimes, certains délits, et qu'on met à sa charge les réparations civiles, si ces crimes ou si ces délits ont lieu. Cette mesure, dans laquelle il y a toujours quelque chose d'exceptionnel et d'exorbitant, tient à ce que la responsabilité civile, qui se transmet par hérédité, qui peut être garantie par cautionnement ou acquittée par un tiers, se traite généralement comme une obligation civile ordinaire, et qu'on se laisse aller facilement à la transporter d'une personne à une autre. Le point de départ de l'être juridique est une fiction, qui se continue aussi loin que possible tant qu'il ne s'agit que d'intérêts civils, mais que la raison se refuse à pousser jusqu'à la pénalité.

494. En résumé, suivant la science rationnelle, les êtres juridiques, tels que l'État, les communes, les établissements publics, hospices, corporations ou associations, organisés en personnes civiles, peuvent bien, en certains cas, être tenus des réparations civiles; mais ils ne peuvent jamais être agents pénalement responsables de délits; la responsabilité pénale est individuelle et pèse exclusivement sur chacun de ceux qui ont pris part au délit personnellement : sauf, à l'égard des êtres juridiques ou au moins de quelques-uns, le droit de dissolution qui peut appartenir à l'État, aux conditions marquées par la loi.

495. En droit positif, au moyen âge, durant lequel la vie de la société a été principalement une vie de corporations, d'associations distinctes, réclamant, exerçant leurs droits, leurs priviléges particuliers, avec une personnification bien plus vive, bien plus tenace qu'aujourd'hui, rien n'avait semblé plus naturel que d'étendre cette personnification jusqu'au fait de la pénalité. Les jurisconsultes citaient des textes de droit romain à l'appui (1). Et

(1) DIG., 4, 2, *Quod metus causa gestum erit*, 9, § 1, Fr. Ulp. — 50, 1, *Ad municipalem*, 19, Fr. Scævol. — 50, 7, *De diversis regulis juris*, 160, § 1, Fr. Ulp. — Mais rien n'indique que ces textes se réfèrent à la pénalité.

quoiqu'il existât cette maxime coutumière : « Tous délits sont personnels, et en crime n'y a point de garant (1), » on en tirait d'autres conséquences, mais non point celle de l'irresponsabilité pénale des êtres collectifs et juridiques. Frapper la communauté d'amende à titre de peine, lui imposer quelque assujettissement, quelque marque, quelque monument d'humiliation, abattre ses murailles, forteresses, lieux ou édifices distingués, faire passer la charrue dessus, y semer du sel ou en jeter les cendres aux vents : il y avait à la fois dans toutes ces choses personnification plus vive de l'être collectif, vengeance satisfaite, spectacle matériel et symbolique pour les sens. Telle était l'ancienne jurisprudence pénale, et l'on trouve encore dans l'ordonnance criminelle de 1670, au temps de Louis XIV, un titre spécial, le titre 21 : « *De la manière de faire le procès aux communautés des Villes, Bourgs et Villages, Corps et Compagnies.* » Outre ces poursuites contre l'être collectif, le procès devait être fait aussi « aux principaux auteurs du crime et à leurs complices » (art. 5 dudit titre 21).

496. Notre Code pénal aujourd'hui n'a formulé aucune règle générale à cet égard ; cela seul suffirait pour qu'en l'absence de disposition positive contraire on dût s'en tenir dans notre jurisprudence pratique au principe rationnel : irresponsabilité pénale de l'être collectif, responsabilité pénale de chaque individu ayant pris part au délit, sauf le droit de dissolution en certains cas, suivant les conditions marquées par la loi (2). On peut voir en effet, par certains articles du Code relatifs à quelques crimes ou délits particuliers (art. 123 et suiv., 127 et suiv., 292 et suiv.), que tel a été le système de notre législateur en règle ordinaire. Cependant nous trouvons encore un vestige des anciennes pénalités appliquées, contrairement aux principes rationnels, à des communautés ou corporations, dans la loi du 10 vendémiaire an IV, qui frappe les communes non-seulement de la responsabilité civile, mais même d'une *amende*, à raison de certains crimes ou délits commis sur leur territoire (3).

Quant à la responsabilité civile, dont nous aurons à traiter plus tard, elle existe en principe contre les personnes juridiques dans

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 6, tit. 1, n° 9.

(2) Le Code de Bavière de 1813 consacrait ce principe dans son art. 49 ; mais le Commentaire officiel en donnait une bien mauvaise raison. Le même article étendait l'irresponsabilité jusqu'aux réparations civiles en dommages-intérêts. (V. la traduct. de M. Vatel, p. 64.) — Le principe est consacré d'une manière fort nette par l'article 26 du projet de Code portugais.

(3) Loi du 10 vendémiaire an IV *sur la police intérieure des communes*, tit. 4, art. 2. « Dans le cas où les habitants de la commune auraient pris part aux délits commis sur son territoire par des attroupements et rassemblements, cette commune sera tenue de payer à la république une amende égale au montant de la réparation principale. » — Art. 3. « Si les attroupements ou rassemblements ont été formés d'habitants de plusieurs communes, toutes seront responsables des délits qu'ils auront commis, et contribuables tant à la réparation des dommages-intérêts qu'au payement de l'amende. »

les limites de notre droit civil commun (1), et la même loi spéciale du 10 vendémiaire an IV l'a organisée tout exceptionnellement à l'encontre des communes (2).

§ 2. Exceptions provenant du droit public intérieur.

497. A ne considérer que l'idée de la justice absolue, tout homme, quel qu'il soit, du moment qu'il réunit en lui les facultés qui font la responsabilité morale, est punissable pour ses mauvaises actions. Notre raison, en justice absolue, ne conçoit pas d'exception à cette règle.—Mais, puisque la justice pénale sociale n'est point assise sur cette unique base; puisqu'il faut, pour qu'elle puisse agir, qu'au principe du juste vienne se joindre la nécessité ou du moins l'utilité sociale (ci-dess., nos 187 et 188), s'il est démontré que cette utilité demande l'irresponsabilité de certaines personnes en certaines situations, la pénalité devra s'arrêter. Contraire aux conditions de la justice absolue, l'exception sera conforme à celle de la justice pénale humaine.

498. Le mécanisme social de chaque Etat, par la manière dont les pouvoirs publics y sont organisés, peut être tel que quelques-uns de ces pouvoirs, pour être à même de fonctionner régulièrement, aient besoin dans ceux qui en sont chargés d'une sécurité, d'une indépendance plus ou moins larges; de telle sorte qu'il vaille mieux pour la société faire fléchir devant ce besoin la responsabilité pénale dans les cas mêmes où elle pourrait être justifiée, que de s'exposer à voir apporter sous ce prétexte, à l'encontre de ces pouvoirs, des troubles, des interruptions qui pourraient en fausser, en compromettre ou en arrêter l'exercice. Les premières exceptions dont nous ayons à parler peuvent donc provenir du droit public intérieur.

499. La raison, aux yeux de laquelle l'égalité de droit est un des principes essentiels du droit public, ne saurait admettre de telles exceptions que dans des cas très-rares, à l'égard de pouvoirs tellement importants dans le jeu du mécanisme social, ou d'une nature telle qu'ils demandent impérieusement ce sacrifice; jamais pour la personne, mais uniquement pour la fonction.

500. On conçoit en cela que la diversité des systèmes de gouvernement doive apporter des diversités inévitables de législation.

501. Ainsi, dans les gouvernements républicains, qui ne reposent pas sur un homme, sur une famille, et qui n'ont que des magistratures politiques temporaires, ces sortes d'exceptions sont fort restreintes. Non-seulement nul fonctionnaire, depuis le plus humble jusqu'au chef investi du pouvoir exécutif, n'y est hors

(1) Le Code forestier, art. 72, en contient une application.

(2) Loi du 10 vendémiaire an IV, tit. 4. *Des espèces de délits dont les communes sont civilement responsables.*

des atteintes de la loi pénale en ce qui concerne les délits communs; mais même pour les délits de fonction, sauf les modifications de juridiction ou de procédure estimées nécessaires, la règle la plus usuelle et la plus conforme à l'esprit de ce gouvernement y est la responsabilité. Nous en avons des exemples non-seulement dans la constitution des États-Unis d'Amérique de 1787 (1), mais dans toutes celles qui ont organisé en France cette sorte de régime, depuis la constitution directoriale de l'an III, jusqu'à la constitution présidentielle de 1848 (2).

Telle doit encore être aujourd'hui, chez nous, en l'absence de toute disposition contraire, la position du président de la République.

502. Il en est autrement dès qu'il s'agit d'une monarchie, soit à vie, soit héréditaire, même d'une monarchie constitutionnelle, fût-elle sortie tout récemment de l'élection; n'est-il pas évident que l'action du gouvernement se trouverait suspendue, le principe de l'hérédité ou de la monarchie à vie compromis, l'instrument essentiel de cette sorte de gouvernement déconsidéré, si le monarque, qui y tient une si grande place dans l'ordre des pouvoirs publics, pouvait être poursuivi, mis en accusation, condamné pour des délits politiques ou même pour des délits communs? Une fois ce régime admis, la logique, qui a son inflexibilité de déduction, n'exige-t-elle pas forcément l'inviolabilité et l'irresponsabilité pénales du monarque? Tel est le droit nécessaire de toutes les monarchies; droit que formulent ordinairement les diverses constitutions écrites par lesquelles ce régime a été organisé chez les différents peuples; que l'on retrouve, quant à nous, non-seulement dans l'ancienne monarchie, mais dans toutes celles qui ont suivi depuis la Révolution de 1789 (3): Constitution de 1791, Chartes de 1814 et de 1830; droit, enfin, qui existerait quand bien même la loi écrite serait muette, comme l'étaient les constitutions organiques du premier Empire (4), parce qu'il est essentiellement inhérent à un tel système. Soumis à la législation et à

(1) Constitution américaine du 17 septembre 1787, art. 1er, sect. 3, nos 6 et 7; et art. 2, sect. 4.

(2) Constit. du 5 fructid. an III, art. 158 et 159. — Constit. du 22 frim. an VIII : l'article 69 mettait bien les consuls, les conseillers d'État et quelques autres à l'abri de toute responsabilité pour les délits de fonction; mais la responsabilité pénale pour les délits communs restait (art. 70 et suiv.). — Constit. du 4 novembre 1848, art. 68.

(3) Constitution du 3 septembre 1791, tit. 3, ch. 2, sect. 1, art. 1 : « La personne du roi est inviolable et sacrée. » — Disposition identique dans la Charte de 1814, art. 13, et dans celle de 1830, art. 12.

(4) La constitution du 22 frim. an VIII, art. 69, mettait bien les consuls à l'abri de toute responsabilité, mais seulement pour leurs fonctions, le cas de délit commun restant par conséquent sous l'empire de la loi ordinaire. Le sénatus-consulte organique de l'Empire, du 28 floréal an XII, n'ajouta rien à cette disposition; mais nul doute que le changement de régime seul n'emportât sa conséquence forcée.

la justice du pays quant au droit privé, du moins c'est ce que veut la raison, le monarque ne peut pas l'être quant au droit pénal, et l'on ne saurait chercher en lui un agent pénalement responsable de délits. L'idée de la justice absolue peut en être froissée ; mais telle est la condition inférieure de la justice pénale sociale. Arrivez à la responsabilité effective du monarque, vous avez une révolution.

503. Sous le dernier régime, l'Empereur restait bien soumis à l'espèce de responsabilité politique dont parlait l'article 5 de la Constitution du 14 janvier 1852, en ces termes : « Le président » de la République est responsable devant le Peuple français, » auquel il a toujours le droit de faire appel, » article qui n'était pas au nombre de ceux modifiés ou abrogés par le sénatus-consulte du 23-25 décembre 1852 ; mais nous croyons que, par la force même du régime impérial héréditaire, et quoique aucun texte légal n'y eût pourvu, la responsabilité pénale devant les juridictions répressives n'existait plus. Nous nous trouvions, à cet égard, comme sous l'empire organisé en l'an XII.

504. Une seconde exception plus restreinte existe, tant dans les républiques que dans les monarchies, du moment que le régime représentatif y est organisé, c'est-à-dire que des députés, représentants de la population, y sont appelés, soit dans une, soit dans plusieurs assemblées délibérantes, à prendre une part plus ou moins grande aux mesures de finances et à l'exercice du pouvoir législatif. La nécessité de donner à ces représentants toute sécurité dans l'accomplissement de leur mission, et de les abandonner librement, sur ce point, à l'autorité de leur seule conscience, les a fait affranchir de toute responsabilité pénale pour les votes, discours ou opinions émis par eux en leur qualité et dans leurs fonctions de représentants. Il n'est pas impossible que ces discours contiennent des excitations coupables contre l'État, des diffamations, des calomnies même contre des particuliers qui ne sont point là pour y répondre ; le principe de la justice absolue pourra souffrir de l'impunité : c'est un sacrifice à faire, dans la justice pénale sociale, à l'intérêt plus grand auquel se rattachent ces fonctions. A part le frein moral que le député doit s'imposer lui-même, les tempéraments disciplinaires autorisés par le règlement de l'Assemblée sont les seules barrières opposées à de tels écarts.

Mais cette irresponsabilité pénale ne sort pas de l'ordre des fonctions de représentant. Pour tous les délits politiques en dehors de ces fonctions et pour tous les délits communs, l'agent pénalement responsable subsiste. Seulement, afin que ces sortes de délits ne servent pas de prétexte à des poursuites qui auraient pour but, ou du moins pour effet, d'enlever à un moment donné le représentant à l'accomplissement de sa mission, ou de l'y troubler, on impose à ces poursuites des conditions particulières, lesquelles ne sont que des garanties de juridiction ou de forme,

qu'il faut bien se garder de confondre avec l'irresponsabilité, et dont nous aurons à traiter plus tard.

505. Créé et mis en vigueur sous l'empire des précédents dans l'histoire du régime parlementaire en Angleterre, formulé dans la constitution américaine de 1787 (1), décrété chez nous par la Constituante, en 1789, sur la motion de Mirabeau (2), le principe de l'irresponsabilité pénale du député en ce qui concerne ses actes de représentant, le seul dont nous ayons à nous occuper en ce moment, a passé depuis, en articles plus ou moins explicites, dans toutes nos constitutions (3), et dans celles qui ont organisé chez d'autres peuples (4) le système représentatif.

506. Il est formulé chez nous, aujourd'hui, en ces termes, par le décret organique pour l'élection des députés au corps législatif, du 2-21 février 1852, article 9, encore aujourd'hui en vigueur pour les membres de l'Assemblée nationale : « Les députés ne » pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps » pour les opinions qu'ils auront émises dans le sein du corps » législatif. »

507. Sauf l'irresponsabilité pénale absolue du monarque dans les gouvernements monarchiques, et celle des membres des assemblées représentatives en ce qui concerne seulement les actes de leur fonction dans les gouvernements représentatifs, on ne voit pas que les nécessités du droit public intérieur réclament de semblables exceptions pour d'autres fonctionnaires. Tous restent, au contraire, sous le coup de leur responsabilité, tant pour les délits de fonction que pour les délits politiques et pour les délits communs. Si des raisons se présentent pour modifier en certains cas à leur égard les règles de juridiction ou de procédure, ainsi que nous aurons à l'expliquer plus tard, ils ne sont pas mis pour cela à l'abri de la loi du pays ; l'agent pénalement responsable subsiste en eux.

§ 3. Exceptions provenant du droit public international.

508. Mais des raisons analogues à celles qui se présentent dans le droit public intérieur amènent quelques conséquences semblables dans le droit public international.

509. Les nations, êtres collectifs, ne sont pas plus créées pour

(1) Constitution des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787, art. 1, sect. 6, n° 1, quant à l'irresponsabilité pénale ; et sect. 5, n° 2, quant au pouvoir disciplinaire de chaque chambre.

(2) Décret du 23 juin 1789.

(3) Constit. du 3 septembre 1791, tit. 3, ch. 1, sect. 5, art. 7. — Constit. du 5 fructid. an III, art. 110. — Constit. du 22 frim. an VIII, art. 69. — Cette Constitution avait exagéré l'irresponsabilité pénale pour les délits de fonctions en l'étendant à la fois aux membres du Sénat, du Corps législatif et du Tribunat, aux consuls et aux conseillers d'Etat. — Charte de 1814, art. 18, et Charte de 1830, art. 16, indirectement. — Constit. du 4 novembre 1848, art. 36.

(4) Le principe remonte très-haut, on le retrouve dans l'Aragon.

vivre à l'état d'isolement que ne l'est l'homme considéré individuellement. La loi de sociabilité est une loi de nature pour elles comme pour chacun de nous. Elles ont inévitablement entre elles, quoique d'une manière plus ou moins éloignée, des rapports d'intérêts, des nécessités morales d'action ou d'inaction. Et comme les êtres collectifs sont hors d'état de fonctionner par eux-mêmes, mais que leurs facultés et leur activité ne s'exercent, en définitive, qu'au moyen d'agents individuels, il existe pour les nations, dans les relations qu'elles ont l'une avec l'autre, une double nécessité : 1° nécessité d'un pouvoir intérieur au sein de chacune d'elles, qui décide de la conduite à tenir par l'État à l'égard de chaque autre puissance étrangère, dans tous les actes que cette conduite peut embrasser; 2° et pour préparer ces résolutions, pour se concerter avec le pouvoir correspondant au sein de chaque Etat étranger, pour y servir d'organe à de mutuelles dispositions de bienveillance et de bons offices, y adoucir les froissements, y éviter les ruptures, y porter les réclamations, y proposer ou y discuter les bases des arrangements internationaux, nécessité de négociateurs ou mandataires investis d'un caractère représentatif plus ou moins étendu, et envoyés au nom d'une nation auprès d'une autre.

510. Quelle sera, dans chaque État, l'autorité à laquelle sera donné le pouvoir de traiter et de décider en ce qui concerne les relations avec les puissances étrangères? C'est là une question de droit public intérieur, diversement résolue suivant les diverses constitutions politiques. Ce pouvoir, à quelque autorité qu'il soit attribué, fait partie de la souveraineté nationale. Les puissances étrangères n'ont à se préoccuper de sa distribution que pour savoir avec qui elles peuvent négocier et conclure valablement.

Mais il n'en est pas de même de la conduite à tenir par chaque puissance envers les négociateurs ou mandataires envoyés chez elle par un autre État. L'État qui a envoyé et celui qui a reçu le négociateur y sont l'un et l'autre parties intéressées. D'où la conséquence que cette conduite rentre dans les obligations de nation à nation; qu'aucune des deux parties ne peut seule y faire la loi; ou, en d'autres termes, que la question ne peut pas être régie par le droit public intérieur, mais qu'elle doit l'être par le droit public international, le droit intérieur n'y devant intervenir que pour sanctionner celui-ci. Telle est l'idée première que nous poserons pour point de départ, et qui ne doit pas être perdue de vue en cette matière (1).

511. Ces sortes d'envoyés, auxquels on n'a eu recours dans l'origine que d'une manière occasionnelle, suivant l'exigence de

(1) « Il faut donc suivre, à l'égard des ambassadeurs, les raisons tirées du droit des gens, et non pas celles qui dérivent du droit politique. » MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 26, ch. 21.

chaque affaire, ont pris, à mesure que les relations entre les peuples civilisés sont devenues plus suivies, un caractère d'institution permanente et une résidence à poste fixe auprès des gouvernements divers. C'est surtout depuis la paix de Westphalie, en 1648, premier exemple d'un grand arrangement conventionnel élaboré en congrès ou concile diplomatique, entre la plupart des puissances européennes, que cet usage de légations permanentes s'est introduit et régularisé de plus en plus.

512. Mais, qu'il soit chargé d'une mission occasionnelle ou d'une légation en permanence, l'envoyé doit venir au sein d'un pays étranger, livré à la foi du gouvernement de ce pays, y soutenir avec fidélité, avec fermeté au besoin, les prétentions, les intérêts de son propre gouvernement. Cet acte de confiance, cette situation et la nature d'une telle mission demandent pour lui des garanties particulières, sans lesquelles ses fonctions, si nécessaires aux relations internationales, deviendraient impossibles. A défaut de la force effective qu'il n'a pas autour de lui, il faut que le droit international le protége.

513. La vieille maxime qu'un tel envoyé est inviolable, que son caractère est saint : « *Sancti sunt legati* (1) », pour dire qu'il doit être à l'abri de tout acte de violence, de toute atteinte à sa personne, à sa liberté ou à ses biens, a été faite surtout pour l'état de guerre, ou pour ces temps, pour ces états de civilisation grossière dans lesquels étranger était presque synonyme d'ennemi. — Elle conserve encore toute sa portée en cas de relations hostiles : les mesures de guerre, de représailles ou de rigueur, autorisées en pareil cas par le droit des gens, ne doivent pas atteindre les ambassadeurs ou envoyés, et une protection particulière pour les en garantir doit les entourer. — Mais à l'état normal, c'est-à-dire à l'état de relations pacifiques, la raison proclame que tous les étrangers ont droit, autant que les nationaux, à la protection de leur personne et de leurs biens contre toute espèce d'atteinte illicite ; et c'est là ce qui se pratique en effet aujourd'hui chez les peuples civilisés. Tout ce qu'offre de particulier à cet égard la situation des agents diplomatiques consiste donc seulement dans une obligation plus étroite de la part des autorités à leur assurer cette protection, dans la nécessité d'un respect plus grand de la part de chacun à s'abstenir envers eux de tous actes illicites, et dans l'aggravation de peine qui pourrait être justement attachée à ces actes s'ils étaient commis contre eux.

514. Cette assurance d'une protection qui est due en définitive à tous ne suffit pas à la sécurité, à l'indépendance de leur mission. Si eux-mêmes deviennent pénalement justiciables des autorités du pays où ils ont été envoyés, s'ils peuvent être poursuivis, arrêtés, condamnés par ces autorités pour des crimes ou des délits qui

(1) Dig., 50, 7. *De legationibus*, 17. Fr. Pomponius.

leur seraient reprochés, ne se trouveront-ils pas dans une position subordonnée, là où ils sont chargés cependant de représenter un gouvernement égal en droit? Ne pourront-ils pas être en appréhension qu'on ne se serve de pareils prétextes pour les troubler, pour leur imposer dans l'exercice de leurs fonctions, pour en pénétrer les secrets, ou pour exercer des ressentiments qu'on en aurait conçus contre eux? Les nations ne se doivent-elles pas d'éloigner jusqu'à la possibilité de pareilles appréhensions, sous peine de susciter entre elles un obstacle radical à une si utile institution? Ce motif seul est décisif pour établir rationnellement que les ambassadeurs ou envoyés ne peuvent pas être considérés comme agents pénalement responsables de délits devant les juridictions du pays auprès duquel ils sont accrédités, et nous laisserons, en conséquence, de côté toutes les raisons secondaires qu'on a cherché à en donner. Les idées de justice absolue peuvent être froissées par cette exception, mais les conditions de la justice pénale sociale l'exigent.

515. Si l'on a bien saisi la nature et la force de ces motifs, on verra qu'il n'y a pas à distinguer ici entre les délits légers ou les grands crimes, comme le proposent certains criminalistes. Il est vrai que les grands crimes sont plus patents, que les preuves en sont ordinairement plus manifestes, que l'abus des inculpations fausses et malintentionnées y est moins facile; mais enfin cet abus est possible encore; et cela suffit pour que toute cause d'appréhension à cet égard doive être supprimée entre les nations.

516. Mais l'irresponsabilité pénale dont nous parlons ici n'est pas absolue comme celles dont il a été traité au paragraphe précédent. S'il n'est pas tenu de répondre pénalement de ses actes devant les juridictions répressives du pays auprès duquel il est accrédité, l'agent diplomatique en est responsable devant les autorités du pays qui l'a envoyé. La punition qu'il a méritée, les réparations auxquelles il doit être tenu, deviennent une question internationale, une affaire d'État à État. Outre le droit qu'a le gouvernement auprès duquel il était accrédité, soit de demander son rappel, soit de mettre lui-même fin à sa mission en lui signifiant qu'il ait à prendre congé, ou même en lui enjoignant de quitter le territoire dans un délai donné si la gravité des circonstances le comporte, c'est toujours un devoir pour ce gouvernement de réclamer, d'exiger diplomatiquement la punition et les réparations méritées, comme c'est un devoir pour l'autre État de les lui procurer suivant ce que commande la justice. Il s'agit donc moins en ceci d'un véritable cas d'irresponsabilité pénale que d'une question de juridiction compétente.

517. Si l'on suppose que le crime reproché à l'agent diplomatique est un crime en cours d'exécution contre l'État lui-même auprès duquel il est accrédité, une conjuration fomentée contre cet État, des démarches, des intrigues pour susciter contre lui

une rébellion, des atteintes coupables à la fortune publique, des falsifications de monnaies, de billets ou papiers nationaux ayant cours, ou autres semblables agressions, l'affaire alors prend un tout autre caractère. Il ne s'agit plus de punir, il s'agit de se défendre. Soit que l'agent diplomatique paraisse agir de son seul mouvement, soit qu'il paraisse agir, ce qui serait beaucoup plus grave, à l'instigation et avec la complicité de son propre gouvernement, l'Etat attaqué a le droit de prendre contre l'agresseur toutes les mesures de défense indispensables pour écarter le péril qui vient de lui : l'arrêter, l'expulser de force, le faire conduire sous escorte jusqu'à la frontière, le retenir prisonnier, exiger un désaveu et une punition exemplaires, poursuivre au besoin par les armes son droit contre le gouvernement complice ; en un mot, mesurer la défense aux nécessités de la situation, sans l'exagérer ni en dépasser les limites.

Notez bien que, même dans ce cas, nous ne reconnaissons pas au gouvernement attaqué le droit de faire juger l'agent diplomatique par ses tribunaux, et de le faire punir comme tout autre coupable. Les exemples anciens d'une semblable manière de procéder qu'offre l'histoire ne font pas autorité pour nous, parce que, nous les estimons contraires à la raison du droit international. C'est le droit de légitime défense et non le droit de punition que nous reconnaissons au gouvernement attaqué. Bien entendu que pour tous les actes qui seraient postérieurs à la cessation de son caractère diplomatique, l'ex-envoyé tomberait sous l'application de la loi commune ; mais nous ne considérons pas sa trahison comme le dépouillant de plein droit et par elle-même de ce caractère. Il faut un acte formel à cet effet, tant du gouvernement par lequel, que de celui auprès duquel il était accrédité.

518. Ce droit de défense légitime, que nous reconnaissons à l'égard des crimes ou actes hostiles en cours d'exécution contre l'Etat, nous le reconnaissons pareillement à l'égard des crimes ou délits en cours d'exécution contre les particuliers. Nul doute que les autorités du pays, que les autres habitants s'il est nécessaire, n'aient le droit de porter secours à la personne attaquée, et d'employer contre l'agresseur, fût-il agent diplomatique, tous les moyens indispensables pour empêcher le crime ou le délit de s'accomplir, suivant les règles de la légitime défense ; nul doute qu'à défaut ou en cas d'insuffisance de ce secours, la personne attaquée n'ait le droit de recourir à sa propre énergie et à ses propres moyens individuels pour se défendre. Mais nous bornons toujours ce droit à la défense durant le péril et en vue d'écarter le péril ; quant aux mesures à prendre ultérieurement, quant à la punition ou aux réparations qui pourraient suivre, c'est toujours une affaire diplomatique.

519. Le même motif déjà exposé conduit à faire reconnaître encore comme fondées en raison, à l'égard des agents diplomati-

ques, certaines autres exceptions à la loi commune du pays où ils sont envoyés. De ces exceptions, les unes, étant étrangères au droit pénal, ne doivent en rien nous occuper, et les autres, se référant aux droits de visite domiciliaire, d'arrestation, de juridiction territoriale ou de procédure, ne seront examinées par nous que plus tard. C'est l'ensemble de toutes ces exceptions qui constitue ce qu'on nomme les priviléges ou immunités des ambassadeurs.

520. Si, des principes rationnels par nous exposés sur la seule question qui nous occupe, celle de l'irresponsabilité pénale, on en vient au droit positif et à la jurisprudence doctrinale ou pratique, on ne trouvera d'unité ni dans les précédents soit diplomatiques, soit judiciaires, ni dans les opinions émises par les nombreux auteurs qui ont écrit avec autorité sur ce sujet (1).

521. Il existe bien à cet égard une fiction qui a cours dans toute la diplomatie, qui y est passée comme à l'état d'axiome, et qui semble à plus d'un esprit, par la force de l'habitude, rendre suffisamment raison des difficultés; savoir, que l'ambassadeur ou ministre diplomatique est censé n'avoir pas quitté le territoire de l'État qu'il représente, et que son hôtel comme ses équipages sont censés être la continuation de ce territoire. C'est là ce qu'on nomme le privilége de l'*exterritorialité*. — Cependant, en fait, l'ambassadeur est bien ici et non pas là; son hôtel, ses équipages sont bien sur ce territoire et non pas sur cet autre; la population qui l'entoure, les relations qu'il a avec elle, les événements qui se passent chaque jour, se réfèrent bien à ce pays et non pas à cet autre. La fiction de l'exterritorialité se trouve en perpétuelle contradiction avec les faits : de telle sorte que lorsqu'on en veut développer les conséquences on est obligé de reculer devant un grand nombre, et que, d'accord sur la fiction, on n'est plus d'accord sur l'application qu'il s'agit d'en faire. On croit avoir donné une formule de solution, on n'a donné qu'une image

---

(1) Voir principalement :

Parmi les publicistes : GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, liv. 2, ch. 18, § 4 et suiv. — PUFFENDORF, *De jure naturæ et gentium*, liv. 8, ch. 10, § 3 et suiv. — DE WICQUEFORT, *L'ambassadeur et ses fonctions*, liv. 1er, sect. 27, 28 et 29. — BYNKERSHOEK, *De foro legatorum*, ouvrage *ex professo* sur ce sujet. — MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 26, ch. 21. — WATTEL, *Le Droit des gens*, liv. 4, ch. 7. — G. F. DE MARTENS, *Précis du Droit des gens modernes*, liv. 7, ch. 5. Voir l'édition avec les notes de PINHEIRO-FERREIRA. — G. DE RAYNEVAL, *Institutions du Droit de la nature et des gens*, liv. 2, nº 42. — KLUEBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, § 203 et suiv. — CH. DE MARTENS, *Guide diplomatique*, ch. 5. — WHEATON, *Eléments de droit international*, 2e partie, ch. 2, § 9 et suiv., et 3e partie, ch. 1er, § 14 et suiv.

Parmi les jurisconsultes : JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, tome 1, pag. 425, nos 37 et 38. — *Nouveau Denisart*, au mot *Ambassade*. — MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Ministre public*, sect. 5, notamment §§ 3 et 4. — MANGIN, *Traité de l'action publique*, nº 79 et suiv. — F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, liv. 2, ch. 5, § 127. — Ach. Morin, *Répertoire du droit criminel*, au mot *Agents diplomatiques*.

fausse, occasion de controverses multiples, sous laquelle s'efface et disparaît la véritable raison de décider.

Il serait temps de rejeter de la pratique comme de la théorie ces figures mensongères, dont le droit romain et l'ancienne jurisprudence avaient beaucoup trop répandu le goût. Une fiction, c'est-à-dire quelque chose de contraire à la vérité, ne saurait être une raison; ceux qui ont le jugement droit l'acceptent tout au plus comme une manière qui semble plus commode et plus laconique d'exprimer une solution : « on agira comme si.... » Même prise dans ce sens, elle est pleine d'inconvénients, ainsi qu'on le voit pour la fiction de l'exterritorialité. On se mettrait bien plus facilement d'accord, et l'on arriverait à des solutions bien plus concordantes, si, au lieu de les tirer d'une telle fausse supposition, on les cherchait simplement dans les conséquences raisonnables de ce qui est le véritable motif de décider, à savoir, la nécessité d'assurer aux ministres diplomatiques toute la sécurité et toute l'indépendance nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions.

522. Pour peu qu'on lise ce qui en a été écrit ou qu'on observe les faits, il sera facile de reconnaître qu'on se trouve placé ici, quant au travail d'application, entre deux tendances opposées; celle des personnes qui tiennent par profession aux carrières ou aux études diplomatiques, et aux yeux desquelles le droit commun s'efface bien facilement devant les spécialités de la profession; celle, au contraire, des personnes qui tiennent à la magistrature, aux carrières ou aux études judiciaires, lesquelles sont portées à faire prédominer l'action de la justice du pays, et qui admettent difficilement qu'il y soit fait exception. Les unes et les autres de ces personnes ont besoin de se mettre en garde contre des préoccupations exclusives. Les magistrats et les jurisconsultes ne doivent pas oublier que chaque peuple n'est pas libre en cette matière d'en agir à sa guise, puisqu'il s'agit d'obligation d'État à État, ni de réglementer comme il l'entend, par sa législation intérieure, les difficultés de la question; mais que c'est au droit international qu'appartiennent, en définitive, les solutions (n° 510); tandis que les hommes chargés de présider à la direction des affaires extérieures ne doivent pas oublier de leur côté qu'il ne leur est pas permis de faire bon marché des droits qui appartiennent à la puissance intérieure de la nation sur son territoire, et qu'il n'y a d'autres restrictions à faire à cette puissance que celles qui sont rendues nécessaires par le droit des autres États.

523. Or, le droit international pratique n'a pas de texte législatif universel; il se fonde sans doute sur les exemples et les précédents, mais à charge par la raison de rectifier et d'épurer de plus en plus ces précédents, surtout lorsqu'ils sont contradictoires; il se fonde encore sur les clauses spéciales des traités, mais ces clauses ne sont obligatoires qu'entre les États contractants, et n'ont, à l'égard des autres États, d'autre autorité que celle d'un exemple;

de telle sorte qu'en définitive, même pour la solution pratique des affaires, il faut en revenir aux décisions de la raison internationale. — En conséquence, quant au point qui nous occupe, laissant de côté certaines divergences dans les exemples historiques ou dans les opinions des écrivains, nous croyons qu'il faut s'en tenir, même pour l'application, en l'absence de toute clause spéciale dans les traités, aux solutions rationnelles par nous indiquées ci-dessus (nos 514 et suiv.), c'est-à-dire au principe général de l'irresponsabilité pénale des ministres diplomatiques, sans distinction entre les crimes graves et les délits légers, et sauf le droit de légitime défense pour l'État et pour les particuliers, droit distinct de celui de punition. Cette décision sera d'ailleurs celle qui répondra le mieux encore à l'esprit et à l'état actuels du droit suivi entre les nations.

524. Quant à notre législation positive intérieure en France, loin de faire obstacle à ces décisions, elle s'y prête entièrement; elle est en accord avec cette idée dominante, que le droit à suivre en ces questions est le droit international, et que le droit intérieur n'y doit intervenir que comme sanction.

Ainsi, en 1789, les ambassadeurs et ministres étrangers ayant fait demander à l'Assemblée nationale, par le ministre des affaires étrangères, l'explication d'un décret du 13 octobre 1789, déclarant « que dans tous les cas où le salut de l'État est compromis, il n'y a pas de lieux privilégiés, » l'Assemblée a décidé : « Que la demande de MM. les ambassadeurs et ministres étrangers devait être renvoyée au pouvoir exécutif; mais que, dans aucun cas, elle n'avait entendu porter atteinte par ses décrets à aucune de leurs immunités (1). » — Un autre décret de la Convention, du 13 ventôse an II, que l'on s'accorde avec raison à considérer comme étant encore en vigueur, est ainsi conçu : « Il est interdit à toute autorité constituée d'attenter en aucune manière à la personne des envoyés des gouvernements étrangers; les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au comité de salut public, qui seul est compétent pour y faire droit. » — Enfin le projet du Code civil contenait à ce sujet une disposition spéciale que voici : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. Il en sera de même des étrangers qui composent leur famille ou qui seront de leur suite. » Cette disposition fut supprimée par un motif plusieurs fois reproduit, et que Portalis exprimait en ces termes : « Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens; nous n'avons point à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur. » — D'où il res-

(1) Décret du 11 décembre 1789.

sort que notre législateur s'est tenu à dessein dans les généralités ou s'est abstenu sagement : renvoyant au droit international la solution de ces questions, dans lesquelles chaque peuple en relation avec nous figure autant que nous comme partie ; se bornant à défendre d'une manière générale à toute autorité d'attenter à la personne des ambassadeurs, et posant comme règle de compétence l'obligation de s'adresser, en cas de réclamations ou de difficultés à ce sujet, au pouvoir chargé de la direction de nos affaires avec les puissances étrangères (1).

Nous croyons que telle est la règle pratique de conduite à laquelle doivent se tenir les magistrats, les autorités diverses, comme les particuliers, et que, même après les actes ou les mesures urgentes qu'aurait pu nécessiter l'exercice du droit de légitime défense, il doit en être référé le plus promptement possible au ministère des affaires étrangères pour les suites à donner à ces mesures.

525. Mais quelles sont les personnes qui jouissent de cette immunité ?

L'usage a introduit dans le droit international positif certaine division des envoyés diplomatiques en plusieurs ordres, ayant un rang honorifique différent. Ces ordres, fixés au nombre de trois par l'un des annexes du Congrès de Vienne de 1815 (2), ont été, moins logiquement, portés à quatre dans la conférence d'Aix-la-Chapelle en 1818. — Le premier ordre est celui des *ambassadeurs*, dont le trait distinctif est d'être accrédités par leur souverain auprès du souverain étranger, avec aptitude à traiter même directement et sans intermédiaire avec ce souverain, s'il y a lieu : à cet ordre appartiennent les légats et les nonces. — Le second ordre est celui des *envoyés* proprement dits, ministres plénipotentiaires ou internonces, et le troisième celui des ministres *résidents*, dont le caractère commun, envoyés ou résidents, est bien encore d'être accrédités par leur souverain auprès du souverain étranger, mais qui ne sont reçus à traiter qu'avec le ministre des affaires étrangères ou avec toute autre personne désignée à cet effet par le souverain du pays. Ces deux ordres, qui n'en formaient qu'un dans le règlement de 1815, ayant chacun ce même caractère, la distinction introduite entre eux dans la conférence d'Aix-la-Chapelle n'a été qu'une distinction d'étiquette. — Le quatrième, enfin, est celui des *chargés d'affaires*, dont le trait dis-

(1) L'article 77 du projet de Code portugais réserve le droit qu'a le gouvernement de solliciter le rappel des agents diplomatiques, de leur rendre leurs passe-ports, de les faire sortir immédiatement du royaume dans les cas les plus graves, et même d'exiger diplomatiquement leur punition et les réparations nécessaires selon le droit des gens ; il réserve, en outre, le droit de légitime défense du gouvernement et des particuliers, s'il y a lieu.

(2) N° 17. Règlement sur le rang entre les agents diplomatiques, signé à Vienne le 19 mars 1815.

tinctif est d'être accrédités seulement auprès des ministres des affaires étrangères. — Tous ces agents internationaux, quoique dans un rang différent, sont investis les uns et les autres d'une mission diplomatique ; tous, en conséquence, tant par les motifs de raison que par les usages établis, jouissent de l'immunité relative à l'irresponsabilité pénale devant les juridictions du pays où ils sont accrédités.

526. L'usage positif (1) est de comprendre aussi dans cette immunité la femme et la famille de l'envoyé diplomatique, qui sont réunis, vivant et faisant pour ainsi dire corps avec lui durant sa mission. Le motif de raison peut être que la sécurité et l'indépendance du ministre ne seraient pas complètes si ce ministre pouvait jamais se trouver menacé dans la personne des êtres qui le touchent de si près et qui se confondent en quelque sorte avec lui.

527. L'immunité s'étend encore aux personnes qui composent la suite officielle du ministre diplomatique, en qualité d'employés de leur gouvernement, attachés à la mission même et y remplissant un office public, tels que les conseillers, secrétaires, chanceliers, interprètes, attachés de légations ou autres. Comme ils concourent à des titres divers au service de la mission diplomatique, avoir action sur leur personne, ce serait pouvoir porter plus ou moins atteinte à la sécurité et à l'indépendance de cette mission.

528. Mais l'extension de l'immunité ne doit pas avoir lieu en faveur des personnes qui sont attachées uniquement au service personnel du ministre, et non à celui de l'État. Aucun motif rationnel ne milite pour cette extension, et l'usage international, malgré quelques prétentions ou opinions contraires, peut être considéré comme tendant à s'arrêter aujourd'hui dans le sens de la négative (2). L'agent diplomatique ne doit mettre aucun obstacle aux poursuites pénales dirigées contre ces personnes, et son devoir serait de les livrer à l'autorité, suivant la loi commune du pays, si elles étaient réfugiées dans son hôtel. Bien entendu que les difficultés à cet égard, s'il en était soulevé, devraient être préalablement résolues, comme toute difficulté semblable, par l'intermédiaire du ministre des affaires étrangères. Notre Cour de cassation a eu occasion de faire l'application de ces principes du droit international par un arrêt de rejet du 11 juin 1852.

529. Indépendamment des agents diplomatiques, la plupart des

---

(1) G. F. DE MARTENS, *Précis du Droit des gens moderne*, liv. 7, ch. 9, § 234. — KLUEBER, *Droit des gens modernes de l'Europe*, § 191. — CH. DE MARTENS, *Guide diplomatique*, ch. 7, § 48.

(2) G. F. DE MARTENS, *Précis du Droit des gens moderne*, liv. 7, ch. 5, § 219. — KLUEBER, *Droit des gens moderne*, §§ 191 et 213, qui est pour l'extension de l'immunité. — CH. DE MARTENS, *Guide diplomatique*, ch. 5, § 29. — WHEATON, *Eléments de Droit international*, 3e partie, ch. 1, §§ 15 et 16, qui est aussi pour l'extension de l'immunité.

gouvernements entretiennent encore habituellement, dans les principaux ports ou places de commerce, en pays étrangers, certains agents ou fonctionnaires dont la mission spéciale est de protéger les nationaux du gouvernement qui les a institués, de veiller à la conservation de leurs droits ou priviléges, et de remplir à leur égard certaines fonctions d'administration, de police ou de juridiction. Ces agents portent le nom de *consuls* ou agents consulaires. N'ayant été, dans leur première origine, que de simples fondés de pouvoirs choisis par les négociants, par des compagnies ou réunions de commerce, ou par certaines municipalités, pour la surveillance des intérêts de leurs commettants, ils sont aujourd'hui nommés par le gouvernement, et constituent de véritables fonctionnaires publics.

Bien que leur mission ait pour but spécial la protection d'intérêts individuels, cependant elle se réfère dans beaucoup de cas à des intérêts généraux de leur gouvernement; et bien que leur sphère soit principalement celle du commerce et de la navigation, cependant leurs fonctions s'étendent, en plus d'une occasion, à des personnes ou à des objets en dehors de cette sphère.

Le trait distinctif qui les sépare des agents diplomatiques, c'est qu'ils ne sont pas accrédités auprès du souverain ni auprès du ministre des affaires étrangères comme chargés de négociations; ils ne reçoivent pas, en conséquence, des *lettres de créance;* ils sont porteurs seulement de *lettres de provision* ayant pour but de notifier à toutes les autorités du pays où ils doivent s'installer la charge qui leur est donnée. Et comme il n'est permis à aucun gouvernement de faire exercer sur le territoire d'un autre des pouvoirs d'administration, de police ou de juridiction, fût-ce à l'égard de ses propres nationaux qui se trouvent sur ce territoire, sans le consentement du souverain territorial, les lettres de provision du consul ne deviennent exécutoires et les fonctions de cet agent ne peuvent être exercées qu'en vertu de l'*exequatur* du gouvernement du pays où le consul doit siéger. Enfin, tandis que les agents diplomatiques, accrédités qu'ils sont soit auprès du souverain, soit auprès du ministre des affaires étrangères, n'ont aucun rapport officiel direct à établir avec les autorités administratives, judiciaires, militaires ou autres du pays, et que tout doit être traité par eux, suivant leur rang, soit avec le souverain lui-même, soit par l'intermédiaire du ministre des affaires étrangères ou de toute autre personne désignée à cet effet (n° 525), les consuls, au contraire, peuvent avoir, pour l'accomplissement de leur charge, à agir, à réclamer, à se mettre en instance auprès de toutes les autorités administratives, judiciaires, militaires ou autres du pays, suivant les droits qu'ils ont à défendre ou les intérêts à protéger.

En somme, il résulte de ces observations que les consuls, bien qu'au nombre des agents internationaux, ne sont point des agents diplomatiques accrédités pour les négociations de gouvernement

à gouvernement, mais qu'ils sont uniquement : 1° des fonctionnaires publics admis à exercer en pays étrangers, à l'égard des nationaux de leur gouvernement, certaines fonctions d'administration de police ou de juridiction ; 2° des agents commissionnés pour la protection, devant les diverses autorités du pays où ils résident, des droits et intérêts de ces nationaux, protection qu'ils ne leur donnent pas à titre privé, comme de simples mandataires particuliers, mais à titre public, au nom de leur gouvernement ; 3° enfin des agents d'information, de réception et de transmission de renseignements, actes ou documents relatifs soit aux intérêts généraux, soit aux intérêts particuliers qui leur sont recommandés par leur gouvernement.

Quelque utiles que soient ces fonctions, elles ne sont point assez essentielles dans les relations de nation à nation pour exiger le sacrifice des droits de la juridiction territoriale. Ceux qui sont employés dans cet ordre, quel que soit le rang hiérarchique qu'ils y occupent, consuls généraux, consuls, vice-consuls, agents consulaires, chanceliers de consulat ou autres, sont placés sans doute sous la protection du droit des gens. Ils ont droit à certaines immunités et à certains ménagements appropriés aux nécessités de la mission consulaire ; mais, à moins de disposition contraire qui aurait été convenue spécialement dans les traités, aucun d'eux ne jouit à ce titre de l'immunité de juridiction. Ils peuvent donc être tenus, en principe général et à part les exceptions conventionnelles, pour agents soumis à la responsabilité pénale devant les juridictions de la localité, sans qu'il faille distinguer, comme le proposent quelques écrivains, entre les délits légers ou graves. Mais il y a toujours devoir pour les autorités du lieu d'apporter dans de telles poursuites la plus grande circonspection et tous les ménagements que peut comporter la loi commune territoriale, de peur d'entraver à la légère et sans nécessité les fonctions du consulat, ou de blesser par une injustice ou par des procédés rigoureux non justifiés le gouvernement auquel appartient le consul (1). Quand il existe des traités, et nous en avons quelques-uns de cette nature avec certains États, c'est dans les termes de ces traités que les exemptions exceptionnelles doivent se renfermer (2).

530. Mais si, outre les fonctions consulaires, le consul est investi encore, comme il arrive quelquefois, de celles de chargé

(1) WICQUEFORT, *L'ambassadeur*, liv. 5, sect. 5. — BYNKERSHOEK, *De foro legatorum*, ch. 10. — G. F. DE MARTENS, *Précis du Droit des gens moderne*, liv. 4, ch. 3, § 148. — CH. DE MARTENS, *Guide diplomatique*, ch. 10, § 83. — WHEATON, *Eléments de Droit international*, 3e partie, ch. 1. § 22. — VATTEL (liv. 2, ch. 2, § 34) énonce, presque dubitativement, l'opinion contraire ; mais cette opinion n'est pas suivie.

(2) Voir à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1854, relatif aux consuls d'Angleterre en France.

d'affaires, accrédité alors en cette qualité par des lettres de créance, il va sans dire qu'il jouit, suivant l'usage, de l'immunité de juridiction, non à titre de consul, mais à titre de chargé d'affaires.

531. La même question que nous venons de traiter touchant les ambassadeurs ou envoyés diplomatiques se présente au sujet des princes souverains, ou des magistrats chargés du gouvernement d'une république, qui se seraient rendus de leur personne sur le territoire d'un État étranger. Pourraient-ils y être pénalement responsables de délits devant les juridictions du pays, ou bien le droit des gens exige-t-il encore à leur égard le sacrifice de la justice territoriale? A travers l'incertitude de la doctrine et la contradiction des exemples cités avec plus ou moins d'exactitude dans l'un ou dans l'autre sens (1), nous croyons devoir résoudre la difficulté, en principe rationnel, par les distinctions suivantes :

532. 1° Si, par le droit public de leur nation, ces princes ou magistrats, appartenant à un État souverain, constituent dans cet État l'autorité investie du pouvoir de négocier avec les puissances étrangères, de nommer les ambassadeurs ou agents diplomatiques, et s'ils viennent, autorisés par ce droit public, traiter eux-mêmes, de leur personne, quelque affaire d'État, nul doute, *à fortiori*, qu'ils n'aient droit à l'immunité de juridiction dont jouiraient leurs envoyés. Le caractère, le but international de leur séjour sont les mêmes, et, pour le peuple qu'ils représentent, comme pour celui sur le territoire duquel ils se sont rendus, c'est toujours, dans un ordre encore plus élevé, la même mission. En fait, cette hypothèse est celle qui devra être communément supposée, les princes souverains ou magistrats chargés du gouvernement d'un pays, entre lesquels de pareils rapprochements sont ménagés, étant censés se réunir pour conférer sur des intérêts d'État.

533. 2° Mais, si cette hypothèse se trouve ostensiblement démentie, soit parce que les lois constitutionnelles du pays qu'ils gouvernent ne permettent pas au prince ou au magistrat de négocier personnellement, soit parce que le voyage, fait ouvertement ou dans un *incognito* vrai ou convenu, a un tout autre but, tel qu'une raison de santé, de distraction, d'instruction ou d'observations privées, alors les mêmes motifs cessent d'être applicables, et c'est dans une considération différente que la solution doit être cherchée. — S'il s'agit d'un monarque régnant qui, dans le pays

(1) Puffendorf, *De jure naturæ et gentium*, liv. 8, ch. 4, § 21. — Bynkershoek, *De foro legatorum*, ch. 3. — Cocceius, *De fundata in territorio et plurium concurrente potestate* (pour la négative). — G. F. de Martens, *Précis du Droit des gens moderne*, liv. 5, § 172. — Klueber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, § 49. — Wheaton, *Éléments de droit international*, 2e partie, ch. 2, § 9.

qu'il gouverne, est inviolable et dégagé de toute responsabilité pénale, parce que c'est sur sa personne même que repose le gouvernement de ce pays, ou s'il s'agit d'un magistrat, chef d'un gouvernement républicain, à l'égard duquel l'exercice de la responsabilité pénale se trouve suspendu par les lois de sa république pendant la durée de ses fonctions, nous croyons que les nations se doivent l'une à l'autre d'accepter, même sur leur territoire respectif et dans les mêmes termes, cette suppression ou cette suspension de la responsabilité pénale, plutôt que d'occasionner les perturbations qui résulteraient d'une pratique contraire. C'est un sacrifice de la justice absolue et de la juridiction territoriale fait au droit public intérieur d'un autre État, à cause de l'intérêt majeur qui s'attache pour cet État, et par suite pour toutes les puissances en rapport avec lui, à la personne du chef de son gouvernement, sacrifice qui nous paraît commandé par les convenances du droit des gens, lorsqu'il s'agit d'États souverains dont les gouvernements sont nécessairement en relation l'un avec l'autre. Que si, au contraire, le prince ou le magistrat chef du gouvernement étranger est pénalement responsable, même dans le pays qu'il gouverne, on ne voit pas pourquoi il cesserait de l'être dans un autre pays, lorsque sa présence ne s'y rattache à aucune affaire internationale.

534. Notez que nous ne distinguons pas dans cette double solution si le voyage du prince ou du magistrat étranger a été entrepris avec ou sans l'agrément de l'État sur le territoire duquel il se trouve, notre motif de décider étant tiré d'une tout autre considération. — Bien entendu que les réparations qui pourraient être dues par suite de ces faits, quand l'irresponsabilité pénale est admise, deviennent une affaire à traiter diplomatiquement. — Bien entendu encore que, dans toutes ces hypothèses, s'il y avait actes hostiles ou agression, le droit de légitime défense, en vue d'écarter un péril dont on serait menacé, existerait toujours, tant pour l'État que pour les particuliers (nos 517 et 518).

535. Les questions de droit pénal qui se rattachent au passage de corps de troupes étrangères avec la permission du souverain territorial, à celui des navires étrangers dans les ports ou dans les eaux territoriales, et enfin aux crimes ou aux délits commis hors du territoire par ou contre des nationaux ou des étrangers, sont aussi des questions en affinité plus ou moins grande avec le droit international ; mais comme elles ne roulent pas uniquement sur la personne de l'agent des délits, qu'elles se compliquent, au contraire, de plusieurs autres éléments dont l'étude viendra pour nous plus tard, ce n'est pas le lieu de les examiner ici ; nous les retrouverons à leur ordre logique dans le cours de ce travail.

TITRE II

DU PATIENT OU SUJET PASSIF DU DÉLIT

CHAPITRE I

DU PATIENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SON CORPS, DANS SON MORAL ET DANS SES DROITS.

536. La force mise en action par l'agent est dirigée, en violation du droit, contre une autre personne ; nous nommerons cette personne le patient du délit. Quoique l'expression ne soit pas consacrée techniquement, elle est cependant exacte et correspond parfaitement à celle d'agent. Il y a en effet dans le délit deux rôles, l'un actif et l'autre passif ; en conséquence deux personnages : le sujet actif et le sujet passif (1), violation d'un devoir si vous considérez l'un, violation d'un droit si vous considérez l'autre.

537. Comme c'est en la personne seule de l'agent que résident les éléments de l'imputation (n° 229), l'étude du patient du délit demeure étrangère à cette question. C'est surtout sous le rapport du droit qui a été violé, de la lésion qui a été éprouvée, qu'elle se présente : or le droit violé, la lésion éprouvée sont précisément ce qui constitue les divers genres et les espèces particulières de délits, avec les nuances de culpabilité propres à chacun d'eux. D'un autre côté, même dans un délit identique, on peut tirer de la considération de la personne lésée des motifs qui aggravent ou qui diminuent la culpabilité. D'où il suit, d'une part, que l'étude du patient du délit entre comme un élément essentiel dans la mesure de la culpabilité, et, d'autre part, qu'importante surtout dans la partie spéciale du droit pénal, lorsqu'il s'agit de déterminer et d'apprécier chaque délit en particulier suivant son genre et suivant son espèce, elle l'est beaucoup moins quant à la partie générale, où elle ne donne lieu qu'à un petit nombre d'observations.

538. De quelque manière et par quelque moyen qu'il soit attaqué, l'homme n'est vulnérable que par les trois points sous lesquels nous l'avons considéré : dans son corps, dans son moral, dans ses droits. Cette division tripartite, suivie par nous pour l'étude de l'agent, se reproduit donc, quoique avec un intérêt distinct, pour celle du patient du délit.

---

(1) « Persona dupliciter spectatur : ejus qui fecit, et ejus qui passus est. » (Dig., 48, 19, *De pœnis*, 16, § 3, Fr. Claud. Saturnin.)

539. S'agit-il d'en déduire la diversité des délits ? On trouvera :

1° Ceux par lesquels le patient du délit aura été attaqué dans son corps : homicide, mutilations, blessures, coups, altérations de la santé, privation des choses indispensables à l'existence, violences corporelles, séquestrations et autres atteintes contre la liberté physique ;

3° Ceux par lesquels il aura été attaqué dans son moral : injure, diffamation (1), calomnie, corruption des mœurs, excitation à la débauche, altération produite dans les facultés mentales, intimidation ou crainte opérée par menaces ;

3° Ceux enfin par lesquels il aura été attaqué dans ses droits : ce qui comprendrait tous les délits, car tous, à vrai dire, sont dirigés contre un droit ; mais, une fois classés à part les droits relatifs à la garantie du corps ou du moral, il ne s'agit plus ici que de ceux qui se réfèrent à d'autres intérêts : — droits réels relatifs à l'état de la personne, soit l'état de famille, soit l'état politique dans la cité ; — droits réels relatifs aux biens : propriété, démembrements divers de la propriété, gages ou hypothèques ; — et enfin, droits de créance ou d'obligation, en ce qui concerne soit la création, soit la dissolution, soit la constatation de ces droits.

Sans oublier d'appliquer au patient du délit cette observation déjà produite au sujet de l'agent : savoir, que l'analyse ne peut pas faire que le corps et le moral ne forment en l'homme un seul tout durant sa vie ici-bas, et que les droits ne se réfèrent à l'un et à l'autre en même temps, de telle sorte que, malgré les distinctions analytiques entre ces points de vue, il y a toujours des relations inévitables de l'un à l'autre.

540. S'agit-il d'en déduire les considérations tirées de la personne du patient du délit, qui peuvent être de nature à aggraver ou à diminuer la culpabilité soit individuelle, soit absolue ? On en trouvera, suivant les diverses occurences :

Sous le rapport du corps, dans l'âge, dans le sexe, dans la maladie, dans la force ou dans la faiblesse physique de la personne attaquée ;

Sous le rapport du moral, dans l'état de ses diverses facultés psychologiques, de ses mœurs, de son ignorance ou de son instruction ;

Sous le rapport des droits, dans les dignités, dans les fonctions dont elle est revêtue, soit qu'elle ait été attaquée dans l'exercice, soit hors de l'exercice de ses fonctions.

541. Mais, toutes ces appréciations diverses se modifiant suivant la variété des délits ou même suivant chaque cause, et se référant en conséquence à la partie spéciale du droit pénal, il nous suffira de les avoir signalées ici d'une manière générale.

(1) Ici se place la question délicate de la diffamation envers les morts.

CHAPITRE II

QUI PEUT ÊTRE SUJET PASSIF D'UN DÉLIT.

542. Puisque le patient du délit ne joue dans cet acte qu'un rôle passif, qu'il n'est pas question à son égard d'imputabilité, et que ce qui est violation d'un devoir de la part de l'agent est uniquement en sa personne à lui violation d'un droit, il en résulte que tout être susceptible d'avoir des droits peut être patient ou sujet passif d'un délit.

543. Ainsi tout homme considéré individuellement, et peu importe qu'il soit enfant, ou fou, ou mort civilement dans les législations qui admettent cette sorte de déchéance; car tous ont, quant à leur personne physique, quant à leur moral, quant à leur état ou à leurs biens, des droits qui peuvent être lésés et qui demandent à être garantis.

544. De même les êtres collectifs ou métaphysiques, colléges, corporations, communautés, établissements publics, compagnies ou autres semblables, érigés par la loi en personnes juridiques; car ces êtres ont des droits dans lesquels ils pourraient se trouver lésés : — non pas quant au corps matériellement, puisqu'ils en sont dépourvus, — mais quant à leurs intérêts moraux, par exemple par l'injure, par la diffamation portant atteinte à leur réputation, à leur crédit; — ou bien quant à leur état, à leur existence légale, et surtout quant à leur fortune.

545. Dans cette condition d'êtres juridiques ou collectifs se trouvent les nations étrangères, qu'il est du devoir du législateur de chaque pays de protéger, dans les lieux ou à l'égard des personnes dépendant de sa juridiction, contre les délits qui pourraient se commettre à leur préjudice, toutes les fois que les deux conditions, bases essentielles de la pénalité humaine, à savoir, la justice et l'utilité sociale, se trouvent réunies pour réclamer la répression.

546. Enfin la nation elle-même ou l'État qui exerce le droit de punir. — Ici se place, dérivant des conditions mêmes de ce droit de punir, un grand principe du droit pénal, sur lequel il est nécessaire d'insister. — Non-seulement il pourra se faire que cet État figure lui-même comme sujet passif du délit, attaqué directement qu'il sera, soit dans son existence ou dans sa constitution légales, soit dans ses droits publics de toute nature, y compris ceux de territoire et de fortune mobilière ou immobilière; — mais, en outre, si l'on veut bien se rappeler que le droit de s'immiscer dans la punition des actes contraires à la loi du juste n'existe pour un Etat que lorsqu'il y va pour lui de la conservation ou du bien-

être social (nos 187 et suiv.) ; si l'on veut bien se reporter à l'analyse que nous avons faite des préjudices sociaux les plus notables qui résultent même des délits contre les particuliers (nos 193 et suiv.), on en déduira cette vérité, féconde en applications ultérieures, que dans tout délit, quel qu'en soit le sujet passif direct, la société, ou en d'autres termes la nation, l'État, qui a le droit de punir, est toujours lui-même partie lésée.

547. C'est par l'application de cette vérité qu'on résoudra facilement une série de questions qui se trouvent posées dans les anciens criminalistes : s'il est possible qu'il y ait délit contre un fœtus qui n'a jamais pris vie, contre une personne qui donne son consentement à l'acte, contre soi-même, contre les bêtes ou animaux, contre les morts, contre Dieu ?

548. Si dans l'avortement pratiqué par la mort il n'y a pas encore d'être ayant pris vie, en supposant même qu'il ne se trouve aucune autre personne directement intéressée, il y a toujours l'État lésé par de tels actes, qui sont, en même temps, contraires à la loi morale de la justice.

549. Si dans le cas d'une personne ayant consenti à l'acte on veut invoquer ce brocard : « *Volenti non fit injuria,* » il faudra demander si cette personne avait la libre et pleine disposition de l'intérêt qui a été lésé. Ne s'agit-il que de ses biens, cette question de capacité ne serait pas sans importance ; mais s'il s'agit de son corps à livrer à des souillures, à des mutilations, à la destruction, qu'y fait son consentement ? A peine suffira-t-il, en certains cas, pour nuancer en moins la culpabilité. Derrière celui qui prie, à la manière antique, un de ses amis de lui donner la mort, se trouve la société lésée par de tels actes, qui sont, en même temps, contraires à la loi morale.

550. Il en faut dire autant de celui qui pratique contre lui-même un acte que la morale réprouve, du moment qu'il y a intérêt social à la répression de pareils actes ; par exemple, dans le cas de maladie qu'on se serait donnée, ou de mutilation qu'on se serait faite pour se rendre impropre et pour se soustraire ainsi à quelque obligation ou à quelque service publics.

551. De même quant aux actes de cruauté exercés contre des animaux, sans distinguer si l'on est ou non propriétaire, ou si le propriétaire y a donné ou non son consentement. Aucun rapport de droit ne peut exister, sans doute, entre l'homme et les créatures dépourvues de raison qu'il approprie à son utilité (ci-dess., nos 14 et 16) ; mais il est des cas et des circonstances où de tels actes de cruauté, que réprouve toujours la morale, peuvent être dangereux même pour la société. La société est donc là, envers laquelle existe l'obligation de s'en abstenir.

552. De même pour la violation des tombeaux, n'y eût-il aucun parent, aucun ami du mort, lésé par cette violation.

553. De même, enfin, pour les actes qui constituent des

attaques aux principes ou aux cultes religieux. Faire intervenir l'idée de Dieu, c'est-à-dire l'idée de l'infini comme sujet passif du délit, ce serait porter à l'infini la mesure de la culpabilité, sortir de la sphère et de la puissance humaines, s'immiscer dans l'exercice d'une justice supérieure et absolue, qui n'est pas de ce monde. Tel est le vice radical de toutes les lois de sacrilége ou autres, dans lesquelles on a fait intervenir l'offense à la Divinité comme mesure de la culpabilité. Ce côté de la répression n'appartient pas au juge temporel. La personne lésée à considérer, c'est la société; et c'est dans cette limite inférieure de l'intérêt social que doit être restreinte la répression pénale de ces actes, quelque plus haute culpabilité qu'ils puissent renfermer en eux-mêmes. On ne fait en cela que se conformer aux principes fondamentaux du droit de punir pour la société (ci-dess., n° 205).

554. On peut voir, en notre droit positif, certaines applications des principes rationnels qui précèdent : — dans les lois du 17 mai 1819, art. 13 et suivants, du 26 mai 1819, art. 2 et 4, et du 25 mars 1822, art. 5, relativement à la diffamation ou à l'injure par la voie de la presse contre des êtres collectifs ou corps constitués ; — dans les mêmes lois, art. 12 pour la première, et art. 3 pour la seconde, relativement à l'offense envers la personne des souverains ou envers celle des chefs des gouvernements étrangers ; — dans l'article 317 de notre Code pénal, relativement à l'avortement opéré soit par un autre que la femme avec le consentement de celle-ci, soit par la femme elle-même ; — dans la loi sur le recrutement du 21 mars 1832, art. 41, relativement aux jeunes gens qui, dans le but de se soustraire aux obligations du service militaire, se seraient rendus volontairement impropres à ce service d'une manière soit temporaire, soit permanente ; et relativement à ceux qui auraient opéré sur eux, de leur consentement, les actes ou mutilations de nature à produire ces incapacités ; — dans la loi du 2 juillet 1850 pour la répression des mauvais traitements exercés publiquement et abusivement envers les animaux domestiques ; — dans l'article 360 du Code pénal contre les violations de tombeaux ou de sépultures ; — enfin, dans la loi du 11 octobre 1830, portant abrogation de celle du 20 avril 1825 sur les sacriléges ; dans les articles 260 et suivants du Code pénal contre les entraves, troubles, outrages ou voies de fait relativement soit à l'exercice, soit aux objets, soit aux ministres d'un culte : articles auxquels il faut joindre les dispositions de la loi du 17 mai 1819, art. 8, et de celle du 25 mars 1822, art. 1 et art. 6, concernant les outrages publics à la morale religieuse, à toute religion légalement reconnue, ou aux ministres de l'une de ces religions soit à raison, soit dans l'exercice de leurs fonctions.

CHAPITRE III

RELATIONS ENTRE L'AGENT ET LE PATIENT DU DÉLIT.

555. Si, après avoir étudié séparément la personne de l'agent et celle du patient du délit, on les observe en les rapprochant l'une de l'autre, au point de vue des relations qui existaient entre elles lors du délit, on trouvera que certaines de ces relations, par exemple, de parenté ou d'alliance, de tutelle, de protection ou de confiance, d'autorité ou de direction morales, de commandement ou de subordination hiérarchiques, sont de nature à constituer, suivant les occurrences, des causes d'aggravation ou d'atténuation de culpabilité.

556. Ainsi, les liens de parenté ou d'alliance qui supposent entre l'agent et le patient du délit une facilité de communication de biens, usuelle en fait, comme par destination réciproque, pourront atténuer certains délits dirigés uniquement contre les biens ; tandis que les mêmes liens pourront être, suivant les cas ou les personnes, une cause d'aggravation des délits contre le corps ou le moral. De même les relations de tutelle ou de protection, d'autorité ou de direction morales, de commandement hiérarchique, aggraveront, d'une part les délits qui constitueront un abus des pouvoirs ou de l'influence résultant de ces relations, et d'autre part ceux qui constitueront un manquement à la reconnaissance, au respect ou à la subordination qu'elles imposent. De même les relations de confiance, surtout si elles sont en quelque sorte obligées et quotidiennes, aggraveront les délits qui seraient une violation de cette confiance. En un mot, c'est la mesure du devoir dans la personne de l'agent, et du droit dans la personne du patient du délit, qu'il faudra considérer. Toutes les fois que des relations entre ces deux personnes on conclura à un devoir plus étroit dans l'une, à un droit plus sacré dans l'autre, la culpabilité sera aggravée, tandis qu'elle sera atténuée en cas inverse.

557. Ces aggravations ou ces atténuations peuvent être telles qu'elles influent sur la culpabilité abstraite ou absolue, de telle sorte que le législateur puisse les prévoir et les préciser lui-même à l'avance ; ou bien qu'elles influent seulement sur les nuances variées de la culpabilité individuelle, laissée à l'appréciation du juge dans chaque affaire. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, on voit qu'elles dépendent de la diversité des délits et des situations ; de telle sorte qu'elles se réfèrent, non pas à la partie générale, mais à la partie spéciale du droit pénal.

558. On en trouvera plusieurs exemples en notre droit positif dans les articles 299, 302, 312, 323, 324 de notre Code pénal,

relatifs aux meurtres, coups ou blessures de descendant à ascendant, ou entre conjoints; dans les articles 333, 334, 335, relatifs à divers délits contre les mœurs commis par ascendants, tuteurs, instituteurs ou tous autres chargés de la surveillance de la personne victime du délit, ou par les serviteurs à gages de l'une ou de l'autre de ces personnes; dans les articles 350 et 353, relatifs à l'exposition ou au délaissement d'un enfant mineur de sept ans par tuteurs ou instituteurs; dans l'article 380, relatif aux soustractions entre conjoints, entre ascendants et descendants ou alliés au même degré; enfin, dans les articles 386 et 408, relatifs aux vols ou à certains abus de confiance de domestiques, gens de service à gages, élèves, clercs, commis, ouvriers, compagnons ou apprentis, au préjudice de leur maître ou de leur patron.

RÉSUMÉ DU LIVRE PREMIER

(PART. I ET II, TIT. I ET II.)

PARTIE I

THÉORIE FONDAMENTALE.

Trois problèmes distincts sont à résoudre par cette théorie : 1° Quelle a été l'origine historique de la pénalité? problème d'histoire; — 3° Quel est le fondement légitime du droit de punir? problème de droit; — 3° Quel doit être le but du droit pénal et des peines? problème d'utilité.

L'origine historique de la pénalité se rencontre, en fait, au commencement des diverses civilisations, dans une passion instinctive, celle de la vengeance : d'abord vengeance privée, et ensuite vengeance publique; mais le fait n'est pas le droit.

Quant au droit, il s'est produit, pour le démontrer, un très-grand nombre de systèmes qui pourront, si on les réduit à leur plus simple expression, se grouper autour de l'une ou de l'autre des six idées que voici : vengeance, contrat social, réparation, droit de conservation ou de défense sociale, utilité, justice absolue. Aucun de ces systèmes n'est exact, suivant nous, et tous conduisent à des conséquences inadmissibles. — Pour démontrer le droit social de punir, il faut réunir l'idée de la justice absolue avec celle de la nécessité ou de l'utilité sociale. L'une établit que le coupable mérite le châtiment, et l'autre que la société a le droit d'infliger ce châtiment. Déduit de la nature de l'homme et de la société, nature complexe (esprit et matière), de droit ne peut avoir qu'une base complexe. — Cette démonstration ne repose point sur des éléments nouveaux: au fond, elle est instinctive, et forme, pour ainsi dire, la doctrine du sens commun.

Le but du droit pénal est de concourir à la conservation et au bien-être social, en contribuant à procurer l'observation du droit dans la société, au moyen de l'application d'un mal infligé dans certains cas à celui qui a violé le droit. — Pour sortir de cette généralité, il faut déterminer le but des peines. Ce but peut être multiple; l'analyse en signale deux principaux : l'exemple et la correction morale; quand ces deux-là sont atteints, les autres le sont aussi; s'il y a nécessité d'opter entre les deux, l'exemple est le plus important pour la société.

L'utilité pratique à retirer de la solution de nos trois problèmes est celle-ci : — La solution du premier montre le développement graduel des mœurs et des institutions humaines sur ce point, et donne la leçon de l'histoire. — La solution du second sert à fixer d'une part la nature et la limite des actes punissables, et d'autre part la nature et la limite, ou, en d'autres termes, la quantité de la peine. On y voit, sur le premier point, que nul acte n'est punissable par la société s'il n'est à la fois contraire à la justice absolue et contraire à la conservation ou au bien-être social; et sur le deuxième point, que nulle peine infligée par la société ne peut aller au delà de ce que comporte la justice absolue, ni

au delà de ce que réclame la nécessité ou l'utilité sociale. — La solution du troisième problème sert à fixer la qualité, ou, en d'autres termes, à faire le choix des peines bonnes à employer. On y voit que les peines doivent être choisies et organisées de manière à être à la fois répressives et correctionnelles.

PARTIE II

PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT PÉNAL.

Le délit est un fait complexe; en le décomposant par l'analyse, et en rangeant, suivant la succession des événements et l'enchaînement naturel des idées, les éléments qui le composent et les conséquences qui en dérivent, on voit que l'ordre méthodique pour en traiter est celui-ci : 1° de l'agent ou sujet actif du délit; 2° du patient ou sujet passif du délit; 3° du délit, produit de ces deux facteurs; 4° des réparations et des peines, conséquences juridiques du délit.

AGENT OU SUJET ACTIF DU DÉLIT.

Imputabilité, responsabilité, culpabilité.

Les premières questions à résoudre au sujet de l'agent des délits sont celles qui concernent l'*imputabilité*, la *responsabilité* et la *culpabilité*.

Les deux mots d'imputabilité et de responsabilité sont tirés tous les deux d'une même figure : celle d'un compte à régler par chacun de nous pour nos diverses actions. Le premier indique la possibilité de mettre un fait sur le compte d'une personne; et le second l'obligation de la part de cette personne de répondre à la voix qui l'appelle pour régler ce compte. — Quoique séparées par une nuance délicate, les deux idées se confondent en un même résultat; de telle sorte qu'on peut se borner, pour plus de simplicité, à l'une ou à l'autre de ces deux expressions. Celle d'imputabilité est la plus technique en droit pénal. — L'imputabilité, la responsabilité ont lieu, en réalité, pour les bonnes comme pour les mauvaises actions; mais le plus souvent, dans l'usage, ces deux termes sont employés en mauvaise part.

Or, premièrement, on ne peut mettre sur le compte d'une personne que les faits dont elle a été la cause productrice, la cause première, et par conséquent la cause libre, car il n'y a que les causes libres qui soient véritablement causes premières, causes productrices; — et secondement, on ne peut trouver chez une personne, dans les actes qu'elles a produits, du mérite ou du démérite, que si elle a été la cause éclairée sur le bien ou le mal moral de ces actes. — Les deux conditions pour qu'il y ait imputabilité ou responsabilité, soit en bien, soit en mal, sont donc que l'agent ait été : 1° cause première ou libre, 2° cause éclairée sur le bien ou le mal moral de l'action.

Mais de même que, dans le règlement de ce compte, pour qu'il y eût lieu à récompense il faudrait qu'il y eût eu mérite, de même pour qu'il y ait lieu à punition il faut qu'il y ait eu démérite moral de la part de

l'agent, c'est-à-dire que l'agent ait *failli* à un devoir : d'où le nom de *faute*, ou, en d'autres termes, *culpabilité*. — La culpabilité n'est donc autre chose que l'existence d'une faute, c'est-à-dire d'un manquement à un devoir plus ou moins grave, de la part de l'agent, dans le fait à lui imputé, et tout procès pénal présente ces deux questions à résoudre : 1° Le fait est-il imputable à l'accusé? 2° Y a-t-il eu dans ce fait, de la part de cet accusé, culpabilité? — Mais, comme dire que l'accusé est coupable c'est dire forcément que les faits lui sont imputables, de telle sorte que la première de ces deux questions est forcément contenue dans la seconde, on trouve plus simple, dans la pratique, de se contenter de cette dernière, et de demander seulement si l'accusé est coupable.

Il y a cette première différence entre l'imputabilité et la culpabilité, que l'imputabilité ne saurait offrir du plus ou du moins : elle existe ou n'existe pas, la question se résout par oui ou par non; tandis qu'il y a dans la faute des degrés divers : elle est plus ou moins grave; elle ne s'affirme ou ne se nie pas seulement, elle se mesure. — Il y a cette seconde différence que les éléments constitutifs de l'imputabilité résident exclusivement en la personne de l'agent et dans ses facultés immatérielles, car la matière n'est ni libre ni éclairée; tandis que les éléments qui font en plus ou en moins les mille nuances de la culpabilité sont multiples, et se trouvent répandus dans tous les éléments et dans toutes les circonstances du délit.

Il faut distinguer entre la culpabilité *abstraite* ou *absolue*, c'est-à-dire celle du délit considéré en général, comme le meurtre, l'incendie, le vol, et la culpabilité *relative* ou *individuelle*, celle de telle personne dans tel délit, comme tel meurtre, tel incendie, tel vol déterminé qu'elle a commis. — La loi pénale ne peut prévoir que la culpabilité abstraite ou absolue; quant à la culpabilité relative ou individuelle, c'est au juge à l'apprécier dans chaque cause; d'où la nécessité que la loi laisse à ce juge une latitude suffisante entre un *minimum* et un *maximum* de peine pour tenir compte des diverses nuances de la culpabilité individuelle.

Toute l'étude de l'agent du délit, en droit pénal, doit être faite suivant la méthode analytique, en considérant cet agent : 1° dans son moral, — 2° dans son corps, — 3° dans ses droits.

AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SON MORAL.

Facultés de l'âme.

On peut dire que l'homme, considéré dans ses facultés psychologiques, est tout en ces trois mots : sensibilité, intelligence, activité. Le criminaliste peut s'en tenir à cette analyse.

La sensibilité joue en général dans nos actions ou dans nos inactions le rôle d'agent provocateur. N'étant en elle-même ni libre ni éclairée, elle est en dehors des conditions constitutives de l'imputabilité et de la responsabilité. Elle peut influer seulement, en plus ou en moins, sur les degrés de culpabilité.

L'intelligence comprend un grand nombre de facultés distinctes; celle qui forme une condition essentielle de l'imputabilité ou responsabilité, c'est la raison morale, ou la connaissance du bien ou du mal moral de l'action. Les autres facultés intellectuelles n'exercent d'influence que sur les degrés de culpabilité.

Dans l'activité, ce qui forme la seconde condition constitutive de l'imputabilité ou responsabilité humaine, c'est la puissance que nous avons de décider que l'action sera faite ou ne sera pas faite, et de mettre en jeu ou de contraindre au repos les instruments de notre corps, intérieurs ou extérieurs, nécessaires à l'exécution, autrement dit la liberté psychologique, qu'on appelle aussi quelquefois *volonté*, dans le sens de faculté ou puissance de vouloir.

Quant à la volonté de produire le mal contenu dans la délit, volonté de fait, à laquelle s'applique beaucoup plus exactement le mot d'*intention*, elle n'est pas un élément nécessaire de l'imputabilité, mais elle entre comme un élément très-important dans la mesure de la culpabilité. Les faits nous sont imputables et nous devons en répondre du moment que nous les avons produits comme cause libre et éclairée sur le bien ou le mal moral de nos actions, bien que nous n'ayons pas eu l'intention du préjudice qu'ils ont occasionné; seulement, cette absence d'intention atténue plus ou moins notre faute, suivant les cas, et peut même l'abaisser tellement que la culpabilité n'entraîne plus une peine publique, mais seulement l'obligation de réparer le préjudice. Il n'y a plus, dès lors, culpabilité pénale, il y a seulement culpabilité civile.

En résumé, les deux conditions constitutives de l'imputabilité ou responsabilité sont, chez l'agent, la raison morale et la liberté. — Tout ce qui détruit, tout ce qui empêche entièrement en lui l'exercice de l'une ou de l'autre de ces facultés détruit l'imputabilité; tout ce qui restreint cet exercice diminue la culpabilité. — D'où il suit que dans l'activité instinctive ou fatale, il y a non-imputabilité; dans l'activité spontanée, imputabilité avec culpabilité moindre; dans l'activité réfléchie, culpabilité entière.

Les causes qui peuvent affecter l'agent sous le rapport de la raison ou de la liberté sont de diverse nature : — l'une, qui tient au cours régulier des choses, à la loi générale du développement humain, celle de l'âge; — les autres, qui ne sont que des accidents, des irrégularités, les diverses aliénations ou affections mentales.

Age.

L'homme, en naissant, a en lui le principe de toutes ses facultés, mais l'exercice ne s'en développe que peu à peu.

Quant au droit pénal, la règle scientifique à cet égard est bien simple ; là où l'enfant a agi manquant encore soit de la liberté et de la raison morales, soit de la raison morale seulement, il n'y a pas d'imputabilité. Là où il a agi dans l'exercice de ces deux facultés, sans que néanmoins sa raison fût parvenue encore à un développement normal et à une entière maturité, il y a culpabilité moindre : c'est dans l'application que gît la difficulté.

Le législateur est obligé de procéder ici, comme en tant d'autres matières, par des présomptions générales, assises sur des moyennes communes.

L'analyse scientifique conduirait à distinguer quatre périodes d'âge : — 1° Première période, durant laquelle il y a certitude de non-imputabilité; — 2° Deuxième période, durant laquelle il y a doute, question à résoudre : en cas d'affirmative sur l'existence de l'imputabilité, culpabilité moindre; — 3° Troisième période, durant laquelle il y a certitude

d'imputabilité, culpabilité plus élevée que dans le cas précédent, mais non encore au niveau commun; — 4° Quatrième et dernière période, celle de la culpabilité pleine et entière suivant le niveau commun.

La notion du mal moral qui existe dans le délit arrivant plutôt chez l'homme que celle des intérêts à défendre dans les contrats et dans les relations civiles, l'âge où commence la certitude d'imputabilité pénale doit nécessairement précéder celui de la majorité civile; mais la culpabilité pleine et entière, et en conséquence l'application des peines ordinaires, ne devrait pas avoir lieu avant cette majorité.

Notre loi positive n'a pas établi les quatre périodes dont il est question ci-dessus. Elle ne pose qu'une seule limite, celle de seize ans accomplis (C. pén., art. 66) : avant, période de doute, la question de savoir à quel âge les enfants peuvent commencer à être poursuivis étant abandonnée entièrement à l'appréciation des magistrats, après, application de la pénalité ordinaire.

Il suit de là qu'à l'égard de tout accusé ou prévenu mineur de seize ans se présente pour le juge de la culpabilité la question suivante : ce mineur a-t-il agi ou non avec discernement? Le doute doit profiter à l'inculpé.

S'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il n'y a pas d'imputabilité, ou du moins pas de culpabilité de droit pénal; en conséquence, *il sera acquitté*. Néanmoins la loi autorise à son égard, et dans son propre intérêt, certaines mesures qui peuvent être jugées nécessaires pour sa meilleure direction, pour son éducation morale et professionnelle. Le juge appréciera s'il peut être remis sans inconvénients à ses parents, ou s'il ne vaut pas mieux ordonner qu'il soit conduit dans un établissement de correction *pour y être élevé* et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année(C. pén., art. 66). — Ces mesures n'ont pas le caractère de peine publique, puisque le mineur est acquitté; et, quoiqu'il y soit procédé par une certaine voie de contrainte que justifient les faits établis, ce qui s'y trouve de répression ne doit être assimilé qu'à une sorte de correction domestique, destinée à remplacer à l'égard du mineur celle de ses parents, qui est reconnue lui faire défaut.

Si le mineur de seize ans est déclaré avoir agi avec discernement, il y a imputabilité pénale, mais culpabilité moindre que chez l'homme fait. L'article 67, pour le cas de crime, et l'article 69, pour le cas de simple délit, établissent en conséquence une diminution de pénalité, qui sera par nous ultérieurement indiquée. — La science rationnelle démontre : d'une part, qu'il ne doit pas être question seulement ici d'une atténuation, mais qu'il y faut un changement dans la nature même et dans l'organisation de la peine, afin d'approprier cette peine à l'âge du jeune délinquant et aux espérances fondées de réforme morale et de meilleure direction dans l'avenir que présente ce jeune âge; — d'autre part, que ces mesures pénales ne doivent pas être confondues avec les précédentes, sous peine de froisser le sentiment de justice et de renverser l'idée de droit, puisque dans un cas il y a acquittement et dans l'autre condamnation.

Notre loi, dans son principe, a destiné les mêmes maisons de correction à recevoir indifféremment ces mineurs de seize ans, soit acquittés, soit condamnés, et même tous les autres condamnés à l'emprisonnement correctionnel (L. 19 juillet 1791, tit. 2, art. 2 et suiv., et art. 66 du Code pénal). Quelques établissements fondés par des efforts particuliers

ou par des départements ont eu pour but d'entrer dans une meilleure application de la loi; et finalement une loi du 5 août 1850 *sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus* a décrété, sinon en réalisation immédiate, du moins en principe, l'établissement de *colonies pénitentiaires*, et de *colonies correctionnelles* pour les jeunes détenus acquittés ou condamnés, avec les règles générales qui doivent constituer le régime de ces colonies.

Le principe qu'il ne saurait y avoir culpabilité pénale là où il n'y a pas encore raison morale est un principe rationnel, qui commande au juge indépendamment même de tout texte; mais il n'en est pas de même des dispositions de la loi positive concernant le chiffre de l'âge ou les diminutions de peines déterminées par cette loi. En conséquence, tout en admettant avec notre jurisprudence que les dispositions de l'article 66 du Code pénal, quoique formulées seulement pour le cas de crime, et celles de l'article 69, quoique ne s'expliquant pas catégoriquement à cet égard, doivent néanmoins, d'après l'esprit du législateur, être étendues à tous les cas de délits punis de peines correctionnelles, même à ceux prévus par des lois particulières, nous n'en dirons pas autant des contraventions de simple police, lesquelles, à notre avis, restent seulement sous l'empire du principe rationnel.

La vieillesse n'est pas en soi et par elle seule une cause qui fasse disparaître ou qui atténue la culpabilité : bien au contraire. Il est vrai qu'elle peut quelquefois entraîner un affaiblissement des facultés intellectuelles ou morales; mais un tel affaiblissement n'est point la loi générale de l'humanité; il rentre dans les cas d'altérations mentales que nous allons examiner.

Aliénations ou affections mentales.

La règle générale du droit pénal à ce sujet est facile à asseoir : si, par suite d'une altération mentale, l'agent s'est trouvé entièrement privé dans son acte soit de raison morale, soit de liberté, il n'y a pas d'imputabilité. Si ces deux facultés, sans être détruites, ont été amoindries dans leur exercice, ou bien s'il n'y a eu d'affectées principalement que les autres parties de l'intelligence, ou même la sensibilité, agent provocateur de notre activité, l'imputabilité reste, mais la culpabilité diminue, et cette diminution offrira du plus ou du moins selon le degré de l'altération. Elle pourra même être telle que la culpabilité s'abaisse jusqu'au niveau seulement de la faute civile.

Mais ce qui est difficile, c'est de juger en fait, dans chaque cause, s'il y a eu altération mentale, et quels en ont été le genre et l'étendue. C'est ici que la science du droit et l'administration de la justice ont besoin du secours de la médecine légale ou judiciaire. La question en droit, et pour le juge de la culpabilité, n'est pas de savoir précisément si l'agent avait au moment de l'acte telle ou telle autre espèce de maladie mentale, mais bien de savoir quel a été l'effet produit par la maladie sur ses facultés.

Notre Code pénal s'est borné à dire à ce sujet « qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence *au temps de l'action* » (art. 64).

Le mot de démence n'est pas employé ici dans le sens technique et spécial de la médecine légale, ni dans le sens restreint du droit civil

(C. civ., art. 489). Il est pris dans son acception générale et vulgaire, comme comprenant tous les cas d'absence de raison (*de-mentia*) qui peuvent être qualifiés de folie, d'aliénation mentale. — Il n'est pas question non plus ici, comme en matière d'interdiction civile, d'un *état habituel :* une démence même instantanée, si elle a existé au moment de l'action, suffit.

Cela posé, il ne faut pas hésiter à ranger sous le nom de démence, employé par notre article 64, toutes les altérations mentales qui sont désignées dans la médecine légale par les qualifications diverses d'idiotisme, imbécillité complète, démence complète telle que l'entendent les médecins légistes, manie, monomanie, et les délires ou aliénations instantanées produits par les maladies, lorsqu'il est prouvé que ces affections ou altérations ont eu pour effet d'enlever à l'agent l'usage soit de la raison, soit de la liberté.

Quant aux cas de trouble ou d'altération mentale incomplets, qui, sans détruire la culpabilité pénale, se borneraient à en abaisser le degré, la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, quand il en existe, ou la déclaration de circonstances atténuantes sont, en notre jurisprudence pratique, les seuls moyens d'y pourvoir.

Il peut se rencontrer certains genres d'affections qu'il serait impossible de faire rentrer sous le mot de démence dans les prévisions de notre article 64, et qui restent en dehors de ces prévisions ; tels, par exemple, que le somnambulisme, ou les imperfections mentales qui peuvent résulter du surdi-mutisme. Si le juge de la culpabilité est convaincu que ces sortes d'altérations ont été telles qu'elles aient fait disparaître la culpabilité pénale, il est toujours en son pouvoir et dans son devoir, en vertu des seuls principes de justice générale, de déclarer l'agent non coupable ; mais cette déclaration ne pourrait pas être motivée régulièrement en droit sur les termes de l'article 64 ; elle devra rester uniquement enfermée dans le pouvoir appréciateur du juge de la culpabilité.

Au nombre de ces cas, en dehors des termes de l'article 64, se trouve l'ivresse, bien différente en droit des autres sortes d'altérations ; et le motif principal de la différence tient à ce que la cause en est, d'une part, communément volontaire, pour ainsi dire à la disposition de l'homme, et d'autre part, communément reprochable en elle-même. Le criminaliste a donc à examiner d'abord la cause et ensuite le degré de l'ivresse. Les trois hypothèses à distinguer sont : 1° l'ivresse accidentelle, sans la volonté ni la faute de l'agent ; 2° l'ivresse par la faute de l'agent ; 3° l'ivresse volontaire, à dessein même de s'exciter à commettre le crime ou le délit. — Dans les cas où l'ivresse survenue par la faute de l'agent paraît néanmoins devoir être prise en considération pour la mesure de la culpabilité, il en sort ces deux éléments opposés : 1° élément d'atténuation résultant de l'altération des facultés ; 2° élément d'aggravation résultant de l'intempérance, du vice habituel, en un mot de l'immoralité de la cause qui a produit cette altération. Le juge doit tenir compte de ces deux éléments et les balancer dans la proportion convenable.

Quelque chose d'analogue se produit aussi en cas d'altération ou de trouble des facultés morales par l'effet continu ou instantané des passions.

Le principe de l'article 64, bien qu'il ne soit question dans cet article que de crimes ou de délits, doit s'appliquer également aux contraventions de simple police.

La présomption, en ces questions, n'est pas en faveur de l'inculpé, car la loi commune de l'humanité n'est point que les facultés morales de l'homme soient troublées ou altérées : c'est à la défense, qui invoque une situation exceptionnelle, à la prouver.

Contrainte.

Il peut se faire que, l'homme étant doué de toutes ses facultés, une force extérieure vienne plus ou moins opprimer sa liberté et l'empêcher d'en faire usage; si, par suite de cette oppression, il y a eu absence de liberté chez l'agent, il n'y a pas d'imputabilité; s'il y a eu diminution de liberté, il y a eu diminution de culpabilité : le principe général est toujours le même.

L'oppression de la liberté ou la contrainte peut être produite par le fait d'un agent humain, ou par l'effet même des forces physiques qui sont en jeu dans les phénomènes naturels ici-bas. Par une force ou par l'autre, si l'oppression est la même, elle doit, quant à la responsabilité pénale, produire les mêmes effets.

La contrainte peut être matérielle, comme si quelqu'un, en vous séquestrant, en vous retenant par violence, ou si un tremblement de terre, une subite inondation, une maladie grave, sans volonté ni négligence de votre part, vous ont mis dans l'impossibilité absolue de remplir quelque devoir public qui vous était imposé sous la sanction d'une peine. En cas pareil il n'y a pas d'imputabilité, et l'on peut dire de celui qui subit une telle violence : « *Non agit, sed agitur.* »

La contrainte peut être morale, comme si, par la menace d'un mal imminent, quelqu'un ou quelque événement physique, tel qu'un naufrage, un incendie, vous a mis dans l'alternative ou de subir ce mal, ou de vous y soustraire au moyen de quelque acte qui, dans toute autre situation, constituerait un crime ou un délit. — Ici on peut dire que l'agent a voulu le mal qu'il a fait; il s'est décidé à le faire plutôt que de subir celui dont il était menacé. Mais, restreinte dans une telle alternative, sa liberté a-t-elle été suffisante pour qu'il soit punissable? — Notez bien que la question n'est pas de savoir si la violence a pu donner le droit de faire l'acte condamnable : ce droit incontestablement n'existe pas. La question pour le juge criminel est uniquement de savoir si chez celui qui agit sous l'empire d'une telle pression, il y a ou non les éléments nécessaires pour la culpabilité pénale. — La réponse demande des distinctions. Il faut comparer et mettre en balance, d'une part, le mal dont il était menacé; d'autre part, le mal qu'il était dans la nécessité de faire pour échapper au péril : et suivant l'importance comparative de l'un et de l'autre, il pourra se faire qu'il se trouve coupable ou non coupable. — Cette balance n'est pas de nature à pouvoir être déterminée à l'avance par la loi; c'est à la jurisprudence pratique à la faire dans chaque cause.

Le péril suspendu sur une personne qui nous est chère peut être pour nous une cause de contrainte, comme celui qui serait suspendu sur nous-mêmes. Ce n'est pas à la loi à marquer ici des degrés de parenté ou d'affection : c'est en fait et dans chaque cause que l'appréciation doit être faite.

Notre Code pénal a compris tous ces cas dans une seule disposition, en disant qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu « a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » (art. 64).

La généralité de ces expressions permet de résoudre par l'application des principes rationnels les diverses hypothèses qui peuvent se présenter, qu'il s'agisse soit de crimes, soit de délits, soit de contraventions de simple police.

Dans le cas où la contrainte, sans être suffisante pour faire disparaître entièrement la culpabilité, vient néanmoins l'atténuer, c'est aux remèdes généraux fournis soit par la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, soit par la déclaration de circonstances atténuantes, que le juge doit recourir en notre pratique.

Intention.

L'intention, c'est-à-dire le fait d'avoir dirigé, d'avoir tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit, n'est pas un élément indispensable pour l'existence de la culpabilité pénale.

Le brocard : « Il n'y a pas de délit sans intention, » est faux, si l'on prend le mot de délit dans le sens du droit pénal ; il y a, en effet, un très-grand nombre d'actions ou d'inactions punies de peines publiques, quoiqu'elles aient été commises sans intention de nuire ou de délinquer, — Ce brocard vient d'une confusion entre le sens du mot *délit* en droit civil et le sens du même mot en droit pénal.

Cet autre brocard : « C'est l'intention qui fait le délit, » est exagéré. Il y a des cas, en effet, où, l'intention disparaissant, la peine publique cesse d'être appliquée ; mais il y en a d'autres, et ils sont nombreux, dans lesquels le contraire a lieu.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que, toutes autres choses égales d'ailleurs, la faute ou la culpabilité, le manquement au devoir dans les lésions de droit non intentionnelles, est bien inférieur à la culpabilité dans les lésions de droit intentionnelles ; parce que n'avoir pas fait usage pour éviter un mal des facultés dont nous sommes doués est bien moins grave que d'en avoir fait un mauvais usage en les employant à produire ce mal. — Souvent cette culpabilité non intentionnelle n'entraînera pour conséquence que l'obligation de réparer le préjudice : il y aura alors seulement culpabilité civile. — Dans d'autres cas néanmoins elle pourra justement mériter l'application d'une peine publique : c'est ce qui aura lieu toutes les fois que les deux conditions de la justice et de l'utilité sociale se rencontreront pour l'exiger.

Les divers cas dans lesquels la faute non intentionnelle peut être érigée en délit de droit pénal, quoique nombreux, peuvent se grouper sous certaines idées générales qui les dominent : 1° Fonctionnaires préposés, ou citoyens appelés à remplir certains services publics, à faire certains actes, certaines déclarations ; — 2° Professions particulières qui exigent des garanties, des connaissances ou une habileté spéciales, des précautions à prendre ou une surveillance de l'autorité ; — 3° Certains préjudices, certains risques si graves, que nous sommes obligés toujours, dans l'exercice de notre activité, d'apporter la plus grande attention à les prévenir ; — 4° Enfin, intérêt général ou municipal de perception des impôts, de tranquillité, de salubrité, d'ordre et de libre circulation, de conservation des monuments et des voies publiques, des forêts, des eaux, du poisson, du gibier, et autres semblables spécialités. — Hors ces situations spéciales dans lesquelles des raisons d'utilité publique s'accordent avec l'idée de justice pour rendre punissable la faute ou négligence

même non intentionnelle, la condition à laquelle il faut incliner de préférence, c'est que l'intention mauvaise est nécessaire pour entraîner l'application d'une peine publique. Telle est la limite dans laquelle doit être restreint, en droit pénal, le brocard rapporté plus haut, et ceux qui l'emploient, quoique se servant d'expressions absolues, ne veulent sans doute pas dire autre chose.

Il faut distinguer des cas de faute non intentionnelle les événements casuels, de pur accident ou de force majeure, survenus sans que nous ayons aucune faute à nous reprocher ; ceux-ci ne donnent lieu à aucune responsabilité, ni pénale ni civile.

A l'étude de l'intention et de la faute non intentionnelle se rattachent les principes à établir en ce qui concerne : — l'ignorance ou l'erreur de fait ; — l'ignorance ou l'erreur de droit ; — les délits dont les conséquences auront dépassé l'intention du délinquant ; — et la responsabilité qui peut peser sur nous à l'occasion des faits d'autrui.

Notre Code pénal, dans sa partie générale, n'a donné aucune règle commune, aucune loi d'ensemble sur ces divers points. C'est seulement dans sa partie spéciale, à propos des délits en particulier, qu'il contient quelques dispositions *ad hoc*, variables et difficiles à coordonner en système suffisamment arrêté.

Quelquefois il a fait entrer dans la définition même du crime ou du délit, en termes très-variés, la mention de l'intention : — d'autres fois il a pris soin, à propos d'un même fait, d'opposer le cas où il aurait été commis avec intention à celui où il l'aurait été sans intention, parce qu'il a voulu punir les deux cas, quoique l'un moins sévèrement que l'autre. — Dans la première comme dans la seconde de ces hypothèses, aucun doute n'est possible.

Hors de là, comment reconnaître dans notre législation positive, quels sont les actes que notre loi punit même abstraction faite de toute intention coupable, et quels sont ceux qui ne constituent le délit que lorsque cette intention s'y rencontre ? — On ne peut poser pour règle qu'il faille s'en tenir à cet égard aux termes mêmes de la loi ; car souvent les termes de la loi font défaut. C'est à la jurisprudence qu'est laissé le soin de résoudre la question pour chaque cas : elle doit le faire en s'inspirant des principes rationnels et de l'esprit de la loi qu'il s'agit d'appliquer.

AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SON CORPS.

Cet examen n'offre aucune importance en ce qui concerne l'imputabilité, par la raison que la matière ne saurait être cause première ni cause raisonnable. Ces deux conditions essentielles de l'imputabilité ne résident que dans le moral.

La considération du corps n'est pas sans influence quant à la mesure de la culpabilité ; mais cette influence ne sort pas des limites de la culpabilité individuelle et de l'appréciation à faire par le juge dans chaque cause.

On peut s'en convaincre en parcourant ces trois hypothèses, qui sont les seules possibles, savoir, celles dans lesquelles il est intervenu de la part de l'agent dans l'acte incriminé : le moral et le corps ; — le moral sans le corps : — le corps sans le moral.

AGENT DU DÉLIT CONSIDÉRÉ DANS SES DROITS.

Si, quelque préjudiciable qu'on suppose l'acte qui a eu lieu, l'agent avait le droit, peut-être même le devoir de le faire, cet acte lui est imputable, mais sans aucune culpabilité, peut-être même imputable à bien, imputable à éloge ou à honneur. — Si le droit de l'agent était incomplet, la culpabilité existe, mais atténuée. — Soit donc quant à l'existence même, soit quant à la mesure de la culpabilité, après l'étude de l'agent dans son moral et dans son corps il reste encore à l'étudier dans ses droits.

Ces droits peuvent provenir de la légitime défense, ou de l'ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

Légitime défense.

Toute personne objet d'une injuste agression, si la force sociale, si la défense publique, étant absente ou insuffisante, lui fait défaut, a le droit, pour repousser le péril qui la menace, de recourir à sa force personnelle, à la défense privée. La légitimité de cette défense prend sa source dans le droit même de conservation et de bien-être qui nous appartient à tous.

On est d'accord pour assigner à la légitime défense les conditions suivantes : — Que l'agression soit injuste ; — Qu'elle soit violente, c'est-à-dire opérant par l'emploi de la force ; — Qu'elle soit présente, faisant courir un péril imminent auquel il s'agit de se soustraire ; — Que la personne attaquée en soit réduite à faire usage de sa propre énergie, de ses propres forces de résistance et de protection individuelles, et n'ait aucun autre recours.

On est moins d'accord en théorie sur la question de savoir si ce droit de défense existe pour la protection de tout droit quelconque, même de ceux relatifs aux biens. Nous tenons pour l'affirmative ; car, entre celui dont le droit est mis en péril et l'agresseur qui veut violer son droit, à qui est-il désirable, à qui est-il juste que force reste? Au premier, évidemment, dans tous les cas.

On n'est pas non plus bien nettement d'accord sur la mesure du mal qu'il est permis de faire à l'agresseur. Faudra-t-il dire que le droit de légitime défense n'autorise qu'un mal égal tout au plus, mais non supérieur, à celui dont nous sommes menacés nous-mêmes? Cette assimilation ne serait ni juste, ni souvent même possible. Nous tenons pour la mesure que voici : tout le mal qu'il est indispensable de faire à l'agresseur afin d'échapper au péril, mais rien de plus.

Toutefois, nous apportons aux solutions qui précèdent ces deux tempéraments : 1° Que, si le mal dont nous sommes menacés est de telle nature qu'il soit facile de le faire réparer après coup, le droit de défense privée n'existe pas, puisqu'un autre recours utile nous sera ouvert ; — 2° Que, si le mal dont nous sommes menacés est de peu d'importance comparé à la grandeur de celui qu'il faudrait faire pour y échapper, il est de notre devoir de faire, en présence de ce mal considérable, le sacrifice de notre droit dont l'intérêt est minime, et nous pourrions être trouvés coupables d'avoir agi autrement. C'est non pas une assimilation, une équation, mais une balance, une compa-

raison à faire, dans certaines limites extrêmes, entre les deux préjudices. — Ces deux tempéraments sont de nature à trouver leur application principalement dans les attaques qui concernent les biens.

La légitime défense ne doit pas être confondue avec une excuse : l'excuse suppose une certaine faute ; ici il n'y en a aucune. — Ni avec le cas de contrainte : la contrainte ne rend pas légitime la mauvaise action qui nous a été imposée : elle en fait disparaître seulement la culpabilité pénale : la légitime défense au contraire est un droit, l'acte que nous faisons dans les limites de cette défense est juste et honorable. — Il suit de là que, loin de devoir des dommages-intérêts à l'agresseur pour le mal qu'elle a pu lui causer, la personne qui s'est légitimement défendue pourrait avoir à lui en demander elle-même.

Mais tout ceci n'est vrai qu'en supposant la défense complétement légitime. — S'il manquait quelque chose aux conditions qui en constituent la légitimité, ou si la personne qui s'est défendue en a dépassé les limites, il pourra se faire qu'il faille encore la déclarer non coupable pénalement ; car, dans le trouble, dans l'impétuosité de la défense, il est difficile d'apprécier les situations et de se contenir suivant les formules abstraites que donne la science. Il faut prendre les faits tels qu'ils se présentent communément, et ne pas exiger pénalement de l'homme plus qu'il n'est dans sa nature générale de faire. En cas pareil, non coupable pénalement, l'agent pourrait avoir à sa charge la culpabilité civile et être tenu de dommages-intérêts.

D'autres fois, les conditions de la défense auront été trop imparfaites ou l'excès en aura été trop grand pour que la culpabilité pénale disparaisse entièrement ; mais elle en sera diminuée.

La légitimité de la défense s'étend à la défense d'autrui comme à celle de nous-mêmes, sans distinguer si la personne à défendre nous est parente, amie ou inconnue ; porter secours dans le péril est un droit, un devoir moral, un acte honorable de courage et de sociabilité. — Mais il faut que nous sachions bien de quel côté se trouve le droit, de quel côté l'agression injuste. Dans le doute, faire cesser la lutte et maintenir en respect l'un et l'autre jusqu'à ce que l'autorité éclaircisse les faits, telle doit être la limite de notre intervention.

Notre Code pénal s'est borné, au sujet de la légitime défense, à cette disposition générale : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les « blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de « la légitime défense de soi-même ou d'autrui » (art. 328).

Bien que l'article ne parle que d'homicide, de blessures et de coups, il faut en étendre la disposition, en vertu des principes rationnels, à toutes autres sortes de préjudices, tels que séquestrations momentanées, destructions ou lésions de propriété, qui auraient pu résulter de la lutte ; le législateur n'a songé qu'à ce qui a lieu le plus souvent.

Nous entendons le texte comme comprenant dans ses termes non-seulement un péril de mort, mais tout péril imminent contre la personne. — Nous reconnaissons que les attaques menaçant uniquement les biens n'y sont pas comprises : ce qui n'empêche pas que l'appréciation n'en doive entrer dans les pouvoirs généraux du juge de la culpabilité, conformément aux principes rationnels exposés ci-dessus ; seulement, les décisions rendues en conséquence ne pourraient pas être motivées en droit sur l'article du Code.

Indépendamment de la règle posée en l'article 328, nous trouvons

dans le Code, à l'article suivant, deux cas de légitime défense particulièrement prévus par le législateur ; mais ces deux exemples ne sont pas restrictifs et ne détruisent en rien la généralité de la règle.

Notre loi n'ayant rien dit du cas où les conditions de la légitime défense sont tellement incomplètes, ou bien où il y a eu un excès tel que la culpabilité pénale reste à la charge de l'agent, il faut recourir en notre pratique à la ressource générale qu'offrent la latitude du *maximum* au *minimum* ou la déclaration de circonstances atténuantes. — A moins qu'il ne soit possible de faire rentrer les faits dans les dispositions que notre Code a données sur la provocation. — On trouve néanmoins un exemple de légitime défense incomplète particulièrement réglé par le législateur dans l'article 322 du Code pénal.

Provocation.

Lorsque l'homme lésé dans quelqu'un de ses droits, au moment où cette lésion lui est faite, sous le coup de l'irritation qu'elle lui cause, se laisse emporter à son ressentiment et réagit à son tour par quelque acte coupable contre celui ou ceux par qui il vient d'être lésé, on dit en notre langue qu'il a été provoqué, qu'il y a eu *provocation*.

Il faut bien se garder de confondre le cas de provocation avec celui de légitime défense. Il y a entre les deux situations deux signes distinctifs de séparation : l'un matériel, le temps où se place l'acte ; et l'autre moral, l'esprit qui y préside. Les actes de légitime défense ont lieu avant que le mal ait été reçu, et les actes amenés par la provocation après ; les premiers, dans un esprit de défense, en vue d'éviter le mal : les seconds, dans un esprit de ressentiment, afin de s'en venger. — La provocation ne fait donc pas disparaître la culpabilité, mais elle l'atténue.

Notre Code pénal a spécialement prévu le cas de provocation en ce qui concerne le meurtre, les blessures ou les coups, mais seulement lorsque cette provocation a eu lieu par des coups ou violences graves envers les personnes (art. 321). Il en a fait un cas d'excuse, qui diminue de beaucoup la peine, dans une proportion déterminée par la loi elle-même (art. 326). — Deux hypothèses spéciales, le flagrant délit d'adultère de la part de la femme (art. 324), et l'outrage violent à la pudeur (art. 325), ont été particulièrement prévus par notre Code.

En dehors des prévisions de la loi, et pour les faits qui ne sauraient se ranger dans ces prévisions, la seule ressource est celle qu'offrent la latitude du *maximum* au *minimun* ou la déclaration de circonstances atténuantes.

Les simples injures qui ne constitueraient que des contraventions de simple police sont déclarées non punissables par notre Code lorsqu'elles auront été provoquées (art. 471, n° 11) ; ici le genre de provocation n'est point limité par la loi, c'est au juge à apprécier. — Mais il n'en serait point de même pour les injures de nature à constituer un délit correctionnel.

Ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

L'acte, quelque dommageable qu'on le suppose, est légitime aux yeux de la loi positive s'il était ordonné par elle et qu'il n'ait été fait que suivant toutes les formes prescrites par cette loi. L'agent avait le droit et le plus souvent même le devoir de le faire.

Mais, s'il s'agit d'un acte illicite en soi, contraire à la loi, le commandement donné par le supérieur hiérarchique ne suffira pas pour couvrir le subordonné qui aura exécuté ce commandement. Il y aura seulement, en cas pareil, en faveur du subordonné, une présomption générale de non-culpabilité ; ce subordonné restant punissable s'il est démontré qu'il a agi connaissant bien la criminalité de l'acte et s'y associant.

Notre Code pénal a suivi ces principes dans cette disposition, où les deux conditions réunies se trouvent exigées : « Il n'y a ni crime ni » délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés » par la loi et commandés par l'autorité légitime » (art. 327).

Néanmoins la règle générale qui exige les deux conditions réunies devra fléchir, dans la pratique, devant les dispositions spéciales dans lesquelles notre législateur aura cru, à l'égard de certains faits particuliers, devoir en ordonner autrement et couvrir le subordonné par l'ordre seul du supérieur hiérarchique, en faisant porter sur ce supérieur seul la responsabilité pénale. Tels sont, par exemple, les cas des articles 114 et 190 du Code pénal.

Bien que la disposition de l'article 327 ne parle que d'homicide, blessures ou coups, elle est applicable, en vertu des seuls principes de raison, à toutes les autres conséquences que peut avoir l'exécution de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

Observations générales.

Il faut distinguer :

1° Les causes de non-imputabilité, au nombre de trois, savoir : — Le jeune âge dépourvu de discernement ; — La démence, ou absence de raison ; — La contrainte, ou absence de liberté.

2° Les causes de justification, au nombre de deux, savoir : — La légitime défense ; — L'ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime.

Ce sont là, en somme, des causes de *non-culpabilité*, qu'il importe de ne point confondre avec les excuses absolutoires.

Qui peut être agent pénalement responsable d'un délit.

Comme conséquence dérivant des conditions mêmes de l'imputabilité sort la règle que l'homme seul peut être agent pénalement responsable de délits.

Les êtres juridiques ou collectifs, tels que l'État, les communes, les établissements publics, hospices, corporations ou associations organisées en personnes civiles, peuvent bien, en certains cas, être tenus de réparations civiles ; mais ils ne peuvent jamais, en principe rationnel, être agents pénalement responsables de délits : la responsabilité pénale est individuelle et pèse exclusivement sur chacun de ceux qui ont pris part au délit personnellement ; sauf, à l'égard des êtres juridiques, ou au moins de quelques-uns, le droit de dissolution, qui peut appartenir à l'État, aux conditions marquées par la loi.

Dans notre ancienne jurisprudence, les êtres collectifs pouvaient être poursuivis et condamnés même pénalement. Tel n'est plus l'esprit de notre droit pénal positif, et spécialement de notre Code. On voit néanmoins encore une peine d'*amende* décrétée contre les communes, par

la loi exceptionnelle du 10 vendémiaire an IV, pour certains crimes ou délits commis sur leur territoire.

Certaines exceptions aux règles de la responsabilité pénale peuvent provenir les unes du droit public intérieur, les autres du droit public international.

Des nécessités du droit public intérieur proviennent les exceptions qui concernent l'inviolabilité ou irresponsabilité pénale du roi dans les monarchies, même constitutionnelles ; — et celle des membres des assemblées représentatives relativement aux votes, discours ou opinions émis en leur qualité de représentants, dans les gouvernements à formes représentatives.

Des nécessités du droit public international proviennent les exceptions concernant l'inviolabilité ou irresponsabilité pénale des ambassadeurs ou agents diplomatiques, y compris leur famille et les personnes faisant partie à titre public de la mission. — L'irresponsabilité, dans ce cas, n'est pas absolue ; mais les réparations civiles, ou même la punition s'il y a lieu, doivent se poursuivre par voie diplomatique. — Les princes souverains ou magistrats chargés du gouvernement d'une république se trouvant de leur personne sur le territoire d'un État étranger y peuvent jouir aussi, suivant les circonstances et avec certaines distinctions, de l'irresponsabilité pénale que commande le droit public international.

Ces diverses exceptions sont contraires sans doute aux idées de la justice absolue, mais elles sont en accord avec la nature inférieure de la pénalité sociale, qui ne peut être fondée que sur les deux idées combinées du juste et de l'utile, et qui cesse d'être un droit pour la société du moment que l'utile disparaît.

PATIENT OU SUJET PASSIF DU DÉLIT.

Patient du délit considéré dans son corps, dans son moral et dans ses droits.

Il y a dans le délit deux rôles : l'un actif, l'autre passif ; en conséquence, deux personnages : le sujet actif et le sujet passif ; violation d'un devoir si vous considérez l'un, violation d'un droit si vous considérez l'autre.

C'est donc sous le rapport du droit qui a été violé, de la lésion qui a été éprouvée, que le patient du délit est à étudier. De cette étude on fera sortir :

1° La distinction des divers crimes ou délits, chacun dans son genre et dans son espèce, suivant qu'ils attaquent l'homme dans l'un des trois points par lesquels il est vulnérable, c'est-à-dire : — dans son corps, — dans son moral, — dans ses droits ;

2° Des nuances variées d'aggravation ou de diminution de culpabilité, tirées, suivant les diverses occurrences, de la personne du patient du délit considéré également sous le rapport du corps, sous le rapport du moral, ou sous le rapport des droits.

Mais toutes ces appréciations diverses et l'utilité à en retirer se réfèrent à la partie spéciale du droit pénal, plutôt qu'à la partie générale.

Qui peut être sujet passif d'un délit.

Tout être susceptible d'avoir des droits peut être patient ou sujet passif d'un délit.

Ainsi, l'homme considéré individuellement, — les êtres collectifs érigés par la loi en personne juridique; car ces êtres ont des droits dans lesquels ils pourraient se trouver lésés, — les nations étrangères, — enfin la nation elle-même ou l'État qui exerce le droit de punir.

Il faut, en outre, placer ici une vérité fondamentale en droit pénal et féconde en applications ultérieures, savoir : que dans tout délit, quel qu'en soit le sujet passif direct, la société, ou, en d'autres termes, la nation, l'État qui a le droit de punir, est toujours lui-même partie lésée, puisque ce n'est qu'à cause de cet intérêt que le droit de s'immiscer dans la punition lui appartient.

C'est par l'application de cette vérité que se résolvent facilement une série de questions qui étaient posées par les anciens criminalistes : s'il est possible qu'il y ait délit — contre un fœtus qui n'a jamais pris vie, dans les crimes d'avortement; — contre une personne qui donne son consentement à l'acte; — contre soi-même; — contre les bêtes ou animaux, par des actes de cruautés abusifs; — contre les morts, par la violation des sépultures; — contre Dieu, par les crimes d'impiété et d'irréligion. — Ne parût-il y avoir, dans ces divers faits, aucun sujet passif direct, la société est toujours là, partie lésée elle-même, et, si l'acte contraire à la loi morale de la justice absolue l'est en même temps à l'intérêt social, le droit de le punir existe pour la société.

Relations entre l'agent et le patient du délit.

Les relations existant lors du délit entre l'agent du délit et la personne contre laquelle ce délit a été commis ne sont pas sans influence sur la mesure de culpabilité. Notamment les relations de parenté ou d'alliance, de tutelle, de protection ou de confiance, d'autorité ou de direction morales, de commandement ou de subordination hiérarchiques.

Ces relations peuvent être, suivant la nature et le genre particulier des délits, tantôt une cause d'aggravation, tantôt une cause d'atténuation de la culpabilité. — Elles peuvent modifier la culpabilité abstraite ou absolue de telle sorte que le législateur puisse les prévoir et les préciser lui-même à l'avance, ou seulement la culpabilité individuelle laissée à l'appréciation du juge dans chaque affaire. — Mais, dans l'un et l'autre cas, c'est à la partie spéciale du droit pénal, et non à la partie générale, qu'elles se réfèrent.

Nous en avons plusieurs exemples dans divers articles de notre droit positif.

TITRE III

DU DÉLIT

CHAPITRE I

DÉNOMINATION ET DÉFINITION DU DÉLIT.

§ 1. Dénomination.

559. L'agent et le patient du délit, en quelque sorte les deux facteurs, s'il nous est permis de parler ainsi, nous sont connus : nous pouvons maintenant étudier le produit, c'est-à-dire le délit lui-même.

560. La figure géométrique, celle de la ligne droite, qui sert dans notre langue à représenter l'idée du juste, le *droit ;* qui se retrouve dans l'instrument employé pour tracer cette ligne, la *règle,* ou la formule du droit (ci-dessus, nos 3 et 11), se continue encore dans le *délit,* ou l'abandon de la ligne droite, la déviation du droit chemin (*delinquere, delictum*) ; et dans la *correction,* le *redressement* qui ramène à cette ligne, qui fait rentrer dans ce chemin (*corrigere, correctum*). — Droit et son opposé tort (en allemand *Recht* et *Unrecht*), d'où avoir droit ou avoir tort, faire droit ou faire tort, mettre le droit ou le tort de son côté, à tort ou à droit, à tort et à travers, homme ou esprit retors ; d'où encore : règle, se dérégler, déréglé, déréglement ; délinquer, délinquant, délit ; corriger, correcteur, correction ; redresser un tort, redresseur de torts : tous ces mots, toutes ces locutions sont tirés de la même image.

561. Le mot délit, pris dans son acception originaire et en même temps la plus étendue, désignerait donc toute déviation, ou, en d'autres termes, toute violation quelconque du droit. — Mais l'usage est venu restreindre à des degrés divers cette signification primitive. De telle sorte qu'il a fait du mot délit une expression élastique, ayant un sens plus ou moins étroit, suivant qu'elle est plus ou moins comprimée.

562. Ainsi, en droit civil, l'ancienne jurisprudence, d'après une interprétation qu'elle croyait tirée du droit romain, quoiqu'elle fût loin d'y être conforme (1), entendait par délit, si nous en prenons la définition dans Pothier, « le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre ; » tandis que le quasi-délit était le fait par lequel une personne a causé le tort « sans malignité, mais par une im-

(1) Voir le sens du mot *delictum* en droit romain dans notre *Explication historique des Instituts de Justinien,* liv. 4, tit. 1, *princip.*

prudence qui n'est pas excusable (1). » Cette acception était reçue même par les criminalistes (2), qui employaient néanmoins le mot dans un autre sens; et c'est celle qui a cours encore aujourd'hui dans l'interprétation de cette rubrique de notre droit civil : *Des délits et des quasi-délits* (Code civ., art. 1382 et suiv.) (3) : sans s'inquiéter si les faits dont il s'agit sont frappés ou non d'une peine publique, parce que le droit civil ne les envisage qu'au point de vue de l'obligation privée tendant à la réparation du préjudice.

563. Au contraire, en droit pénal, le délit dans un sens générique (*lato sensu*) sera tout fait tombant sous le coup de la loi pénale et méritant une peine publique, sans distinction de ceux qui sont graves ou de ceux qui sont légers. C'est ainsi que le terme est communément employé dans la science théorique; qu'il l'était aussi fort souvent dans l'ancienne jurisprudence criminelle; qu'il figurait dans l'intitulé du Code *des délits et des peines* du 3 brumaire an IV; et qu'il figure encore dans notre pratique et dans plusieurs articles soit de notre Code pénal, soit de nos autres lois répressives, notamment en ces expressions consacrées, *flagrant délit* (C. i. cr., art. 41, 59 et suiv.); *délits connexes* (Ibid., art. 226 et 227), *corps du délit* (C. pén., art. 11).

564. Cette seconde signification est plus restreinte sous certains rapports, et sous d'autres rapports moins restreinte que celle qui précède : — plus restreinte, car il y a des délits de droit civil, c'est-à-dire des violations de droit commises avec mauvaise intention et causant un préjudice à autrui, qui ne sont point frappés de peines publiques et ne constituent pas de délit en droit pénal; — moins restreinte, car il y a des quasi-délits de droit civil, c'est-à-dire des violations de droit commises sans mauvaise intention, qui sont frappés néanmoins de peines publiques et constituent des délits de droit pénal. — D'un autre côté, la circonstance qu'il y a eu préjudice est une condition essentielle du délit et du quasi-délit de droit civil, puisque ce droit ne s'occupe que de la réparation du préjudice; tandis que le délit pénal existe par cela seul que l'acte coupable a été commis, même lorsqu'il n'a pas eu de suites dommageables. Le préjudice occasionné est sans doute un élément à considérer en droit pénal pour la mesure de la peine; mais il ne forme pas une condition essentielle pour l'existence du délit.

---

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, partie 1, ch. 1, section 2, § 2.

(2) JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, part. 4. tit. 60, Des quasi-délits.

(3) Rien n'empêcherait toutefois d'entendre aujourd'hui, dans cette rubrique, par délit, tout fait préjudiciable au droit d'autrui non puni par la loi; et par quasi-délit, tout fait préjudiciable au droit d'autrui puni par la loi. Cette interprétation serait plus simple, plus logique législativement, plus conforme au droit romain, et elle éviterait des doubles sens. Elle a contre elle d'être moins conforme à notre ancienne jurisprudence et à la filiation historique de notre Code.

564 *bis*. Dans un autre sens plus restreint, opposé au mot *contravention*, le mot délit, toujours en droit pénal, désigne le fait qui n'est puni par la loi qu'autant qu'il y a eu de la part de l'agent faute intentionnelle.

365. Enfin, dans un quatrième sens plus étroit, reçu dans l'usage ordinaire de notre langue, on n'entendra plus par délits que des faits punissables d'une gravité peu élevée, réservant pour les délits plus graves le nom de crime. — Spécialement en notre droit pénal positif, les délits, dans cette acception plus étroite (*stricto sensu*), seront uniquement les actes punis de certaines peines que notre loi a qualifiées de peines correctionnelles.

566. D'où il suit que l'expression de délit est une expression trop générale, qui se prend, précisément à cause de cette trop grande généralité, dans un sens tantôt plus, tantôt moins restreint, et dont la diversité d'acception dénote une langue scientifique mal faite ; — mais difficilement on voudrait changer de tels usages : il nous suffira d'en avoir signalé les variations. Il faudra, chaque fois que le mot aura été employé, voir dans quel sens il l'aura été, et s'en rendre bien compte.

§ 2. Définition.

567. Si, après la question du mot (*quæstio nominis*), nous passons à celle de l'idée elle-même, et que, prenant le délit dans son sens le plus large en droit pénal nous cherchions à le définir, c'est-à-dire à en marquer les confins, à le déterminer, en un mot à poser les termes entre lesquels il existe et hors desquels il n'existe plus, nous trouverons une grande différence entre la science rationnelle et la jurisprudence pratique dans cette définition.

568. La science rationnelle, sans se préoccuper des textes législatifs, qui peuvent être bons ou mauvais, cherche ce qu'est le délit en soi, suivant les vérités mêmes qui servent de fondement à la pénalité sociale. — Il ne suffira pas de dire, en considérant le délit dans la personne de l'agent, qu'il est la violation d'un devoir, ni, en le considérant dans la personne du patient, qu'il est la violation d'un droit ; il faut arriver aux caractères distincts qui le constituent, et qui lui servent en même temps de limite. Or c'est là précisément un problème que nous avons démontré appartenir à la théorie fondamentale du droit pénal, et dont nous avons déjà donné la solution (ci-dessus, n^os^ 203 et suiv.), en disant que le caractère, la mesure et la limite des délits, pour la pénalité humaine, sont renfermés dans ces deux conditions : que l'acte soit, d'une part, contraire à la justice absolue, et, d'autre part, qu'il importe à la conservation ou au bien-être social qu'il soit réprimé. Il ne s'agit plus que de mettre en relief quelques conséquences de détail.

569. Les nécessités morales imposées à l'activité de l'homme étant des nécessités d'action ou d'inaction, la justice absolue et

les intérêts sociaux peuvent se trouver lésés par la violation soit des unes, soit des autres; d'où il suit que le fait constitutif du délit peut être soit une action soit une inaction.

570. Et, comme les actes psychologiques purement internes, renfermés en l'homme sans aucune manifestation au dehors, quelque condamnables qu'ils puissent être aux yeux de la justice absolue, ne sauraient compromettre ni affecter les intérêts sociaux, sans compter que la justice sociale serait impuissante à saisir la preuve de leur existence et à les constater, il va sans dire que les actions ou les inactions constitutives de délits ne peuvent être que des actions ou inactions à l'extérieur.

571. Mais faut-il que ces actions ou inactions aient été prévues et menacées de peine à l'avance par la loi; ou bien, toutes les fois qu'elles auront par elles-mêmes ce double caractère d'être à la fois contraires à la justice absolue et contraires à l'intérêt de conservation ou de bien-être social, cela suffira-t-il, même en l'absence de toute loi antérieure, pour qu'elles soient punissables par la société?

572. Si l'on ne décidait la question que par les principes de la justice absolue, il faudrait répondre affirmativement. Qu'importe, en effet, qu'un acte ait été prévu ou non prévu à l'avance? S'il est bon ou mauvais en soi, il mérite, aux yeux de cette justice, récompense ou châtiment. Mais, la pénalité sociale ne s'appuyant pas seulement sur les idées de justice absolue et devant avoir pour base à la fois le juste et l'utile, il faut voir si, quant à cette pénalité, quelque considération majeure d'utilité publique ne demande pas qu'il en soit autrement.

573. Nous n'invoquerons pas ici comme raison déterminante la nécessité que chacun ait été préalablement averti, ou ait eu du moins la possibilité de l'être. Cette raison, décisive à l'égard des délits variables qui tiennent uniquement aux intérêts, aux situations ou aux usages particuliers de chaque pays, et qui n'ont qu'une criminalité locale, serait impuissante du moment qu'il s'agit de crimes ou de délits de droit général, tels que le meurtre, le vol, l'incendie, qui sont tels en tous les temps et par tous les pays. Nous avons démontré, du reste, à quoi se réduit la prétendue présomption que nul n'est censé ignorer la loi, et comment on peut être puni, même à l'égard des délits variables, en vertu de dispositions qu'on a complétement ignorées (ci-dessus, n° 388).

La vraie et majeure raison, c'est qu'il n'y aurait aucune sécurité pour les habitants si la pénalité était, même à l'égard des actes passés, à la merci du législateur ou du juge. La loi et les juridictions pénales, qui sont faites dans les sociétés pour donner sécurité à la population, deviendraient elles-mêmes une cause d'alarmes, d'inquiétude incessamment suspendue sur chacun, et feraient souvent en cela un mal plus grand que le mal auquel elles auraient pour but de remédier.

574. Joignez à cette observation que la société, dans sa législation et dans ses juridictions répressives, ne joue pas un rôle entièrement conforme à celui de la pure justice. Étant toujours elle-même lésée par les délits, et n'ayant le droit de s'immiscer dans la répression qu'à cause précisément de cet intérêt, elle est à la fois juge et partie dans cette répression, soit qu'elle la décrète, soit qu'elle l'applique. C'est là un vice inévitable de situation, que les institutions publiques doivent s'efforcer de pallier. La loi décrétée à l'avance, qui pose au moins une barrière aux ressentiments, aux passions ou aux exagérations du moment, est un des palliatifs indispensables de cette imperfection.

575. Ainsi, la raison démontre qu'il est dans les conditions imparfaites de la pénalité humaine de ne frapper un acte, quelque condamnable moralement et quelque nuisible socialement qu'il puisse être, qu'en vertu d'un texte de loi antérieurement édicté.

576. Nous disons un texte de loi, c'est-à-dire un acte émané du pouvoir législatif. La pénalité, en effet, ou l'emploi d'un mal infligé au nom de la société comme châtiment public, à raison d'actes qui vont se trouver défendus ou commandés à l'activité de l'homme, est chose assez grave pour que le soin de la décréter ne soit pas abandonné au pouvoir chargé seulement de gouverner, d'administrer, d'exécuter. Les mêmes raisons de sécurité générale qui exigent que la disposition pénale soit antérieure aux faits poursuivis, exigent aussi que cette disposition soit une loi. Quelle que soit l'organisation politique du pays, et quelque légère que soit la peine, du moment qu'il y a peine publique, on peut tenir pour constant, en principe rationnel, que l'autorité législative seule a le droit de l'édicter.

577. Cependant il est impossible de méconnaître que dans les nécessités quotidiennes de la vie des hommes en société il entre un grand nombre de prescriptions de détail, à établir sous la sanction d'une peine, essentiellement variables suivant l'exigence du moment et des circonstances, que le législateur n'est pas à même de fixer à l'avance, d'ordonner ou de retirer en temps opportun : tandis que le pouvoir chargé de l'administration se trouve en mesure, par ses fonctions mêmes, de faire à propos et en parfaite connaissance cette appréciation, et de donner avec la célérité convenable les ordres qui doivent en découler. Comment concilier les exigences de cette situation avec le principe exposé au paragraphe précédent?

578. On y parvient simplement à l'aide du procédé que voici : le législateur lui-même, soit dans chaque loi spéciale dont l'application aura besoin d'être organisée par un règlement de détail, soit comme règle générale d'attributions pour certains objets à l'avance déterminés par lui, délègue expressément à l'autorité gouvernementale ou administrative le soin de faire sur ces objets les règlements nécessaires, et fixe lui-même par un texte de loi

la peine qui sera applicable en cas de violation de ces règlements. Le détail de l'incrimination se prend alors dans le texte du règlement et la peine dans la loi ; le délit que prévoit et frappe le législateur, c'est la violation du règlement.

579. Inutile de dire qu'il en est, et à plus forte raison, du règlement comme de la loi en ce qui concerne l'antériorité de temps : il n'y aura que les actes postérieurs à la fois et à l'une et à l'autre qui pourront en être atteints ; la contravention au règlement, ne peut pas exister, en effet, avant le règlement, ni être punissable avant la loi qui l'a frappée de peine.

580. Remarquons, pour terminer cette exposition rationnelle, que les mêmes principes ne sont pas applicables à la responsabilité civile, parce que les mêmes raisons d'utilité publique ne viennent mettre ici aucune restriction à ce qu'exige la justice relative aux intérêts privés. Tout fait, par cela seul qu'il est injuste et préjudiciable, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à réparer le préjudice qui en est résulté, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir si ce fait avait été ou non spécialement prévu et défini par une loi ou par un règlement antérieurs.

581. Le droit romain n'avait pas suivi la règle de pénalité que nous venons d'établir. Indépendamment des crimes qui faisaient l'objet d'une loi spéciale déterminant la peine, organisant la juridiction et la procédure, crimes qui seuls donnaient lieu aux instances qualifiées de *publica judicia* (1), on connaissait dans ce droit les crimes abandonnés à l'appréciation du magistrat, jugés et punis par lui hors des règles ordinaires (*extra ordinem*), en vertu de son propre pouvoir, et nommés à cause de cela *extraordinaria crimina* (2).

582. Cet exemple n'a pas été sans influence sur la jurisprudence générale de l'Europe, particulièrement sur la pratique suivie en notre pays, et, tout en se modifiant il a produit des résultats analogues. La maxime que les peines était presque toutes arbitraires en notre royaume (3) avait pour effet non-seulement de permettre aux juges, avec certaines restrictions il est vrai, de modifier en plus ou moins, suivant les circonstances, les peines édictées par les ordonnances, ou établies par l'usage ; mais surtout d'arbitrer, suivant leur propre appréciation, les peines qu'ils

(1) Dig., 48, *De publicis judiciis*, 1. Fr. Macer.

(2) Dig., 47, 11, *De extraordinariis criminibus*. — 48, 19, *De pœnis*, 13, Fr. Ulp. « Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem : ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat. » — Voir là-dessus notre *Explication historique des Instituts de Justinien*, liv. 4, tit. 18, *De publicis judiciis*, et les passages de notre *Histoire de la législation romaine* qui s'y trouvent indiqués.

(3) Pareillement aujourd'huy les peines sont arbitraires en ce royaume. » (Imbert, *Practique tant civile que criminelle*, liv. 3, ch. 20, p. 686.) — « Les amendes et peines coutumières ne sont à l'arbitrage du juge ; les autres si. » (Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 6, tit. 2, règle 2.)

croiraient convenable d'appliquer à des cas non prévus. Ils avaient à cet égard toute latitude de choix entre les diverses peines usitées dans le royaume (1). La seule question qui fît controverse était de savoir s'ils pouvaient aller ainsi jusqu'à la peine de mort, pouvoir reconnu et exercé plus d'une fois dans la jurisprudence des arrêts (2) : la détermination des délits étant tirée, du reste, soit du texte des ordonnances ou de celui des coutumes, soit du droit romain ou du droit canonique, soit de l'usage des tribunaux, soit de la doctrine commune des auteurs, soit, enfin, de l'appréciation spéciale faite par le juge dans les cas particuliers.

583. Un tel arbitraire, vivement attaqué par les publicistes du dix-huitième siècle, signalé aux réformes de l'Assemblée nationale par l'opinion commune, disparut après la révolution de 1789. La garantie que nul acte ne pourrait être puni qu'en vertu d'une loi préexistante fut insérée au nombre des droits de l'homme et du citoyen dans la constitution de 1791 et dans celle de l'an III (3) ; puis elle passa, comme principe général du droit pénal, dans le *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV (art. 3), et finalement dans celui de 1810, article 4, ainsi conçu : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis » de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils » fussent commis. »

584. Quant aux nécessités de dispositions réglementaires à prendre par l'autorité gouvernementale ou administrative, il y est satisfait au moyen du procédé indiqué ci-dessus (n° 578). Pour que le règlement soit pénalement sanctionné, il faut trouver dans le texte même d'une loi : 1° l'attribution du pouvoir réglementaire faite par le législateur à l'autorité de qui émane le règlement, relativement aux objets sur lesquels dispose ce règlement ; 2° la peine à appliquer pour la violation qui en serait faite.

585. La disposition de l'article 4 du Code pénal, rapportée ci-dessus (n° 583), n'est, au fond, qu'une déduction particulière de cette autre disposition plus générale placée en tête de notre droit civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet « rétroactif » (C. civ., art. 2).

---

(1) IMBERT, *Ibid.*, en note. — JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, part. 3, liv. 2, tit. 25, art. 2 ; § 6, n° 173, § 7, et surtout § 8, *Des peines arbitraires*. — MUYART DE VOUGLAS, *Les lois criminelles*, *liv.* 2, tit. 2, ch. 2, §§ 7 et 8.

(2) IMBERT, *Ibid.*, même note. — JOUSSE, *Ibid.*, art. 3, n° 191.

(3) Constitution du 3 septembre 1791 : *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » (Se trouvait déjà dans les Déclarations américaines de 1776). — Constitution du 5 fructidor an III : *Déclaration des Droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, art. 12 : « La loi ne doit décerner que des peines strictement nécessaires et proportionnées au délit. » — Art. 14 : « Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif. »

Toutefois cette règle de la non-rétroactivité des lois ne s'applique pas en droit pénal d'une manière aussi absolue qu'en droit civil. — C'est, en général, pour la jurisprudence, une question fort difficile que de déterminer ce qu'il faut entendre par un effet rétroactif. On fait faire un pas à la question lorsqu'on dit que l'effet rétroactif serait celui qui enlèverait un droit acquis, et que la règle revient par conséquent à dire : « La loi ne peut pas enlever des droits acquis. » Mais dans quel cas y a-t-il ou n'y a-t-il pas droit acquis? La difficulté, quoique sous une forme meilleure, se présente toujours.

586. En droit pénal, celui qui a fait un acte, même mauvais en soi, sous l'empire d'une législation par laquelle cet acte n'était point puni ou n'était puni que de telle peine déterminée, celui-là, par les raisons de sécurité générale dont nous venons de parler (n° 573), a relativement à la société un droit acquis à ce que sa condition, sous le rapport de la responsabilité pénale, ne puisse être empirée. C'est ce droit que consacre l'article 4 du Code pénal. Aucune loi postérieure au fait en question ne peut le lui enlever.

Mais renversons l'hypothèse : l'acte a eu lieu sous une législation qui était plus sévère, la loi postérieure a supprimé ou diminué la peine, cette loi plus douce devra-t-elle ou ne devra-t-elle pas rétroagir? — On ne trouve pas ici de droit acquis qui puisse faire obstacle à la rétroactivité. Dira-t-on que la société en avait un à l'application de la peine primitive plus sévère? Mais, si c'était la société qui l'avait, la société a donc pu y renoncer. — D'ailleurs, par quel motif la peine antérieure aura-t-elle été supprimée ou diminuée? Ce ne pourra jamais être que par l'un des deux motifs qui suivent : ou parce qu'elle aura été réputée injuste, ou parce qu'elle aura été réputée inutile désormais. Or, injuste ou inutile, le droit de l'appliquer pour la société n'existe pas. Conçoit-on qu'après l'abolition des peines du feu contre les prétendus sorciers, contre les hérétiques, on allât brûler encore ceux impliqués auparavant dans de semblables accusations ; ou, de nos jours, qu'après l'abrogation de la loi du sacrilége en 1830, après la suppression de la peine de mort en matière politique en 1848, on allât condamner et mettre à mort encore pour sacriléges ou pour crimes politiques commis antérieurement? L'une des bases, soit de la justice, soit de l'utilité sociale, est reconnue manquer dans la pénalité antérieure : les principes mêmes de la théorie fondamentale du droit pénal disent que cette pénalité ne peut plus être appliquée, et que la loi nouvelle plus douce doit rétroagir.

587. Il suffirait de cette démonstration rationnelle pour qu'en l'absence de disposition législative contraire, la jurisprudence pratique dût s'y conformer ; mais nous avons à ce sujet un texte formel, le décret du 23 juillet 1810, *sur la mise en activité du Code criminel,* qui porte, article 6 : « Les cours et tribunaux ap-

» pliqueront aux crimes et aux délits les peines prononcées par » les lois pénales existantes au moment où ils ont été commis ; » néanmoins, si la nature de la peine prononcée par le nouveau » Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code » actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nou- » veau Code. » Quoique transitoire et occasionnelle, cette disposition doit être généralisée. Il en a été fait une application législative dans le *Code de justice militaire* du 9 juin 1857, article 276 : « Lorsque les peines déterminées par le présent Code » sont moins rigoureuses que celles portées par les lois anté- » rieures, elles sont appliquées aux crimes et délits encore non » jugés au moment de sa promulgation » : disposition identiquement reproduite dans l'art. 376 du *Code de justice militaire pour l'armée de mer*, des 4-15 juin 1858. — C'est un principe textuellement formulé dans un grand nombre des codes modernes de pénalité, à l'étranger (1).

588. Si l'on pousse plus loin l'hypothèse et qu'on suppose, ce qui s'est vu, que la loi plus sévère, d'abord abrogée, ait été ensuite presque aussitôt rétablie, ce rétablissement ne pourra pas retirer aux délinquants qui resteraient encore à juger le bénéfice de la loi intermédiaire plus douce, le seul instant où ils ont été placés sous l'empire de cette loi plus douce ayant suffi pour que l'adoucissement par elle introduit leur soit devenu droit acquis. — L'annexion de la Savoie à la France a donné lieu à un cas singulier d'application de cette règle. Un nommé Donat (Gros-Jean) était poursuivi pour crime de bigamie devant la cour d'assises de la Haute-Savoie (à Annecy). Le crime avait été commis, sur ce territoire, le 14 février 1860, époque où la loi en vigueur était le Code pénal sarde de 1839, qui punissait la bigamie de la réclusion ou des travaux forcés à temps ; quelques mois après (le 1er mai 1860) était devenu exécutoire le nouveau Code pénal sarde de 1859 ne la punissant plus que de la relégation ; enfin le jugement avait lieu sous le Code pénal français, exécutoire en Savoie depuis le 14 juin 1860, et prononçant la peine des travaux forcés à temps. La cour d'assises d'Annecy a décidé avec raison que l'intervalle, dans le cours de la procédure, d'un mois et quatorze jours durant lesquels la peine légale de la bigamie avait été seulement celle de la relégation, avait formé droit acquis au profit de l'accusé, et, par son arrêt du 19 décembre 1860, c'est cette peine de la relégation qu'elle a prononcée (2).

589. Des diverses observations qui précèdent, et qui ont eu

---

(1) Nous citerons en exemple le Code pénal prussien de 1851, loi sur la mise en vigueur de ce code, art. IV, et le Code pénal sarde de 1859, art. 3.

(2) Voir le DROIT, *journal des tribunaux*, du 6 janvier 1861. Mais comment exécuter en France la peine de la relégation, qui n'est point organisée par nos lois ? Nous ignorons comment cette difficulté a été résolue.

pour but de déterminer les caractères ou les conditions constitutives du délit, il est facile, en les résumant, de déduire pour le délit de droit pénal pris dans son acception générale et suivant la science rationnelle cette définition : « Toute action ou inaction extérieure blessant la justice absolue, dont la répression importe à la conservation ou au bien-être social, et qui a été définie et frappée de peine à l'avance par la loi. »

590. Mais la jurisprudence pratique, qui a pour texte la loi positive et pour tâche l'application de cette loi, pourra s'en tenir à une autre définition bien plus simple, qui est exacte au point de vue du droit positif, à savoir, que « le délit est toute infraction à la loi pénale (1). »

§ 3. Limites entre le droit civil et le droit pénal.

591. Dire que toute action ou inaction, pour pouvoir être érigée en délit frappé d'une peine publique doit non-seulement blesser la justice absolue, mais encore être telle qu'il importe à la conservation ou au bien-être social qu'elle soit réprimée, c'est se tenir dans une grande généralité. Sans doute, savoir si telle action ou telle inaction rentre ou non dans cette double condition, c'est un problème particulier, qui ne peut se résoudre que par l'appréciation même des diverses lésions du droit, et qui par conséquent appartient à la partie spéciale de la pénalité. Toutefois ne serait-il pas possible, sans entrer dans les détails de chaque spécialité, de pousser un peu plus avant l'indication générale et de mieux préciser la délimitation ?

592. La société est garantie de tout droit : droits privés ou droits publics, elle doit tendre, par ses institutions, à les faire tous observer. Or, en ce qui concerne la puissance judiciaire, les moyens qui se présentent à cet effet sont ceux-ci : — ou contraindre, lorsque cela est possible, à l'exécution de ce qu'exige le droit ; — ou faire réparer le préjudice résultant de l'inexécution ; — ou infliger en outre un châtiment pour cette inexécution. Dans quels cas l'emploi des deux premiers moyens suffira-t-il ? Dans quels cas faudra-t-il recourir en outre au troisième ? C'est demander précisément où doit s'arrêter et où doit commencer l'intervention de la pénalité. La question pourrait être posée relativement à toute espèce de droit ; mais c'est surtout en ce qui concerne la sanction des droits privés qu'elle se présente avec plus d'importance ; les deux premiers moyens constituent le rôle de la justice civile, le troisième, celui de la justice pénale (ci-dessus, n° 190) : quelle est la limite qui les sépare ?

---

(1) Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV en avait donné cette définition : Art. 4. « Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité publique, est un délit. »

593. Cette limite entre le droit civil et le droit pénal a été cherchée par beaucoup d'écrivains; mais, ce nous semble, avec peu de succès. Bentham, dans un chapitre intitulé : *Rapport du pénal et du civil,* arrive à ceci, « que créer les droits et les obligations, c'est créer les délits ; » que « chaque loi civile forme un titre particulier qui doit enfin aboutir à une loi pénale ; » de telle sorte qu'on pourrait indifféremment « tout ramener au pénal, » ou « tout ramener au civil (1). » C'est-à-dire qu'en réalité il n'y aurait aucune limite entre l'un et l'autre. — Carmignani, dans un chapitre spécial, *Des limites qui séparent le droit pénal du droit civil,* a mieux posé la question ; mais à la prolixité et à l'embarras de la réponse, il nous est impossible de dire qu'il l'ait résolue (2).

594. Sans entrer dans de longs détails à ce sujet, nous croyons qu'une simple observation peut servir à marquer le point saillant dans la ligne de séparation. — Il est des lésions de droit contre lesquelles chacun a la possibilité de se prémunir par le seul emploi de ses facultés individuelles. La prudence ordinaire, l'habileté, la vigilance communes, dans le courant des affaires, dans la gestion de la vie et des intérêts privés, suffisent pour éviter ces lésions ou pour s'en défendre : de telle sorte que c'est affaire à chacun d'y pourvoir et d'y donner ses soins individuellement. Si néanmoins ces lésions ont lieu, le rôle de la justice sociale se bornera à contraindre à l'exécution de ce qu'exige le droit ou à faire réparer le préjudice résultant de l'inexécution ou de la violation, ou, en d'autres termes, l'affaire sera purement de droit civil, parce que cette intervention donnera une suffisante satisfaction à la règle du juste et à l'intérêt de conservation et de bien-être social. Là où chacun comprend que son activité individuelle est suffisante, et que c'est à lui à veiller et à pourvoir efficacement à ses intérêts, il n'en demande pas plus à la société. — Il est des lésions de droit, au contraire, à l'égard desquelles les moyens de prévision ou de défense individuelles sont ordinairement insuffisants : et dès lors c'est précisément le rôle de la société de garantir les individus ; car sans cela à quoi servirait l'association ? De telles lésions ne nuisent pas seulement à la personne privée qui en est victime, elles nuisent à la société, dont elles bravent ou dont elles mettent en défaut la protection, dont elles font révoquer en doute l'habileté ou l'utilité ; elles jettent l'alarme et le trouble ou le malaise dans son sein, car, chacun sentant ses forces privées impuissantes contre les violations de droit de cette nature, sur qui comptera-t-il s'il ne peut compter sur les forces collectives de l'État ? L'intervention de la justice sociale pour contraindre seulement à

(1) J. Bentham, *Vue générale d'un corps complet de législation,* chap. 3.
(2) Carmignani, t. I, p. 203, § 1, *De limiti i quali dividono il dritto penale dal dritto civile.*

l'exécution de ce qu'exige le droit privé, c'est-à-dire à la réparation du préjudice individuel, ne satisferait plus ici suffisamment ni à la règle du juste ni à l'intérêt de conservation et de bien-être social ; il y faut, en outre, un châtiment au nom de la société : l'affaire est de droit pénal.

595. Ainsi, j'ai vendu ou acheté, prêté de l'argent, formé une société, donné ou pris à bail une ferme ou une maison, accordé crédit, et je me plains que les personnes avec lesquelles j'ai fait ces divers contrats n'en remplissent pas envers moi leurs obligations ; ou bien on me dispute, même de mauvaise foi, mes droits de propriété, le voisin usurpe sur mon champ, on me conteste une succession qui m'appartient : l'emploi de mes facultés individuelles suffit pour défendre et faire prévaloir mes droits en ces occasions ; c'était à moi de considérer quelles étaient les personnes avec qui je traitais, leur caractère, leur loyauté, leur aptitude ou leur solvabilité ; c'est à moi de conserver, de rechercher, de présenter mes titres justificatifs, de veiller sur mes intérêts. Par ma propre activité, même dans une mesure commune, je le puis faire efficacement ; il suffit, pour que chacun se sente rassuré contre de semblables éventualités, que je trouve l'action de la justice à ma disposition pour contraindre à exécuter ce qu'exigera le droit dont j'aurai fait preuve, ou à réparer le préjudice résultant de sa violation. — Mais il n'en est plus de même si c'est par la violence, par la trahison, par des artifices auxquels la prudence commune ne suffit pas pour échapper, que mes droits sont attaqués ; s'il s'agit de coups, d'injures, de calomnie, de vol, d'escroquerie ; si le voisin a déplacé les bornes, coupé les arbres corniers ; si les actes ou les titres ont été simulés ou altérés à l'aide de faux. Chacun se sent individuellement impuissant pour se mettre, par lui seul, à l'abri de semblables violations du droit ; l'affaire n'est pas de droit privé seulement, la société y est intéressée, et, les deux conditions, la justice avec l'intérêt de conservation ou de bien-être social, se trouvant réunies, la sanction pénale doit intervenir.

CHAPITRE II

CLASSIFICATION DES DÉLITS.

596. Toute classification, nous l'avons déjà dit, n'est qu'une opération d'ordre, et les mêmes objets peuvent être classés de diverses manières, suivant les divers points de similitude ou de divergence par lesquels ils peuvent être groupés ensemble ou opposés l'un à l'autre. D'où il suit que dans les sciences, surtout dans les sciences morales et sociales, les classifications n'ont

rien d'absolu et varient fréquemment entre les divers écrivains (ci-dessus, n° 24). Ainsi en est-il de la division des délits. L'important est de choisir les classifications les plus utiles, et surtout de se rendre compte du point de vue sous lequel elles sont faites, afin de ne point les confondre les unes avec les autres. Parcourons ici les plus importantes.

§ 1. Délits d'action ou d'inaction.

597. Nous dirons peu de chose de la division des délits en délits d'action ou délits d'inaction (*delinquere in committendo ; delinquere in omittendo*). — Nous savons comment cette division est la première, pour ainsi dire, qui découle des principes rationnels (ci-dessus, n° 569). — En droit positif, la loi pénale défend ou ordonne, elle est prohibitive ou impérative : faire ce qu'elle a défendu est le délit d'action ; ne pas faire ce qu'elle a ordonné est le délit d'inaction. Telle était même la définition que donnait du délit en général le Code de brumaire an IV (ci-dessus, n° 590, note 1).

598. On fait communément remarquer à ce sujet que dans toutes nos relations d'homme à homme, sans qu'il soit nécessaire de supposer une situation spéciale, qu'il s'agisse d'intérêts graves ou d'intérêts légers, toujours nous sommes tenus de nous abstenir des actes qui porteraient atteinte au droit d'autrui ; que c'est là un devoir universel, juridiquement exigible en toute occasion : tandis, au contraire, que le devoir de mettre notre activité au secours ou au service d'autrui, bien que compris largement sans doute au nombre des devoirs moraux, n'existe comme obligation de droit, comme devoir juridiquement exigible, que dans certaines situations et à raison de certains motifs particuliers. D'où il suit que les lois pénales prohibitives sont bien plus nombreuses que les lois pénales impératives, et les délits d'action bien plus fréquents et plus variés que les délits d'inaction.

599. On peut ajouter encore qu'à l'égalité de toutes autres conditions, employer notre activité au préjudice du droit d'autrui étant beaucoup plus coupable en soi et beaucoup plus dangereux pour la société que de rester dans l'inertie, les délits d'inaction, toutes autres choses égales d'ailleurs, sont moins graves que les délits d'action, et n'occupent en règle générale qu'un rang inférieur dans l'échelle de la criminalité.

600. Ce n'est pas, du reste, en ce qui concerne l'existence même de la loi répressive qu'ils diffèrent entre eux ; car à l'égard des uns comme à l'égard des autres, loi prohibitive ou loi impérative, il faut un texte antérieur qui les ait prévus et punis pour qu'ils puissent être frappés de peines.

601. Les hypothèses dans lesquelles peut s'offrir la question de savoir si nous devons être tenus légalement d'agir, même sous la sanction d'une peine, et qui sont par conséquent de nature à ap-

peler l'attention des criminalistes, peuvent se résumer dans les quatre variétés suivantes : — 1° Faire certains actes commandés pour un service ou dans un intérêt publics ; — 2° Faire certains actes commandés ou nécessaires à titre de précaution, de mesures de prudence, pour prévenir certains malheurs ou accidents qui pourraient avoir lieu sans cela ; — 2° Agir pour empêcher un crime ou un délit auquel il nous est possible ou facile de nous opposer ; — 4° Agir pour porter secours ou assistance à une personne que nous voyons en quelque péril ou en quelque nécessité.

602. Les deux premières de ces hypothèses se réfèrent aux obligations qui nous lient envers la société : la première directement, et la seconde d'une manière bien sensible encore, quoique moins directe. Par cela seul que nous sommes formés en association nous devons notre part d'activité et de services à ce corps dont nous sommes membres, et dans lequel nous prenons notre part de profit ; nous la devons encore, quoique avec moins d'étendue et dans la proportion des avantages auxquels nous participons, lorsque, sans être membres de l'association, nous vivons au milieu d'elle. Certaines situations de fonctions ou de professions peuvent venir augmenter ou rendre plus étroites ces obligations publiques. Les lois de tous les pays et de tous les temps offrent à ce sujet des dispositions impératives pénalement sanctionnées. C'est à ces deux hypothèses qu'appartiennent, dans notre droit positif, les nombreux délits d'inaction prévus par notre Code ou par nos lois spéciales.

603. Quant aux deux dernières hypothèses, elles présentent des devoirs d'assistance dont le caractère public est moins apparent, moins déterminé ; qui semblent ne toucher le plus souvent qu'à des intérêts privés, et appartenir à ces nécessités morales d'action dont le moyen de contrainte gît en notre seule conscience, sans constituer des devoirs juridiquement exigibles : d'où il suivrait qu'elles échapperaient aux sanctions de la pénalité humaine.

604. Les anciens criminalistes en avaient pris néanmoins plus de souci qu'on n'en prend communément aujourd'hui. — Quant à l'obligation de s'opposer, sous peine de châtiment, aux crimes dont on serait témoin ou dont le projet nous serait connu, et qu'il nous serait possible ou facile d'empêcher, ils invoquaient certains textes du droit romain (1) ou du droit canon (2), même cette pré-

(1) Dig., 29, 5, *De sen. cons. Silaniano*, 1, Fr. Ulp. — 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 29, Fr. Ulp. — 48, 9, *De lege Pompeio de parricidiis*, 2, Fr. Scævol. — 49, 6, *De re militari*, 6, §§ 8 et 9, Fr. Arr. Menand. En lisant ces textes, on verra qu'il n'y est pas question d'une obligation générale, mais seulement d'obligations particulières imposées à certaines personnes, à raison de leur qualité.

(2) *Corpus juris canonici*, Sexti decreti lib. 5, tit. 11, *De sententia excommunicationis*, cap. 5 : « ... Cum liceat cuilibet suo vicino vel proximo pro repellenda ipsius injuria suum impertiri auxilium : imo si potest et negligit, videatur injuriantem fovere, ac esse particeps ejus culpæ. » — Cette proposition n'est

tendue loi égyptienne, sur la foi de quelque historien : « Si quelqu'un trouve en chemin un homme que l'on tue ou que l'on maltraite, et qu'il ne le secoure pas quand il le peut, qu'il soit condamné à mort (1). » Notre jurisprudence française avait suivi ce courant, et Loysel inscrit au nombre des maximes coutumières ce dicton : « Qui peut et n'empesche, pêche (2). » — Quant au secours à porter à notre prochain en péril ou en détresse, ils en déduisaient l'obligation par voie de conséquence de celle qui précède, invoquant encore à l'appui le caractère de la religion chrétienne, qui nous doit mettre, à cet égard, au-dessus de ce qu'étaient les anciens (3). Notre jurisprudence française était entrée dans cette voie, et le principe que les peines étaient arbitraires dans le royaume se prêtait à la punition des faits de cette nature, qui paraissaient au juge mériter une répression.

605. Tel n'est pas l'esprit de notre droit positif actuel. — Un homme voit une personne se disposer à porter à ses lèvres un breuvage qu'il sait empoisonné et mortel : étranger, du reste, à la préparation de ce breuvage, au dessein criminel ou à l'accident qui l'a mis à la portée de celui qui va le prendre et à tous les faits qui s'y rapportent, il laisse faire, et le malheureux s'empoisonne et meurt. Voilà un exemple auquel il serait impossible d'appliquer, si ce n'est par une violence faite au texte, l'article de notre Code qui punit l'homicide par empoisonnement (art. 301); à peine même pourrait-on y plier celui qui punit l'homicide par inattention, par négligence (art. 319), parce qu'en réalité les faits de cette nature ne sont point prévus par nos lois. — Un porteur d'eau montant les escaliers d'une maison, ses deux seaux remplis

---

énoncée qu'incidemment et en passant, dans le texte canonique d'où elle est tirée.

(1) Delamarre, *Traité de la police*, liv. 1, tit. 2, tome I, p. 15.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 6, tit. 1, n° 5. — On peut voir le résumé de ces doctrines dans Jousse, *Traité de la justice criminelle*, part. 1, tit. 2, § 5, *De ceux qui ont connaissance du crime, et qui, pouvant empêcher de le commettre, ne l'empêchent point. — La solidarité défensive de la société*, suivant l'expression du projet de Code portugais, est énergiquement formulée par l'article 7 de ce projet, ainsi conçu : « Tout individu est tenu de prévenir et d'empêcher les crimes et délits, de coopérer à leur preuve, de concourir à leur découverte, ainsi qu'à celle de leurs agents, et de ne rien faire qui favorise ou protége leur impunité ou y contribue; le tout sous peine d'être considéré comme adhérent. » Mais cette disposition n'est point applicable aux secours en cas d'accident.

(3) « Il suit de là, dit Delamarre après avoir cité la loi égyptienne rapportée plus haut, il suit de là, selon les auteurs qui ont écrit sur cette Loy, que qui verroit un homme attaqué par une bête féroce, ou dans l'eau en danger de se noyer, doit faire autant son possible pour lui sauver la vie, que l'on est dans l'obligation de donner à manger à un homme qui seroit dans un danger évident de mourir par inanition. Notre sainte religion a encore poussé plus loin cette Loy charitable, puisqu'elle répute homicide celui-là même qui refuseroit du secours dans le péril. C'étoit le sentiment des plus sages d'entre les Grecs..., etc. » Delamarre, *Traité de la police*, liv. 1, tit. 2, tom. I, pag. 15.)

sur l'épaule, rencontre un homme les vêtements couverts d'alcool enflammé, qui descendait précipitamment et implore son secours : il refuse *de perdre son eau à cela*, et le malheureux, avant de trouver plus loin assistance, est déjà couvert de blessures très-dangereuses. Un roulier, marchant à côté de sa charrette, aperçoit au-dessus de l'eau et de la vase, dans l'un des fossés sur le bord de la route, deux jambes qui s'élevaient : sans se déranger, il continue du même pas son chemin jusqu'au prochain village, où il donne avis de ce qu'il a vu. On y court : c'était un pauvre petit garçon de sept ans qui était tombé dans le fossé, et que la vie venait à peine d'abandonner. Voilà d'autres exemples dont nous avons été témoins de nos jours, contre lesquels notre loi pénale est désarmée, et que notre jurisprudence civile elle-même se déterminerait difficilement à considérer comme pouvant donner lieu à une condamnation en dommages-intérêts, quoique aucun texte spécial ne soit strictement nécessaire pour la responsabilité civile.

606. Sans doute la loi ne peut commander sous une sanction pénale des actes difficiles de dévouement, de courage ou de sacrifice. Sans doute elle est même obligée, en édictant la peine, de prendre l'humanité à son niveau commun. On ne peut se dissimuler qu'il y aurait dans tous les faits de la nature de ceux que nous venons de raconter des appréciations délicates à faire, et une grande hésitation à avoir : est-ce la peur, la superstition; le préjugé, le saisissement, le défaut d'attention ou de présence d'esprit; ou bien est-ce une indifférence, un égoïsme, un mauvais vouloir coupables qui ont empêché d'agir ? Nous croyons néanmoins qu'il serait possible à la loi de déterminer en règle générale, sans exagération, pour les cas offrant de la gravité, les conditions qui pourraient constituer de tels délits d'inertie, avec la limite d'un *maximum* à un *minimum* fixés; laissant à la sagesse du juge le soin d'apprécier dans chaque affaire si ces conditions ont existé ou non, et le degré de peine à y appliquer dans la limite marquée. C'est en se pénétrant davantage du devoir d'assistance qui lie les hommes les uns aux autres qu'on arrivera à mieux comprendre ces nuances de la culpabilité, ainsi que le point où elles commencent à pouvoir tomber sous le coup de la justice sociale.

607. Nous n'hésiterons pas à dire qu'il est des cas où une obligation plus étroite pourrait, même aux yeux de notre loi pénale actuelle, résulter indubitablement de la situation, de telle sorte que la violation qui en aurait lieu constituerait un crime ou un délit d'inaction. Tel serait le cas d'une mère, ou même, suivant les circonstances, des personnes assistant à un accouchement, qui laisseraient périr par inaction, faute de soins indispensables à la conservation de la vie, l'enfant venant de naître; ou de ceux qui ne donneraient pas les aliments nécessaires à un malade, à un paralytique confié à leur sollicitude et hors d'état d'y pourvoir

lui-même ou de réclamer, et le laisseraient ainsi périr de besoin. Si la mort donnée par le fait négatif de pareilles inactions l'avait été à dessein, pourrait-on se refuser à y voir un cas d'infanticide, de meurtre ou d'assassinat?

Nous avons des textes formels qui frappent de peines le refus de service ou de secours dans les circonstances d'accidents, de calamités ou de nécessités publiques; mais notre loi n'a fait de ce refus qu'une contravention punie de peines de simple police, et elle exige pour que la contravention existe qu'il y ait eu réquisition faite par une autorité compétente (1) : ce qui constate officiellement l'utilité publique du service ou du secours demandé, met en demeure la personne à qui s'adresse la réquisition, et donne un caractère plus déterminé au refus ou à la négligence de cette personne. — Quant aux refus de services légalement dus par des commandants, officiers ou sous-officiers de la force publique, que l'autorité compétente aurait légalement requis, ou de tous autres services publics dus par des fonctionnaires, citoyens ou habitants, par suite de leurs fonctions ou en vertu de quelque loi, ils se rattachent directement aux deux premières hypothèses dont nous avons parlé ci-dessus (n° 602), et sont traités plus sévèrement par notre droit pénal positif (2).

608. Nous avons dit délit d'*inaction*, et non pas, suivant l'expression habituelle, délit d'*omission*, parce que le mot omission semblerait indiquer nécessairement un oubli, une négligence involontaire, tandis que les délits d'inaction, quoique susceptibles facilement de rentrer dans cette hypothèse, peuvent aussi dans beaucoup de cas se commettre intentionnellement, à mauvais dessein; et réciproquement il peut y avoir des délits d'action commis par négligence, par oubli de la règle prohibitive, en un mot par simple faute non intentionnelle (ci-dess., n° 378). Ce serait donc une grave erreur que de confondre, comme on est porté facilement à le faire, cette première classification avec celle qui va suivre.

---

(1) Loi *sur la police municipale*, du 19-22 juillet 1791, tit. 1er, art. 1er, § 17 : « Le refus des secours et services *requis par la police*, en cas d'incendie ou autres fléaux calamiteux, sera puni par une amende du quart de la contribution mobilière, sans que l'amende puisse être au-dessous de trois livres. »

Code pénal actuel, art. 475 : « Seront punis d'amende, depuis six francs » jusqu'à dix francs inclusivement : 12° Ceux qui, le pouvant, auront refusé ou » négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours *dont ils auront* » *été requis*, dans les circonstances d'accident, tumulte, naufrage, inondation, » incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandage, pillage, » flagrant délit, clameur publique ou d'exécution judiciaire. »

(2) Code pénal, art. 234 à 236, et lois spéciales.

§ 2. Délits intentionnels et délits non intentionnels, autrement dit contraventions. — Contraventions en général et contraventions de police. — Contraventions de police générale et contraventions de police locale ou municipale.

1° *Suivant la science rationnelle.*

609. Les développements déjà donnés au sujet de l'agent considéré sous le rapport de l'intention (ci-dess., n^os^ 377 et suiv.) montrent qu'il peut y avoir culpabilité pénale, application d'une peine publique, pour des faits commis sans mauvais dessein, sans intention de faillir à son devoir : d'où la division des délits en délits *intentionnels* et délits *non intentionnels*.

Par délits *intentionnels* nous entendrons ceux dans lesquels l'intention de délinquer est une condition constitutive du délit même : de telle sorte que, si cette intention ne s'est pas rencontrée chez l'agent, le délit n'existe pas. — Par délits *non intentionnels*, ceux qui existent et sont punissables même en l'absence de toute intention de délinquer : il est possible qu'ils aient été commis avec ou sans cette intention, mais dans l'un et l'autre cas, sauf les nuances qui peuvent en résulter pour la culpabilité individuelle, le délit existe toujours.

610. Les délits non intentionnels portent dans plusieurs textes de nos lois, surtout dans les lois spéciales et dans le langage pratique qui s'y réfère, le nom de *contraventions* : ce mot paraissant indiquer le simple fait matériel d'être venu contre la loi (*contra venire*), abstraction faite de l'intention. — Il suit de là que le mot délit, qui a déjà tant d'acceptions variées (n^os^ 362 et suiv.), et qui désigne tantôt toute déviation quelconque du droit, tantôt le délit du droit civil, tantôt toute infraction à la loi pénale, ou seulement le délit puni de peines correctionnelles, en reçoit ici une toute spéciale, et signifie, quand on l'oppose à contravention, le délit intentionnel, la contravention étant le délit non intentionnel. C'est ainsi qu'on distinguera, par exemple, les délits de presse et les contraventions de presse, quelle que soit du reste la peine encourue. Ce sont de nouvelles occasions d'obscurité et d'équivoque dans notre langue juridique.

611. Les contraventions ou délits non intentionnels sont en grand nombre. Nous avons indiqué déjà, au point de vue des principes de raison (ci-dess., n° 384), et au point de vue de notre droit positif (ci-dess., n° 405), quelles sont les idées générales sous lesquelles ces sortes de délits peuvent se ranger; mais parmi eux il est toute une classe qui mérite par son importance d'être signalée à part, et qui demande une étude particulière.

612. De l'idée de cité, ville (en latin *urbs, civitas*; en grec πόλις), de la vie des populations réunies en un être collectif ou État, pourvu d'organes publics et fonctionnant régulièrement, est venu dans la langue du droit et des sciences sociales, un de ces mots flexibles

qui se plient en sens divers à des acceptions variées, à des significations plus ou moins larges ou plus ou moins étroites : le mot de *police*. — Ainsi, dans un sens large, la *police des États* sera la raison même appliquée au gouvernement de l'État (*civitatis gubernandæ ratio*, suivant Vico) ; ou bien la direction générale et suprême de l'État. — En un autre sens, ce sera la *politique* (mot sorti de la même racine) qui sera cette direction générale et suprême, appliquée soit à l'organisation des grands pouvoirs publics, soit à leur mécanisme et à leur fonctionnement à l'intérieur ou à l'extérieur; tandis que la *police* ne désignera plus que cette partie spéciale de l'administration qui est chargée de veiller et d'agir constamment et sur tous les points dans l'intérêt commun de la population, soit pour prévenir, faire réparer ou faire réprimer le mal, soit pour préparer, faciliter ou procurer le bien. — En des acceptions plus étroites, on dira seulement la police d'une localité, d'une assemblée, d'une audience, d'un marché, d'un bal ou d'un spectacle public. — S'appliquant ainsi aux plus grandes ou aux plus petites choses de la société, le mot flottera tantôt du droit même de la police, à la mission qui lui est donnée, ou à son action, ou aux agents qui exercent cette action, ou à l'effet qu'elle produit. — D'un autre côté, les qualités brillantes ou affables qui s'acquièrent dans cette vie des cités s'exprimeront par les épithètes ou par les substantifs d'*urbanité, civilité, poli, politesse, policé ;* tandis que, tournés en d'autres désinences, ces derniers mots désigneront les vices qui se gagnent à courir les rues et les mauvais endroits publics de la cité. Ces procédés ingénieux qui assouplissent et tournent en sens divers le même mot parti d'une idée générale commune, font la richesse des langues usuelles, mais les imperfections et les incertitudes des langues scientifiques.

613. La police, dans le sens de cette partie spéciale de l'administration dont l'office peut se résumer, en somme, dans ces deux fins : prévenir le mal, procurer le bien, tant dans la sphère des intérêts moraux que dans celle des intérêts matériels, la police doit porter, sans contredit, sa sollicitude sur les délits, de quelque gravité qu'ils soient, et plus encore sur les grands que sur les petits. Cependant, si l'on examine les nécessité de cette administration, on trouvera que, pour la mettre à même d'accomplir sa tâche, ou pour faire concourir les particuliers au double but qui en est la fin, certaines actions ou inactions peuvent nous être imposées, les unes comme moyen de contrôle ou de surveillance à donner à l'autorité, les autres à cause de l'incommodité que tel acte pourrait avoir pour la généralité des habitants, celles-ci pour un bien, pour un avantage commun auquel nous devons contribuer, le plus grand nombre à cause d'un danger d'accidents, de malheurs ou d'actes coupables qu'il faut prévenir : de telle sorte que la sanction pénale attachée à la violation de ces sortes de prescriptions ou prohibitions l'est moins à raison d'un droit préexistant, dont la

lésion serait punissable par elle-même, qu'en vue de la bonne administration du pays et de la nécessité de pourvoir utilement aux divers intérêts communs de la population. — Ce n'est pas à dire que la peine soit assise alors sur la seule utilité : la justice s'y rencontre aussi; car des obligations de droit nous lient à la population avec laquelle nous sommes associés ou au milieu de laquelle nous vivons ; profitant des avantages de cette vie d'association, nous devons y concourir pour notre part, suivant la justice absolue ; et jusqu'à une certaine limite, dont la recherche est délicate il est vrai, mais que peut marquer la raison du droit, nous sommes tenus de sacrifier à ces avantages communs quelque peu de l'indépendance individuelle de notre activité. Moralement indifférentes en elles-mêmes si on les considère à un point de vue individuel, les actions ou inactions dont il s'agit ici n'apparaissent comme justement punissables que si l'on fait intervenir cette idée de l'intérêt commun des populations au milieu desquelles nous sommes placés, et des liens de droit qui nous astreignent envers ces populations. Et de là vient, pour les prescriptions qui les concernent, le nom de *prescriptions de police;* pour les infractions, celui d'*infractions de police.*

614. De là aussi, par un raisonnement que nous laisserons à faire au lecteur, il est facile de conclure : — d'une part, que la criminalité de ces sortes d'actions ou d'inactions, indifférentes pour la plupart en elles-mêmes au point de vue individuel, mais transformées en actes punissables par le seul intérêt public et par notre obligation sociale de concourir à cet intérêt, ne doit pas être, en général, fort élevée; — et, d'autre part, que la négligence, l'oubli, l'imprévoyance, en un mot, la simple faute sans intention, y suffisent communément pour motiver la pénalité : de telle sorte que les infractions de police se rangent presque toutes au nombre des délits non intentionnels, dont elles forment, non pas la totalité, mais une grande partie, et prennent en conséquence la qualification technique de *contraventions de police.*

Ainsi, nous avons à distinguer les délits intentionnels, les contraventions en général ou délits non intentionnels, et, parmi elles, plus spécialement les contraventions de police.

615. Or, parmi ces nécessités de police il en est qui se réfèrent aux intérêts généraux, et par conséquent à l'administration centrale du pays, s'étendant à toute la population, par tout le territoire ; — tandis que d'autres ne tiennent qu'aux intérêts locaux, et par conséquent à l'administration particulière de telle portion du territoire, de telle agglomération fractionnelle de la population : l'État n'y étant engagé que d'une manière indirecte, comme le tout l'est dans les intérêts de la partie. — D'où il suit qu'outre la police générale de l'État, il y a la police de chaque subdivision de territoire et de population ; et de là découle une

sous-distinction concernant les contraventions de police, dont les unes seront des contraventions de police générale, et les autres des contraventions de police locale.

616. Les divisions ou subdivisions de territoire et de population dans un même État, auxquelles correspond la division des autorités administratives, n'ont rien d'absolu en soi ; elles peuvent varier d'un pays à l'autre, d'un temps à l'autre, soit par le nombre, soit par l'espace, soit par le titre, soit par les droits, suivant l'organisation politique ou l'organisation administrative de chaque peuple. Mais parmi elles il en est une qui se présente avec un tout autre caractère : c'est celle qui résulte de l'agglomération de la population vivant dans une même ville ou dans un même village, avec son territoire et ses intérêts propres, formant dans la famille générale de l'État comme une famille particulière, qu'on désigne sous le nom de commune ou municipalité. Sans doute la commune dans la gestion de ses intérêts, dans l'administration de tout ce qui tient à sa vie communale, peut avoir plus ou moins de latitude ou de sujétion, suivant les institutions du pays dont elle fait partie ou les vicissitudes de ses destinées ; mais, quant à son existence même et aux intérêts qui s'y rattachent essentiellement, elle est une conséquence élémentaire de la vie de l'homme en société, et la raison la signale partout et en tout temps. — Au nombre de ces intérêts se rangent ceux qui concernent la police de l'agglomération municipale : d'où il suit que dans ce que nous avons nommé police locale, il y a à remarquer plus distinctement la *police municipale ;* et dans les contraventions de police locale, les contraventions de *police municipale*.

617. C'est particulièrement aux mesures de police, même à celles d'intérêt général, qu'il faut appliquer cette observation que toutes ne peuvent pas être déterminées ni prescrites à l'avance par la loi (ci-dess., n° 577). Un grand nombre d'entre elles demandent une appréciation du moment, ou des circonstances qui en feront l'opportunité ou l'inopportunité, et exigent une ordonnance de détails dans lesquels ne peut pas entrer le législateur. — A plus forte raison en est-il ainsi des mesures de police locale. Parmi ces dernières il en est quelques-unes, sans doute, qui sont de nature à se produire partout, et à donner lieu à des règles uniformes et permanentes, bonnes à établir également dans chaque localité. Mais le plus grand nombre est essentiellement variable et dans la dépendance de mille accidents divers : le chiffre de la population, la situation sur les montagnes, dans les vallées, au bord d'un fleuve ou sur le rivage de la mer, la température du climat, la nature du sol et de ses productions, le genre de travail, d'industrie ou de commerce des habitants, les usages traditionnels et les caractères, la marche des saisons dans sa régularité ou dans ses perturbations, les épidémies, les calamités, frappant telle contrée, épargnant telle autre, mille causes

enfin peuvent faire que ce qui est bon à ordonner ou à interdire ici soit mauvais là, ou que ce qui est bon en tel temps ou en telle occasion, soit mauvais en telle autre : de telle sorte que non-seulement l'intérêt, mais la règle elle-même se localise et a besoin de se diversifier d'un lieu à l'autre, d'un temps à l'autre, d'une occasion à l'autre.

618. C'est donc particulièrement en ce qui concerne les mesures de police qu'à côté de la loi doit venir se placer le règlement, et qu'il est nécessaire de recourir, pour l'établissement régulier de la sanction pénale, au procédé ci-dessus indiqué (nos 578 et 584).

619. La loi formulera et décrétera elle-même les règles de police, soit d'intérêt général, soit même d'intérêt local, qui sont uniformes et permanentes et doivent être communes à toutes les localités ; mais quant aux prescriptions de police occasionnelles, quant aux prescriptions susceptibles de mobilité, ou variables d'un lieu à l'autre, elle déléguera le pouvoir réglementaire à l'autorité chargée de l'administration, en édictant la peine contre la violation des règlements de cette autorité.

620. Pour la police générale, c'est à l'autorité centrale de gouvernement et d'administration que revient nécessairement cette délégation. — Mais pour la police locale ou municipale, les autorités du lieu, seules à même de suivre jour par jour la succession des faits, d'apprécier l'opportunité des ordres ou des défenses, et d'y pourvoir avec la célérité convenable, sont appelées rationnellement à l'exercice du pouvoir réglementaire, sous la surveillance néanmoins de l'administration centrale, afin d'empêcher que les intérêts généraux ne soient froissés.

621. En suivant et complétant cette analyse, on voit qu'en somme le fait de la police, soit générale, soit locale, exige, de même que le gouvernement de l'État, quoique en de moindres proportions, ces trois ordres de fonctions : administrer, faire les prescriptions ou prohibitions, punir les contraventions ; ou, en d'autres termes, pouvoir d'administration, pouvoir de règlement, et pouvoir de juridiction.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

622. Dans nos anciennes institutions et dans notre ancienne jurisprudence, les délits contre la police tenaient une grande place ; ils y étaient rangés à part et qualifiés déjà de *contraventions*, sans que cette expression répandue partout dans les ordonnances et les règlements de police, ainsi que celles de *contrevenir*, *contrevenants*, fût érigée en dénomination technique et législativement consacrée (1).

(1) « Nous appelons *délits de police* toute *contravention* aux règlements particuliers faits pour la police de l'Etat. » (Muyart de Vouglas, liv. 3, tit. 8, *Des*

623. La force des choses avait conduit nécessairement à y distinguer, soit pour l'action, soit pour le pouvoir réglementaire, soit pour celui de juridiction, entre la police générale de tout le royaume et la police locale. — Les morcellements de territoire et de puissance opérés par la féodalité, les distinctions de provinces, les ressorts de parlements, les seigneuries justicières, formaient autant d'éléments divers de divisions ou subdivisions dans la police locale; et ce n'avait été qu'à mesure des progrès de la monarchie dans la constitution de son pouvoir supérieur et de l'unité politique que l'autorité du roi pour la police générale du royaume avait pris plus de force, plus d'étendue et finalement une souveraineté non contestée.

624. Au nombre des polices locales, il faut remarquer celles des villes affranchies de la puissance et de la justice seigneuriales, nommées villes libres, villes de loi, communes, municipalités, et ayant en propre, comme droit à elles appartenant en vertu de leurs chartes et de leurs coutumes, la police municipale. Il en était même plusieurs parmi elles qui avaient non-seulement la police, mais encore la justice criminelle en toute son étendue, et jusqu'à la justice civile. L'ordonnance de Moulins, de 1566, en leur enlevant la justice civile, leur laissa encore le criminel et la police (1).

625 Même à l'égard des villes dont la police appartenait aux officiers du roi ou des seigneurs, au milieu des conflits suscités pour cette juridiction entre la multiplicité et la diversité des officiers qui y prétendaient, et dans les efforts successifs faits par les rois pour arriver enfin à quelque unité ou à quelque uniformité sur ce point, on voit, par la série des ordonnances, la part importante qui est toujours faite, sinon dans le droit, au moins dans l'exercice et dans les fonctions de la police, aux officiers municipaux, bourgeois ou habitants, les bourgeois *policiers*, comme les appelle Loiseau (2).

---

délits contre la police.) — Jousse, partie 4, tit. 19. — Delamarre, *Traité de police*, 2 vol. in-fol. ; savant ouvrage, justement estimé, quoique l'érudition ait besoin d'en être quelquefois redressée. — Loiseau, *Traité des seigneuries*, ch. 9, *Du droit de police*. — Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. 28.

(1) Art. 71 : « Pour donner quelque ordre à la police des Villes de notre Royaume, et pourvoir aux plaintes qui de ce nous ont esté faites, avons ordonné que les Maires, Eschevins, Consuls, Capitouls et administrateur des corps desdites Villes qui ont eu ci-devant et ont de présent l'exercice des causes civiles, criminelles et de la police, continueront cy-après seulement l'exercice du criminel et de la police, etc. »

(2) Ordonnance de Moulins, de Charles IX, février 1566, sur les doléances des États, art. 71 et 72. — Règlement arrêté en Conseil, pour la police de Paris et des autres villes du Royaume, du 4 février 1567, confirmé par lettres patentes du 23 mars, de Charles IX. — Edit d'Amboise, de Charles IX, janvier 1572. — Déclaration du mois de juillet 1572. — Déclaration du 10 septembre 1573, pour la police de Paris. — Règlement général pour la police du royaume, du 21 novembre 1577, sous Henri III. (On peut voir l'historique et le

626. A l'époque de Louis XIV, où les droits des communes comme ceux des seigneurs avaient été réduits et partout subordonnés à la souveraineté royale, même après la création du lieutenant général de police à Paris (édit de mars 1667), et des lieutenants généraux de police dans les principales villes du royaume (édit d'octobre 1699), création qui donna lieu à tant de difficultés, à tant de conflits, à tant de petites résistances contre lesquelles le Conseil du roi eut à lutter énergiquement pendant plusieurs années (1), même après l'établissement complet et le plein exercice de ces nouvelles magistratures, il resta encore dans beaucoup de villes plusieurs vestiges des attributions municipales d'autrefois au fait de la police. Le prévôt des marchands et les échevins de Paris, ceux de Lyon, les échevins ou officiers municipaux de toutes les villes des Pays-Bas français, les maires et échevins d'Orléans, les jurats de Bordeaux, les capitouls de Toulouse, les consuls d'Aix et d'autres encore gardèrent certains pouvoirs qui survécurent à ces changements. D'ailleurs, pour être passée à des officiers du roi, la police locale n'en restait pas moins essentiellement distincte de la police générale, et les contraventions aux règles de l'une différentes des contraventions aux règles de l'autre.

627. Aujourd'hui, sous notre système unitaire, créé par le travail incessant de l'ancienne monarchie, fortifié par la république, par l'empire, et plus énergiquement constitué en France que partout ailleurs, les contraventions de police, qu'il s'agisse de la police générale ou seulement de la police locale, ne peuvent avoir d'autre base de répression que la loi : — la loi seule lorsqu'elle-même les a définies et frappées de peines ; — la loi et le règlement réunis, lorsque la loi s'est bornée à marquer la peine, laissant au règlement le soin de faire des injonctions ou prohibitions (ci-dess., nos 578, 584 et 619).

628. C'est en la personne du chef du gouvernement, aujourd'hui du président de la République, que réside le pouvoir réglementaire. Il lui est déféré, comme attribution générale pour l'exécution des lois, par nos institutions politiques (2) ; indépendamment des dispositions si fréquentes par lesquelles des lois par-

---

texte de ces différents actes dans DELAMARRE, liv. 1, tit. 6, page 52 et suiv.) — LOISEAU, *Traité des seigneuries*, ch. 16, *Des justices appartenantes aux villes*, n° 67. — BACQUET, *Traité des droits de justice*, ch. 28, notamment nos 3, 4 et 5.

(1) On peut voir dans DELAMARRE, tom. I, pag. 147, 56 et suiv., le texte de ces édits de création, et les nombreux arrêts du Conseil auxquels donnèrent lieu les difficultés qu'ils soulevèrent.

(2) La loi du 31 août 1871, aux termes de laquelle le président de la République « assure et surveille l'exécution des lois, » a toujours été entendue en ce sens qu'il a le pouvoir de faire les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois, ainsi que le décidait formellement l'article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852. On avait interprété de même la disposition identique de l'article 49 de la Constitution de 1848.

ticulières renvoient, en termes exprès, à un règlement l'ordonnance des détails qu'elles ne veulent point formuler. — Le chef du gouvernement délègue ensuite partiellement ce pouvoir, suivant l'ordre de notre organisation administrative, à certains fonctionnaires administrateurs agissant sous son autorité.

529. On trouve ainsi comme actes par lesquels est exercé le pouvoir réglementaire :

Quant à la police générale :

Les décrets du président de la République (précédemment *ordonnances*), lesquels doivent être délibérés en conseil d'État toutes les fois que la loi spéciale a formellement ordonné qu'ils seraient rendus « *en forme de règlements d'administration publique* » ;

Les arrêtés des ministres, chacun dans ses attributions respectives, relativement aux objets qui peuvent être ainsi réglementés. — Plus particulièrement, les arrêtés du ministre de l'intérieur, chargé de la police générale (1).

Quant à la police locale :

A Paris, dans les communes du département de la Seine et dans quelques-unes du département de Seine-et-Oise, dont l'ensemble peut être qualifié d'agglomération parisienne, quoique cette expression ne se trouve pas dans la loi, les arrêtés du préfet de police de Paris, improprement qualifiés d'*ordonnances* de police par l'usage habituel ;

Dans l'agglomération lyonnaise, composée des communes du département du Rhône et de quelques-unes des départements de l'Isère et de l'Ain, les arrêtés du préfet du Rhône, faisant fonctions de préfet de police pour cette agglomération (2) ;

Dans chaque département, sauf les restrictions résultant de la création spéciale des deux préfets de police ci-dessus, les arrêtés du préfet, en ce qui concerne la police soit du département, soit de quelqu'un des arrondissements, soit de plusieurs communes ;

Enfin, en ce qui concerne la police municipale de chaque commune en particulier, sauf toujours les mêmes restrictions, les arrêtés des maires.

630. Quelques observations sur ce dernier point sont indispensables. — Dès leur reconstruction après la révolution de 1789, les municipalités ont été assises sur cette idée que chaque commune « existe tout à la fois, suivant les expressions du premier président Henrion de Pansey, comme famille particulière et

(1) Décret du 22 janvier 1852, qui crée un ministère de la police générale. — Décret du 30 janvier 1852, qui règle l'organisation de ce ministère. — Décret du 21 juin 1853, qui le supprime et qui en réunit les attributions à celles du ministère de l'intérieur.

(2) Voir, quant au préfet de police de l'agglomération parisienne et à celui de l'agglomération lyonnaise, les textes cités ci-dessous, n° 635, notes 1 et 2.

comme fraction d'une famille plus considérable », l'État; qu'au premier titre, celui d'agrégation particulière, elle a des intérêts et des droits à elle, par conséquent le besoin d'une administration qui lui soit propre; mais qu'au second titre, l'Etat a intérêt dans les intérêts de la commune, comme le tout dans une de ses fractions, et doit par conséquent y avoir une certaine action supérieure; de telle sorte que l'autorité municipale est placée sous la surveillance et la direction de l'autorité administrative, surtout dans les affaires de quelque importance. — Il y a plus, il a été trouvé avantageux sous plusieurs rapports, dans notre organisation administrative, de prendre pour agents de l'administration générale, en certaines opérations, les agents de l'administration municipale elle-même, de telle sorte que nos officiers ou corps municipaux ont un double caractère et fonctionnent en deux qualités, tantôt en l'une et tantôt en l'autre. C'est ce qui a été établi par la loi des 14-24 décembre 1789, et exprimé en ces termes, articles 49 : « Les corps municipaux auront deux espèces de » fonctions à remplir : les unes, propres au pouvoir municipal; » les autres, propres à l'administration générale de l'Etat et délé- » guées par elle aux municipalités. »

631. Or, parmi les fonctions propres au pouvoir municipal, « sous la surveillance et l'inspection des assemblées administra- » tives », l'article suivant (art. 50) range en dernier lieu celle « de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, » notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la » tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics. » — Toutefois, qu'il s'agisse de crimes ou de délits d'une certaine gravité, dont le mal, l'alarme ou le danger sont de nature à dépasser les limites de la commune et à affecter la population ou les intérêts au dehors, il est clair que ce n'est plus la commune seule, mais que c'est l'État qui s'y trouve directement engagé. Lors donc qu'on dit que le pouvoir de police est essentiellement propre au pouvoir municipal, il ne s'agit que de la police inférieure concernant ces sortes de contraventions qui, par leur peu d'importance, sont restreintes dans les limites communales et n'ont qu'un caractère purement local. Si d'autres fonctions de police concernant des délits plus graves sont remplies par certains officiers municipaux, ces officiers ne les remplissent pas comme inhérentes au pouvoir municipal : ils ne sont en cela que des agents ou fonctionnaires du pouvoir général de l'État. Il a pu exister d'autres idées au temps des chartes de communes, lorsque certaines municipalités avaient en propre, ainsi que nous l'avons vu (n° 624), non-seulement la police, mais même la justice criminolle en toute son étendue et la justice civile. Cela n'avait rien que de naturel dans un système où les droits de juridiction étaient morcelés, divisés de toute manière, et appartenaient en patrimoine aux seigneurs justiciers; ils pouvaient bien appartenir aux

communes. Mais transporter quelque chose de ces idées dans l'état actuel de notre société et dans le système unitaire de nos institutions serait un anachronisme.

Il y a plus, même pour les contraventions de police purement municipale la peine ne peut être édictée que par la loi, la juridiction n'émane que du pouvoir général, la répression n'est faite qu'au nom de l'Etat; ce qui est propre au pouvoir municipal, c'est le soin de veiller, de prendre les mesures utiles, de faire les règlements; encore n'a-t-il ce droit d'agir et de réglementer que pour les objets qu'un texte de loi a spécialement confiés à sa vigilance : il faut que dans la loi se trouvent et l'attribution qui lui a été faite et la pénalité; enfin son droit ne s'exerce que sous la surveillance et sous l'autorité supérieure du pouvoir administratif général.

632. Ainsi, en premier lieu, la loi a défini elle-même et frappé de peines celles des contraventions de police municipale qui, ayant un caractère permanent et uniforme, ont pu être prévues légalement à l'avance et étendues à toutes les communes (ci-dess., n° 619). Elle l'a fait, quoique avec quelque confusion, dès l'organisation du régime nouveau, par la loi des 19-22 juillet 1791, sur la police municipale (tit. 1, art. 1, §§ 14 et suivants); elle l'a fait avec plus de netteté, quoique d'une manière bien incomplète encore, dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (art. 605 et suiv.); enfin, ce travail s'est complété et méthodiquement coordonné dans les articles 471 et suivants du Code pénal de 1810, auxquels il faut joindre les nombreuses dispositions des lois particulières définissant et punissant de semblables contraventions.

633. Ainsi, en second lieu, en dehors de ces prévisions légales et uniformes dans toutes les localités, la loi, pour les prescriptions variables ou occasionnelles, a déterminé elle-même les objets de police qu'elle a voulu confier à la vigilance de l'autorité municipale, et sur lesquels elle a délégué à cette autorité le pouvoir réglementaire. Elle l'a fait notamment dans la loi des 16-24 août 1790, qui est la loi fondamentale à cet égard (1), et dans les

---

(1) Loi 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*, tit. 11, *Des juges en matière de police :*

Art. 3. « Les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont :

» 1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques; ce qui comprend le nettoiement, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des bâtiments qui puisse nuire par sa chute, et celle de rien jeter qui puisse blesser ou endommager les passants ou causer des exhalaisons nuisibles;

» 2° Le soin de réprimer et punir les délits contre la tranquillité publique, tels que les rixes et disputes accompagnées d'ameutements dans les rues, le

dispositions particulières de diverses lois spéciales survenues depuis.

634. Ainsi, enfin, le droit de surveillance et l'autorité de l'administration supérieure sont consacrés par le pouvoir donné au préfet d'annuler les arrêtés du maire ou d'en suspendre l'exécution. Pour rendre cette surveillance plus efficace et mettre le préfet en mesure d'examiner ces arrêtés, la loi veut qu'aussitôt qu'ils auront été rendus ils soient adressées par le maire au sous-préfet, lequel les transmettra au préfet; et, pour donner à celui-ci le temps de faire son examen, elle suspend pendant un certain délai l'exécution de ceux de ces arrêtés qui portent règlement permanent, ordonnant qu'ils ne soient exécutoires qu'un mois après le récipissé donné par le sous-préfet. Quant à ceux qui ne contiennent que des dispositions temporaires, un pareil délai aurait été souvent préjudiciable; sauf le droit d'annulation ou de suspension ultérieures, toujours réservé au préfet, ils seront donc exécutoires aussitôt après qu'ils auront été publiés (1).

---

tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les bruits et attroupements nocturnes, qui troublent le repos des citoyens;

» 3° Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics;

» 4° L'inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids, à l'aune ou à la mesure; et sur la salubrité des comestibles exposés en vente publique;

» 5° Le soin de prévenir par les précautions convenables et celui de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, les accidents et fléaux calamiteux, tels que les incendies, les épidémies, les épizooties, en provoquant aussi, dans ces deux derniers cas, l'autorité des administrations de département et de district;

» 6° Le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté, et par la divagation des animaux malfaisants ou féroces. »

Art. 4. « Les spectacles publics ne pourront être permis et autorisés que par les officiers municipaux. »

(1) Ces règles, dont le principe remonte aux lois des 19-22 juillet 1791, *sur la police municipale*, tit. 1er, art. 1er, § 46, du 28 pluviôse an VIII, art. 13, ont été formulées, en dernier lieu, en ces termes, par la loi du 18 juillet 1837, *sur l'administration municipale*:

Art. 9. « Le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure, — 1° De la publication et de l'exécution des lois et règlements; — 2° Des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois; — 3° De l'exécution des mesures de sûreté générale. »

Art. 10. « Le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure : — 1° De la police municipale, de la police rurale et de la voirie municipale, et de pourvoir à l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs; — 2° ....., etc. »

Art. 11. « Le maire prend des arrêtés à l'effet : — 1° D'ordonner les mesures locales sur les objets confiés par les lois à sa vigilance et à son autorité; — 2° De publier de nouveau les lois et règlements de police et de rappeler les citoyens à leur observation. — Les arrêts pris par le maire sont immédiatement adressés au sous-préfet. Le préfet peut les annuler ou en suspendre l'exécution. — Ceux de ces arrêtés qui portent règlement permanent ne seront exécutoires qu'un mois après la remise de l'ampliation constatée par les récépissés donnés

635. Par des considérations politiques, ces pouvoirs de police municipale et de règlement ont été retirés aux maires des communes composant le département de la Seine, à la réserve d'un certain nombre d'attributions moins importantes laissées à ces maires, ainsi qu'à ceux de Saint-Cloud, Meudon, Sèvres et Enghien, sous d'autres réserves analogues, et transportés à un préfet spécial, le préfet de police de Paris (1). Ils ont été retirés pareillement, toujours sous certaines réserves analogues, aux maires des communes de l'agglomération lyonnaise, et transportés au préfet du Rhône, faisant fonction de préfet de police pour cette agglomération (2).

636. Mais, soit qu'il s'agisse des règlements émanés du chef de l'Etat lui-même, soit de ceux émanés des ministres, des préfets

---

par le sous-préfet. » La loi du 24 juillet 1869 *sur les conseils municipaux* n'a rien changé aux attributions du maire quant aux arrêtés de police.

(1) Loi du 28 pluviôse an VIII (7 février 1800), *concernant la division du territoire de la république et l'administration*, art. 16 : « A Paris, dans chacun des arrondissements municipaux, un maire et deux adjoints seront chargés de la partie administrative et des fonctions relatives à l'état civil. Un préfet de police sera chargé de ce qui concerne la police, et aura sous ses ordres des commissaires distribués dans les douze municipalités. » — Arrêté du 12 messidor an VIII (1er juillet 1800) *qui détermine les fonctions du préfet de police de Paris*. — Arrêté du 3 brumaire an IX (25 octobre 1800) qui étend sur toutes les communes du département de la Seine et sur celles de Saint-Cloud, Meudon et Sèvres, du département de Seine-et-Oise, l'autorité du préfet de police de Paris, quant à certaines attributions énumérées dans cet arrêté, mais moins étendues que celles qui, en vertu de l'arrêté précédent, sont exercées par le préfet de police dans les douze arrondissements de Paris. — Loi du 14 août 1850, qui ajoute aux trois communes du département de Seine-et-Oise précitées celle d'Enghien du même département. — Loi du 10 juin 1853 qui autorise le préfet de police de Paris à exercer dans toutes les communes du département de la Seine les fonctions qui lui sont déférées par l'arrêté du 12 messidor an VIII, en déterminant à nouveau, dans son article 2, les attributions de police municipale ou autres qui resteront réservées aux maires sous la surveillance du préfet de la Seine. — Il résulte de ces divers textes que dans toutes les communes du département de la Seine, le préfet de police de Paris exerce les attributions déterminées par l'arrêté du 12 messidor an VIII, sauf les réserves mentionnées en l'article 2 de la loi du 20 juin 1853 ; tandis que dans les communes de Saint-Cloud, Meudon, Sèvres et Enghien, il exerce seulement celles moins étendues qui sont déterminées par l'arrêté du 3 brumaire an IX.

(2) Loi des 19-24 juin 1851, *relative à l'agglomération lyonnaise*. Cette agglomération se compose des communes de Lyon, la Guillotière, la Croix-Rousse, Vaise, Calluire, Oullins et Sainte-Foy, du département du Rhône, dans lesquelles le préfet exerce les fonctions fixées par l'arrêté du 12 messidor an VIII ; des communes de Villeurbane, Vaux, Bron et Venissieux, du département de l'Isère, et de celles de Rillieux et Miribel, du département de l'Ain (art. 1 et 3 de la loi), dans lesquelles les fonctions du préfet sont celles déterminées par l'arrêté du 3 brumaire an IX. Les articles 2 et 3 de la loi réservent aux maires de ces communes certaines attributions de police à déterminer par règlement d'administration publique. — Décret des 4-11 septembre 1851, *qui détermine les attributions réservées aux maires dans les communes énumérées dans la loi du 19 juin 1851, relative à l'agglomération lyonnaise*. — Loi du 4 avril 1873, qui détermine les pouvoirs du préfet du Rhône et des maires de Lyon.

ou des maires, l'injonction ou la prohibition sur les objets confiés à ces autorités étant déterminées par le règlement, toujours la sanction pénale, pour qu'elle existe, doit se trouver dans une loi (ci-dess., nos 578, 584, 619 et 627).

637. Cette sanction est placée fort souvent dans la loi spéciale même, qui, en déléguant à l'autorité gouvernementale ou administrative le soin de faire le règlement, marque la peine applicable en cas de violation de ce règlement. Nous pouvons donner en exemple les lois du 3 mars 1822 sur la police sanitaire (art. 1er, 7 et suiv.), du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale (art. 26 et suiv.), du 3 mai 1844 sur la police de la chasse (art. 3, 9, 11 et suiv.), du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer (art. 21), du 19 juillet 1845 sur la vente des substances vénéneuses (art. 1er), et tant d'autres semblables. Quelques articles de notre Code pénal ont procédé d'une manière analogue (art. 471, nos 5 et 8; 475, nos 1 à 4; 476 et 479, no 4). Les peines ainsi édictées seront graves ou légères suivant la détermination qu'en aura faite le législateur; il peut y en avoir même de criminelles : ainsi la loi de la police sanitaire que nous venons de citer nous offre (art. 7 et suiv.) l'exemple des peines de mort et de reclusion pour violation de règlements sanitaires.

638. A défaut de pénalité marquée dans la loi spéciale, tout règlement de l'autorité administrative ou municipale légalement fait vient se placer sous une sanction générale qui supplée à tous les cas non prévus, et qui, manquant dans le Code pénal de 1810, y a été ajoutée, lors de la révision de 1832, en ces termes : Art. 471. « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq » francs inclusivement,... 15° ceux qui auront contrevenu aux » règlements légalement faits par l'autorité administrative, et » ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés » publiés par l'autorité municipale, en vertu des articles 3 et 4, » titre 11 de la loi du 16-24 août 1790, et de l'article 46, titre 1 » de la loi du 19-22 juillet 1791. »

639. Mais la sanction pénale doit être refusée à toute disposition réglementaire qui aurait été rendue par une autorité incompétente soit à raison du territoire, soit à raison des attributions, ou qui porterait à des droits fondamentaux garantis par le droit public du pays des restrictions ou des atteintes contraires à ce droit public : dernière appréciation peu déterminée, et par conséquent bien difficile et bien délicate à faire par le juge.

640. Les règlements ne sont obligatoires qu'après avoir été publiés. — Ceux émanés du chef de l'Etat, aujourd'hui *décrets*, précédemment *ordonnances*, sont mis à cet égard, par les ordonnances du 27 novembre 1816 et du 18 janvier 1817 et par le décret du 5 novembre 1870, sur le même pied que les lois, et soumis en conséquence, pour la promulgation, pour la publication et pour le délai après lequel ils sont exécutoires, aux règles

tracées par ce décret qui modifie l'article 1er du Code civil (1), et par lesdites ordonnances de 1816 et de 1817. Mais, rien n'ayant été prescrit sur ce point en ce qui concerne les règlements par arrêtés des ministres, des préfets ou des maires, c'est à la jurisprudence à apprécier s'il y a eu mode suffisant de publication. Cette publication se fait, dans la pratique, soit par affiches, soit par proclamation à son de trompe ou de tambour. — Quand il s'agit d'arrêtés individuels, tels, par exemple, que ceux portant des interdictions ou des assignations de résidence, que la loi autorise en certains cas à l'égard de certaines personnes, c'est une notification individuelle à la personne intéressée qui est nécessaire pour que la peine attachée à la violation de ces arrêtés puisse être encourue.

641. Les contraventions à des règlements anciens peuvent constituer encore aujourd'hui des contraventions punissables, si ces règlements sont émanés d'anciennes autorités souveraines, s'ils avaient un caractère d'intérêt général et permanent, et qu'aucune disposition du droit moderne, soit par son texte, soit par son esprit, ne les ait directement ou indirectement abrogés. La peine à appliquer est alors celle de l'ancien règlement, si elle figure au nombre des peines encore admises aujourd'hui ; ou la peine qui y a été substituée, si quelque loi spéciale moderne, tout en maintenant ou confirmant l'ancien règlement quant à ses prescriptions, en a modifié la pénalité ; et à défaut, pour le moins la peine édictée comme sanction générale dans l'article 471, n° 15, du Code pénal (ci-dess., n° 638). Ces règlements anciens néanmoins, si l'on n'y recourait avec la plus grande circonspection, pourraient offrir une mine cachée de prescriptions non-seulement ignorées, mais même difficiles à connaître par la population, en dehors des habitudes de nos jours, et le plus souvent en dispro-

(1) Faisant droit aux réclamations élevées depuis longtemps contre le calcul des distances, établi par cet article 1er, le décret du 5 novembre 1870 porte : « Art. 1er. Dorénavant la publication des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois*. Le *Bulletin des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation. » — Art. 2. « Les lois et décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le Gouvernement par une disposition spéciale, peut ordonner l'exécution immédiate d'un décret. » — Art. 3. « Les préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera. » — Art. 4. « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à dater de la promulgation. » Nous avons déjà signalé (n° 388, note 1) cette dernière disposition, qui contient une dérogation équitable au principe que nul n'est censé ignorer la loi.

portion quant à leur pénalité avec nos autres sanctions pénales. C'est un motif pour y appliquer, en jurisprudence, toutes les fois que les faits le demanderont, les principes de l'abrogation même par désuétude; d'autant plus qu'il est facile à l'administration, dans chaque partie spéciale, de rappeler ou de publier de nouveau, en les accommodant aux temps actuels, celles de ces prescriptions qu'elle croit utile de maintenir.

642. La classification dont nous venons de traiter, c'est-à-dire celle qui sépare des délits intentionnels les contraventions ou délits non intentionnels, soit de police, soit tous autres, étant assise sur un point aussi radical que celui de savoir si pour l'existence du délit on considérera ou non l'intention, des conséquences pratiques très-importantes en dérivent. — Le juge en matière de contraventions doit se préoccuper avant tout du fait matériel. Dès que ce fait est constaté, il est prouvé que la contravention existe, le juge doit punir. Il ne pourrait se dispenser de le faire sous prétexte de l'intention : une loi spéciale relative aux douanes le lui défend expressément en ces sortes de matières (1); mais une telle défense particulière n'est pas même nécessaire, elle va de droit par cela seul qu'il s'agit de contraventions.

643. Toutefois, ceci restant bien établi, ce serait une erreur d'en conclure, comme on est facilement porté à le faire, que le juge ne doit se préoccuper en rien de l'intention du contrevenant, qu'il n'a aucun compte à en tenir dans la mesure de la peine. Une distinction est à faire à cet égard, suivant que la loi édicte contre la contravention une peine fixe, ou une peine avec latitude d'un *maximum* ou d'un *minimum*. — Si la loi, comme il arrive en certains cas, édicte une peine fixe, sans aucune latitude en plus ou en moins pour le juge, celui-ci ne peut modifier cette peine, pas plus à raison de l'intention qu'à raison des autres éléments de nature à influer sur la culpabilité individuelle; sauf ce qui sera dit de l'effet des excuses légales, ou des circonstances atténuantes lorsque la loi en admet la possibilité, le juge prononcera inflexiblement la peine portée par le texte. On en trouve l'ordre formel dans quelques lois spéciales relatives aux douanes, portant défense expresse au juge, sous peine de responsabilité personnelle, de modérer les *confiscations* ou *amendes* décrétées par ces lois (2). Mais cette formule de prohibition, venue de l'ancienne jurisprudence, où elle était usitée à cause de la latitude ouverte au juge par le principe général que les peines étaient arbi-

(1) Loi du 9 floréal an VII, titre 4 (maintenu par l'article 24 de la loi du 17 décembre 1814, et par l'article 58 de la loi du 28 avril 1816), art. 16. « ... Il est expressément défendu au juge d'excuser (c'est-à-dire acquitter) les contrevenants sur l'intention. »

(2) Lois du 22 août 1791, tit. 12, art. 4; — du 4 germinal an II, tit. 6, art. 23; — du 9 floréal an VII, tit. 4, art. 17.

traires (1), n'a plus les mêmes raisons d'être aujourd'hui que ce principe a cessé d'exister. Même en l'absence de toute prohibition semblable, et non-seulement pour les contraventions, mais encore pour toutes autres sortes d'infractions à la loi pénale, du moment qu'il s'agit d'une peine fixe, le juge doit la prononcer telle quelle. — Mais, si la loi elle-même qui punit la contravention l'a fait en indiquant un *maximum* ou un *minimum* de peine, il est évident que le juge, libre de se mouvoir dans la latitude que la loi lui a laissée, le fera en tenant compte de tous les éléments qui peuvent influer en plus ou en moins sur la culpabilité individuelle : or au nombre de ces éléments se trouve incontestablement l'intention. Eût-elle été commise par inadvertance, la contravention existe, mais, si elle l'a été à dessein, le juge pourra bien la juger plus grave et la punir en conséquence davantage. — Ces cas d'un *maximum* ou d'un *minimum* dans la peine des contraventions ne sont pas rares. La plupart des lois nous en offrent des exemples. Les lois même de douanes, qui défendent de modérer les confiscations ou amendes, établissent presque toujours un *maximum* ou un *minimum* pour les autres peines, notamment pour l'emprisonnement, en ces sortes de contraventions.

644. La peine, même en matière de contravention matérielle, étant toujours assise sur l'existence d'une faute, faute non intentionnelle il est vrai, mais néanmoins faute personnelle à la charge de l'inculpé (nos 225, 252 et suiv., 380 et suiv.), il faut toujours que les conditions de l'imputabilité, c'est-à-dire les conditions qui permettent de porter cette faute sur son compte, existent. — Ainsi, nous savons que les règles concernant la démence (n° 349) ou la contrainte irrésistible (n° 376), en tant qu'elles font disparaître toute imputabilité, s'appliquent aux contraventions matérielles comme aux délits intentionnels (2). — Il en est de même des cas de légitime défense (n° 433) ou d'acte ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime (nos 466 et 483), dans lesquels il est prouvé que l'inculpé n'a fait qu'exercer un droit. — Toutefois, il faut répéter ici l'observation déjà faite ci-dessus (n° 376), que, si l'inculpé était déjà en faute antérieurement aux faits de force majeure, ou si c'était par sa faute même qu'il avait donné lieu à ces faits ou qu'il s'y était exposé, quand il aurait dû songer

(1) Par exemple, dans l'ordonnance des eaux et forêts, d'août 1669, tit. 32, art. 14 : « Défendons aux officiers d'arbitrer les amendes et peines, ni les prononcer moindres que ce qu'elles sont réglées par la présente ordonnance. »

(2) Nous trouvons l'exemption de toute peine, à raison de la force majeure ou contrainte irrésistible, formulée dans une loi bien rigoureuse en fait de contraventions matérielles, la loi du 3 mars 1822 sur la police sanitaire, art. 15 : « Les infractions en matière sanitaire pourront n'être passibles d'aucune peine, lorsqu'elles n'auront été commises que par force majeure ou pour porter secours en cas de danger, si la déclaration en a été immédiatement faite à qui de droit. » Mais la règle, telle qu'elle résulte de la science rationnelle, va de soi, même quand elle n'est pas législativement exprimée.

à l'accomplissement de son devoir, puisqu'il s'agit de contraventions matérielles, il pourrait encore, suivant le cas, y avoir lieu justement à condamnation contre lui.

645. Nous savons comment les contraventions matérielles, du moment qu'elles sont punies de peines correctionnelles, nous paraissent devoir être comprises, conformément à la jurisprudence aujourd'hui reçue, dans les dispositions des articles 66 et 69 de notre Code pénal, relatifs à la minorité de seize ans, tant pour le cas de non-discernement que pour celui de discernement, sans distinguer si elles sont prévues par le Code même ou par une loi spéciale; à moins toutefois que le contraire ne résulte expressément ou implicitement du texte même de la loi spéciale; — mais qu'il n'en est pas de même, suivant nous, des faits punis seulement de peines de simple police, qui restent par conséquent, à cet égard, sous l'empire des seuls principes rationnels (ci-dess., n° 298).

646. Quant à l'application ou à la non-application aux contraventions matérielles du bénéfice des excuses ou des circonstances atténuantes établies par notre droit pénal, c'est en traitant de ces spécialités que nous aurons à nous en occuper.

647. L'appréciation de l'élément purement matériel et celle de l'élément intentionnel d'un fait étant bien différentes l'une de l'autre, on conçoit qu'on ait pu faire dériver de là, en certains cas, une différence de juridiction entre les délits intentionnels et les contraventions matérielles : ainsi, depuis que l'on a rétabli pour les délits de presse le jugement avec le concours du jury, les contraventions de presse sont toujours jugées sans ce concours; mais ce sujet touche aux juridictions, dont nous traiterons plus tard.

648. Par toutes les différences que nous venons d'exposer, on voit combien il est important de discerner dans la loi pénale ce qui est frappé comme contravention matérielle et ce qui ne l'est que comme délit intentionnel. Nous savons que le texte de nos lois ne s'explique pas toujours catégoriquement à cet égard, et que c'est à la jurisprudence à résoudre la question en cas de doute (ci-dess., n° 403). Il nous suffira de renvoyer à ce que nous avons déjà dit sur ce point, tant en science rationnelle (ci-dess., n° 384) que suivant notre législation positive et notre jurisprudence pratique (ci-dess., n°s 404 et suiv. et 611 et suiv.).

§ 3. Délits communs ou ordinaires et délits spéciaux.

649. Ces qualifications de délits *communs* ou délits *de droit commun*, délits *ordinaires*, par opposition à celle de délits *spéciaux*, sont susceptibles de diverses acceptions, dont l'étendue elle-même n'est pas bien déterminée; de telle sorte que, dans l'usage pratique qui en est fait, c'est surtout par les sujets auxquels elles se réfèrent et par l'esprit dans lequel elles sont employées, par les idées ou par les mots en regard desquels elles sont placées,

qu'on peut juger soit de cette acception, soit de cette étendue.— Si nous cherchons, par l'analyse, à déterminer quelque chose à cet égard rationnellement, voici à quoi nous pourrons arriver :

650. 1° Parmi les délits frappés par la loi pénale, il en est qui tiennent à la violation des devoirs de morale universelle, qui seraient délits en tous temps, en tous pays; tandis que d'autres tiennent aux formes particulières de gouvernement, aux systèmes d'administration, à des nécessités ou utilités accidentelles : toutes choses qui peuvent donner lieu certainement et raisonnablement à des devoirs de droit exigibles et méritant d'être sanctionnés pénalement, mais devoirs variables, occasionnels, comme les éléments dont ils dépendent. Les premiers de ces délits sont ceux qu'on appellera délits communs, délits de droit commun, délits ordinaires, par opposition aux autres, qui se nommeront en général délits spéciaux, mais qui seront désignés en outre par des appellations particulières plus détaillées, suivant les divisions ou subdivisions de genre ou d'espèce auxquelles ils appartiendront : délits politiques, délits de police, délits fiscaux, ou délits de douanes, de contributions directes ou indirectes, d'octroi; délits forestiers, délits de chasse, de pêche, de voirie, etc., etc. Telle est la première acception rationnelle de ces dénominations.

651. 2° Parmi les délits, qu'ils tiennent à la morale universelle indépendante des temps et des lieux, ou bien à la législation particulière de tel pays et de telle époque, il en est qui résulteront de la violation de devoirs généraux imposés par la loi à tous indistinctement; tandis que d'autres ne proviendront que de la violation de certains devoirs particuliers, imposés seulement à certaines personnes, à raison d'une situation, d'une charge ou d'une profession spéciales, devoirs existant pour les uns et n'existant pas pour les autres. Ainsi les fonctionnaires ou employés publics, ainsi surtout les militaires, les marins, outre les devoirs qui leur sont communs avec tout le monde, en ont d'autres particuliers à leur profession, dont la violation peut constituer des délits à part, frappés d'une pénalité spéciale : délits professionnels, délits militaires, délits maritimes. Dans une seconde acception, on appelera délits communs ou délits ordinaires les délits de cette première, et délits spéciaux les délits de cette seconde espèce.

652. 3° Enfin, parmi les délits qui tiennent soit aux accidents des législations particulières, soit à la spécialité de la profession et des devoirs exceptionnels qu'entraîne cette profession, il en est qui sont considérés comme exigeant non-seulement d'être régis à part, suivant des principes qui leur soient propres et qui se séparent en beaucoup de points des principes ordinaires de la pénalité, mais même comme exigeant des juridictions à part, qui soient au courant de ces devoirs particuliers, de ces principes exceptionnels, et à portée d'en faire utilement l'application. Tels sont

éminemment les délits militaires, de l'armée de terre ou de l'armée de mer. Ces sortes de délits se nommeront, dans un troisième sens, délits spéciaux ; tandis que tous les autres, compris dans les attributions des juridictions répressives ordinaires, seront les délits communs.

653. Ainsi, les qualifications de délits communs ou ordinaires et délits spéciaux peuvent recevoir trois significations différentes, suivant que l'on considère : dans la première, l'universalité ou la spécialité des principes de morale et d'utilité d'où dérive le délit; dans la seconde, l'universalité ou la spécialité des personnes à qui est imposé le devoir; dans la troisième, la généralité ou la spécialité de juridiction.

Et ces trois acceptions, quoique ayant entre elles des rapports intimes, ne se commandent pas impérativement et ne rentrent pas inévitablement l'une dans l'autre. — Prend-on la première, par exemple, on voit que le plus grand nombre des délits spéciaux dans ce premier sens, tels, par exemple, chez nous, les délits politiques et les délits de police en général, les délits forestiers, de pêche, de chasse, de contributions directes ou indirectes, etc., se réfèrent à la violation de devoirs imposés à tous et sont soumis aux juridictions ordinaires. — Prend-on la seconde, on trouve qu'un grand nombre de délits professionnels sont soumis encore aux juridictions ordinaires, et que dans plusieurs le devoir violé, bien que lié particulièrement à la profession, prend son principe dans les lois de la morale universelle. — Enfin, prend-on la troisième, on voit que les délits soumis à des juridictions spéciales se recrutent soit dans l'une, soit dans l'autre de ces deux premières catégories, mais sont bien loin de les comprendre chacune en son entier. D'où il suit, ainsi que nous l'avions annoncé, que l'épithète de *délit spécial* n'a rien de précis, et que c'est par le milieu des idées dans lequel elle est employée qu'on en peut saisir le sens variable.

654. Il est une quatrième acception, fort usitée dans la pratique, où l'on appellera délits communs, délits de droit commun, ceux qui sont régis par le Code pénal et par les lois abrogatives ou modificatives qui s'y réfèrent ; tandis qu'on appellera délits spéciaux ceux qui sont régis par des lois à part, des lois spéciales, la spécialité se rapportant ici à l'acte législatif. C'est une distinction plus matérielle, qui, à cause de cela, est plus fréquemment employée en droit positif. Il est facile de voir qu'elle dérive naturellement des trois autres et qu'elle a quelque voisinage avec chacune d'elles ; car ce sera précisément lorsqu'un délit offrira quelque chose de spécial, soit par rapport aux principes, soit par rapport aux personnes, soit par rapport aux juridictions, que le législateur sera porté à en faire l'objet de quelque loi à part, en dehors du Code. Cependant la conséquence n'est point forcée, et l'on ne pourrait pas dire que dans cette distinction positive, tirée de

l'existence matérielle de la loi, viennent se résumer exactement les trois autres.

655. Nous n'avons pas à traiter ici des délits spéciaux, ni dans un sens ni dans l'autre. Ce sont les principes généraux du droit pénal que nous devons exposer en cet ouvrage, laissant à l'étude de chaque spécialité le travail particulier qu'elle demande. Il nous suffira de dire que parmi ces principes généraux il en est de tellement essentiels à l'existence même de la justice répressive, qu'ils s'appliquent à tous les délits sans exception, et qu'ils sont, à moins d'iniquité flagrante, hors des atteintes du législateur lui-même : tels sont, par exemple, ceux qui concernent les conditions constitutives de l'imputabilité. A l'égard des principes généraux d'un ordre secondaire, que le législateur peut modifier, il faut dire encore que les délits spéciaux y sont soumis, à moins que quelque dérogation ne résulte directement ou indirectement de la loi spéciale qui les régit, ou ne soit commandée par la nature particulière de ces délits. D'où il suit que, pour tout ce qui n'est pas contraire à leur texte ou à leur esprit, les lois pénales spéciales, en cas de lacune, doivent venir prendre dans le Code leur complément.

656. Ces catégories de délits spéciaux, en prenant l'expression soit dans un sens, soit dans l'autre, si on les considère quant au nombre des délits poursuivis ou des personnes objet de ces poursuites annuellement, tiennent une grande place dans l'administration de notre justice répressive. Laissant tout à fait à part les délits soumis à des juridictions spéciales, dont nos statistiques annuelles, publiées par le ministère de la justice, ne s'occupent pas, et ne prenant que les délits soumis aux juridictions de droit commun, on voit par ces statistiques que, la moyenne des affaires pour délits de police correctionnelle prévus par le Code pénal ayant été, durant la période décennale de 1851 à 1860, de 94,335 par an, celle relative aux délits de police correctionnelle régis par les lois spéciales était de 87,138, un peu moins de la moitié du total ; soit, à peu près, si l'on veut exprimer le rapport par centièmes, 52 pour 100 d'un côté, et 48 pour 100 de l'autre. La proportion était plus grande encore avant 1859 ; elle a baissé par suite d'une diminution très-notable survenue dans le nombre des poursuites pour délits forestiers. Les délits forestiers, en effet, comptaient à eux seuls, parmi les délits spéciaux, pour une moyenne de 47,218 par an, de 1851 à 1860. A partir de 1859, le nombre de ces sortes de poursuites a diminué considérablement, par suite du pouvoir de transiger conféré par la loi du 18 juin 1859 à l'administration forestière (1). De même, les affaires pour

(1) Le nombre des poursuites s'est abaissé, en 1860, à 21,124 ; celui des transactions a été de 13,226. (Rapport précédant la *Statistique criminelle* de 1860, p. XLVII.) Le nombre des transactions s'est élevé en 1869, au chiffre de 27,383. Rien d'étonnant d'ailleurs à ce que le nombre des transactions dé-

délits relatifs à la chasse, qui avaient donné, de 1851 à 1860, une moyenne de 22,829 poursuites par an, n'en donnent plus que 16,042 en 1869.

Ni les crimes ni les contraventions de simple police ne sont compris dans les chiffres qui précèdent (1).

§ 4. Crimes, délits correctionnels et contraventions de simple police.

1° *Suivant la science rationnelle.*

657. Les délits ont été classés, dans les divisions qui précèdent, au point de vue de la différence entre l'action et l'inaction, entre la culpabilité intentionnelle et la culpabilité non intentionnelle, entre la généralité ou la spécialité des prescriptions légales dont ils sont une violation. Peut-il être utile de les partager en catégories diverses au point de vue de leur gravité ? Une pareille classification est-elle commandée par la nature même des délits, ou bien est-elle arbitraire, suivant les convenances du législateur ? Voilà des questions générales, qu'il nous faut d'abord examiner d'après la science rationnelle, avant d'en venir aux distinctions établies par notre droit positif.

658. Les délits, à mesure qu'ils sont plus légers, sont aussi plus nombreux, d'où la nécessité, pour les juger, de tribunaux en plus grand nombre ; le mauvais effet en est plus local, d'où la nécessité de tribunaux plus rapprochés des justiciables ; les faits qui s'y réfèrent s'oublient plus vite, d'où la nécessité d'une poursuite et d'une solution plus promptes ; la peine en est plus légère, par conséquent le pouvoir social remis au juge est moins grand et l'intérêt du procès de moindre importance tant pour l'inculpé que pour la société, d'où l'opportunité d'une composition plus simple dans le tribunal, d'une procédure plus sommaire et moins coûteuse ; tandis qu'à mesure que les délits et par conséquent les peines deviennent plus graves, toutes ces propositions tournent à l'inverse. Donc nous pouvons tenir pour démontré qu'il est non-seulement utile, mais nécessaire de partager les délits en diverses catégories suivant leur gravité, afin de proportionner à cette gravité et par conséquent à la gravité de la peine l'organisation des juridictions et la procédure : nécessité qui sera d'autant plus impérieuse que le territoire de l'État sera plus étendu et sa population plus nombreuse.

---

passe celui des poursuites, les poursuites, en matière forestière surtout, embrassant souvent un certain nombre de prévenus.

(1) Voir dans les *Statistiques de la justice criminelle*, le tableau LXX pour l'année 1860, et pour les autres années antérieures le tableau correspondant : les chiffres que nous donnons ici en sont extraits à l'aide d'un léger calcul. — Relativement aux crimes, la distinction par la nature des crimes se trouve principalement dans les tableaux I et II des statistiques. — Pour les contraventions, la distinction n'a point d'intérêt.

659. Mais combien devra-t-on faire de catégories ? y en aura-t-il deux, trois ou un plus grand nombre ? et où marquera-t-on les lignes de division ? Il semble au premier abord que ce soit là chose de circonstance, livrée uniquement aux accidents de situation ou d'usage. Cependant une première distinction se présente si naturellement, que nous pouvons dire qu'elle est le résultat d'une déduction logique plutôt que d'une détermination arbitraire.

660. En effet, à ne considérer les infractions à la loi pénale que sous le rapport de leur gravité, en laissant pour un moment de côté la nature des droits ou des intérêts qui s'en trouvent lésés, on reconnaîtra que quelques-unes sont de si peu d'importance que le mauvais effet, la connaissance même, n'en dépassera point les limites de la localité restreinte où elles auront été commises ; on ne s'en inquiétera, on ne s'en occupera pas même au dehors : de telle sorte que l'effet de la répression n'a pas besoin à son tour d'être étendu au delà ; les peines les plus légères, dont l'impression est purement locale, y suffiront ; — tandis que d'autres, au contraire, seront assez graves pour que toute la population de l'État, n'importe en quelle localité elles aient été commises, se sente menacée ou atteinte par de semblables lésions de droit ; l'inquiétude, le mauvais exemple, le désir de les voir réprimer s'étendent au dehors d'une manière générale ; de telle sorte que l'effet de la répression a besoin à son tour d'être non pas local seulement, mais général ; il y faut des peines assez graves pour pouvoir produire une telle impression. — Ce qui donne pour les délits envisagés suivant leur gravité une première division en deux catégories, division non pas arbitraire, mais toute logique, savoir : les délits assez graves pour être d'une importance générale, et ceux qui par leur peu de gravité ne sont que d'une importance locale.

661. Notez bien que l'importance dont nous parlons est étrangère à la question de savoir à qui appartiennent le droit ou l'intérêt lésés par le délit. Ainsi, qu'un voleur ait soustrait des fonds pris soit dans une caisse appartenant à l'État, soit dans une caisse municipale, soit dans la caisse d'un particulier ; qu'un incendiaire ait brûlé un édifice public, ou un bâtiment municipal ou une maison privée ; qu'il ait mis le feu à une forêt de l'État, d'une commune ou d'un particulier : l'effet du délit s'étend au dehors de la localité où ce délit a été commis, l'effet de la répression doit s'étendre de même ; des peines suffisamment graves pour qu'elles puissent avoir cette extension deviennent nécessaires. — En sens inverse, il est possible que ce soit un intérêt de l'État, d'une commune ou d'un particulier qui aient été lésés : par exemple, que ce soit dans une forêt de l'État, d'une commune ou d'un particulier, qu'un délit forestier, ou bien sur une route nationale, départementale ou communale, qu'un délit de voirie ait été commis, mais que ces délits soient assez minimes pour que l'effet

n'en soit que local et ne réclame que l'application d'une peine à impression locale. — Si l'on rapproche de ces observations ce que nous avons déjà dit des contraventions en général, et particulièrement des contraventions de police locale ou municipale, il sera facile de voir que dans la dernière catégorie des délits par ordre de gravité viendront se ranger naturellement les contraventions de police locale ou municipale (ci-dess., nos 615, 616, 630 et suiv.), mais qu'il s'y rangera aussi certaines contraventions de police générale et même certains délits intentionnels minimes, du moment que le peu de gravité de ces contraventions ou de ces délits leur assignera ce rang inférieur d'importance. D'où il suit que ce serait une erreur que de confondre l'une de ces divisions avec l'autre. Occupant le dernier rang d'importance dans la classification qui oppose aux délits intentionnels les délits non intentionnels, les contraventions de police locale ou municipale viennent par cela même, et à cause précisément de leur caractère local, occuper aussi le dernier rang dans la classification des délits par ordre de gravité ; elles font partie de cette dernière catégorie inférieure ; elles en forment pour ainsi dire, si l'on veut, le type, le noyau, mais elles ne la composent pas à elles seules en totalité. C'est au législateur à apprécier, tant pour l'ordre des délits, quels qu'ils soient, que pour l'ordre des peines à y appliquer, où commencent l'effet et l'importance générale, où seulement l'effet et l'importance locale. Et cette distinction, bien que livrée au discernement que le législateur doit en faire, est tellement fondée sur la nature des choses, qu'elle est de tous les pays, et que, même dans les législations où elle ne paraîtra pas avoir été formulée expressément, au fond, si l'on y regarde bien, d'une manière plus ou moins imparfaite, on la retrouvera.

662. Mais faut-il aller plus loin, et de ces deux catégories, la catégorie supérieure, comprenant tous les délits et toutes les contraventions d'importance générale, doit-elle à son tour se subdiviser ? Nous convenons que nous ne voyons pas à cette subdivision de raison d'être absolument obligatoire ni de caractère distinctif dérivant de la nature même des choses. Toutes ces infractions échelonnées suivant leur gravité ont cela de commun qu'elles ont chacune, quoique à des degrés divers, une importance générale : si l'on se détermine à couper en plusieurs parts l'échelle qu'elles forment, rien ne force à y faire une, deux coupures ou un plus grand nombre, ni à poser la ligne de séparation à tel point plutôt qu'à tel autre. Cette subdivision, si elle a lieu, sera donc arbitraire, suivant les convenances et les institutions de chaque pays. On conçoit qu'elle existe dans telle législation et n'existe pas dans telle autre ; à la différence de la précédente distinction, qui se reproduira en réalité partout.

663. Cependant, si la subdivision entre les délits de cette catégorie supérieure n'est pas impérieusement commandée, les rai-

sons d'utilité que nous avons signalées (ci-dess., n° 658) ne s'en présentent pas moins pour déterminer le législateur à la faire, surtout dans les pays à territoire étendu et à population nombreuse, dans lesquels il est nécessaire de multiplier et de hiérarchiser avec ordre les diverses autorités judiciaires, afin de mieux répartir entre elles la tâche de l'administration de la justice. Ce sera donc au législateur à opérer cette subdivision, en arbitrant le plus convenablement possible, eu égard à l'utilité pratique qu'il veut en retirer, le nombre de coupures qu'il croira devoir faire et le point où il les placera.

664. Quant au nombre de coupures, si l'on réfléchit qu'il y aurait obscurité et embarras à en faire trop, aussi bien qu'à n'en point faire ; si l'on considère que parmi ces faits punissables, tous d'importance générale, les uns sont très-graves, d'autres le sont moins, différence sommaire dont on ne peut s'empêcher d'être frappé, on sera conduit naturellement, par cette opposition, à les distinguer au moins en deux parts, ce qui est la moindre division et la plus simple qui se puisse faire. De telle sorte que, réunissant cette distinction nouvelle à la précédente, on arrivera pour tous les délits ou contraventions à cette classification tripartite, suivant l'ordre de gravité : 1° Délits ou contraventions d'importance générale ayant le plus de gravité ; — 2° Délits ou contraventions d'importance générale d'une gravité moindre ; — 3° Délits ou contraventions d'importance simplement locale ou municipale.

665. Les classifications tripartites sont comme instinctives, et l'esprit de l'homme, satisfait de l'espèce de symétrie qui y règne, s'y porte facilement. Celle-ci a ses convenances et son utilité. En partageant les délits d'importance générale en deux classes, ceux qui sont très-graves et ceux qui le sont moins, elle créera des avantages incontestables pour une meilleure proportion des juridictions et de la procédure avec le résultat du procès. Il ne faut pas oublier néanmoins qu'elle n'a rien d'obligé en soi ; que la ligne de démarcation entre la première et la seconde catégorie y sera une ligne factice à établir par le législateur ; et que, tandis que la troisième, celle des délits et des contraventions minimes, d'importance simplement locale, se séparera des deux autres par des conditions d'être et par un grand nombre de règles différentes, les deux premières, sauf en ce qui concernera les juridictions et la procédure, se confondront dans les mêmes conditions et se rangeront, à peu de chose près, sous les mêmes règles de pénalité.

666. Il va sans dire que c'est par lui-même, par tous les éléments divers dont il se compose, qu'un délit est plus ou moins grave ; de telle sorte que, lorsqu'il s'agit pour le législateur de mesurer cette gravité et d'édicter en conséquence la peine due à chaque délit, c'est le cas d'appliquer cette maxime, dont l'expression est empruntée à Tacite : *Distinctio pœnarum ex delicto*, la

peine d'après le délit (1). » — Mais, une fois la peine édictée et lorsqu'il ne s'agit plus que du classement des délits en plusieurs catégories suivant leur gravité reconnue, la peine portée contre chacun d'eux devient l'expression pratique la plus simple de cette gravité, le terme, le critérium le plus rationnel et le plus commode pour opérer ce classement : puisque c'est la peine qui indique, en définitive, le degré de criminalité que le législateur a trouvé dans l'acte, les conséquences répressives plus ou moins graves que pourra avoir le procès, par conséquent l'importance de ce procès et l'étendue de pouvoir remis au juge. C'est donc le cas, pour cette seconde opération, de renverser la phrase de Tacite et de dire : « *Distinctio delictorum ex pœna,* la division des délits d'après la peine. » Il n'y a rien en cela que de très-logique, de très-clair et de très-juste : la gravité du délit commande la gravité de la peine, laquelle, une fois fixée, est le terme pratique suivant lequel s'opère le classement.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

667. Si nous cherchons quelle a été et quelle est aujourd'hui chez nous la législation positive à cet égard, nous trouverons en notre ancienne jurisprudence les éléments bien reconnaissables d'une division tripartite, semblable à celle que nous venons d'indiquer rationnellement, quoique ces éléments, il faut en convenir, n'y soient pas gradués avec précision, ni clairement coordonnés.

668. Ainsi, en premier lieu, parmi les délits, notre ancienne jurisprudence distinguait ceux de *grand criminel* et ceux de *petit criminel.* Dans les délits de *grand criminel,* on songeait principalement, suivant les idées de ce temps, à satisfaire la vengeance publique, à faire un exemple, en frappant le coupable d'affliction, en le notant d'infamie (2) : aussi les peines étaient-elles qualifiées dans ce cas de peines *exemplaires,* peines *afflictives* ou *infamantes.* — Dans les délits de *petit criminel,* au contraire, la peine était considérée principalement comme ayant un caractère et un but de correction, afin d'amener le délinquant à s'amender, à être plus circonspect, plus retenu ou plus attentif à l'avenir. — Les expressions de peines *exemplaires, afflictives* ou *infamantes* sont légales dans cette ancienne jurisprudence, consacrées par le texte même des édits et des ordonnances ; celles de peines ou de juridictions *correctionnelles* n'y ont point ce caractère technique, mais l'idée en est répandue partout chez les écrivains de ce temps, et le terme s'y rencontre aussi bien souvent (3).

---

(1) Tacite, *De moribus German.*, c. 12.

(2) « Et à l'égard des matières graves ou infamantes, qui méritent peines afflictives ou qui méritent la vengeance publique..., etc. » (Arrêt de règlement du parlement de Besançon (Franche-Comté), du 4 septembre 1698, dans Muyart de Vouglans, p. 586.)

(3) Nos anciens entendaient particulièrement par correction cet exercice d'une

669. La conséquence pratique la plus importante de cette distinction était que les délits de grand criminel devaient se juger à l'extraordinaire, c'est-à-dire par la procédure inquisitoriale, écrite et secrète; tandis que ceux de petit criminel étaient jugés sommairement, par la voie ordinaire, c'est-à-dire à l'audience, avec plaidoirie s'il y avait lieu, et publicité : le procès pouvant d'ailleurs être converti de la voie ordinaire à la voie extraordinaire, ou réciproquement, si le délit venait à changer de face à l'examen qui en était fait. Cette différence de procédure entre les délits graves et les délits de petite importance a été par nous signalée (ci-dess., nos 131, 135, 138) dès l'ordonnance de Louis XII, de 1498 (art. 106 à 110); et depuis, dans celle de François Ier, de 1539 (art. 150), jusqu'à celle de Louis XIV, de 1670 (tit. 20, art. Ier et suiv.).

670. Une autre différence majeure, c'est que la poursuite des délits de grand criminel était ouverte à tout le monde en ce qui concernait la dénonciation; et au ministère public, représentant de l'intérêt général, en ce qui concernait l'accusation; tandis que les délits de petit criminel ne pouvaient être poursuivis que sur l'action de la partie lésée, les gens du roi ne devant se joindre au procès, pour requérir, s'il y avait lieu, l'application de la peine, que lorsque cette action civile était intentée (1). Aussi qualifiait-on les premiers de *délits publics*, et les seconds de *délits*

---

autorité qui prend sa source dans un sentiment d'intérêt plutôt que d'animadversion, qui se propose de corriger plutôt que de faire souffrir, et qui a lieu, par conséquent, comme dit Loiseau, « sans forme ni figure de procez, comme celle, ajoute-t-il, qu'a l'abbé sur son religieux, le pédagogue ou maistre de métier sur ses disciples ou apprentifs, le capitaine sur ses soldats, le père de famille sur sa femme, enfants et serviteurs : aussi ne peut-elle tendre qu'à une légère punition. » C'est en ce sens que cet auteur dit que « correction a lieu en fait de police. » (Loiseau, *Traité des seigneuries*, ch. 16, nos 24 et 29.) — Mais le mot est étendu dans le sens même d'une juridiction qui s'exerce par forme de procès, mais sommairement et à l'audience, sans l'appareil de la procédure extraordinaire, lorsque plus tard, Muyart de Vouglans qualifie la juridiction des lieutenants généraux de police de « juridiction purement *correctionnelle*, en ce sens qu'elle ne peut infliger que des peines qui ne demandent point une instruction à l'extraordinaire » (Muyart de Vouglans, p. 551); et que Jousse en dit autant en ce sens : « Que s'il s'agit de prononcer quelque peine afflictive et de procéder par la voie extraordinaire, cela ne les regarde plus, et il faut s'adresser alors au magistrat à qui la punition des crimes appartient » (tome 1, p. 278). Ainsi, dans ces idées, la juridiction qui s'exerce à l'extraordinaire et à qui il appartient d'appliquer des peines afflictives ou infamantes est une juridiction *criminelle*; celle qui s'exerce par la voie ordinaire et qui n'applique que des peines moindres est une juridiction *correctionnelle*.

(1) « Enjoignons à nos procureurs et à ceux des seigneurs de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive (ajoutez ou infamante), nonobstant toutes transactions et cessions de droit faites par les parties. Et à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées, sans que nos procureurs ou ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite. » (Ordonn. criminelle de Louis XIV, de 1670, tit. 25, art. 19.)

privés, en disant que les uns étaient poursuivis par voie criminelle, les autres par voie d'action civile; et c'était ainsi qu'on transportait dans la société de ces temps, travestis et accommodés aux usages de cette société, quelques semblants des distinctions du droit romain entre les *publica judicia* et les *privata delicta.*

671. Déjà sous cette jurisprudence, l'usage, tiré d'ailleurs encore de la langue et du droit des Romains, réservait pour les délits graves méritant une punition exemplaire, ceux par conséquent qui étaient qualifiés de délits publics et qui constituaient le grand criminel, le nom de *crimes;* tandis que les autres se nommaient plus spécialement *délits* (1) : aussi était-il presque de style, dans les traités de droit pénal, d'accoupler, comme pour compléter l'énonciation, ces deux mots : *les crimes et les délits.* Toutefois, la différence entre ces deux expressions, bien qu'observée habituellement même dans le texte des ordonnances, n'était pas érigée en différence technique législativement consacrée, et ces mots fréquemment s'employaient tous les deux d'une manière générale, ou l'un à la place de l'autre.

672. Indépendamment des délits publics de grand criminel et des délits privés de petit criminel, nous savons que l'ancienne jurisprudence rangeait encore à part les délits ou contraventions contre la police, en distinguant de la police générale de tout le royaume la police locale, surtout celle des villes de commune ou municipalités (ci-dess., nos 622 et suiv.); ce qui, sans être avec exactitude et comme la précédente une distinction par ordre de gravité, s'en rapproche cependant et vient nous offrir, par la différence d'importance qui existe usuellement entre les intérêts généraux et les intérêts locaux, un des principaux éléments de la catégorie inférieure des infractions. Les délits contre la police générale, sauf certains cas plus sévèrement punis ou certaines récidives, ne donnaient lieu généralement qu'à des peines d'emprisonnement temporaire, d'amendes pécuniaires ou autres mesures d'admonition ou de correction, qui n'étaient ni afflictives, ni infamantes; ils étaient jugés, en conséquence, sans l'appareil de la poursuite extraordinaire, sommairement et à l'audience, et faisaient partie du petit criminel. — Quant à ceux contre la police locale ou municipale, bien qu'une grande variété résultant des usages, des coutumes ou règlements de chaque localité, s'y rencontrât, ils étaient punis communément de peines encore inférieures, et la royauté, du moment qu'elle avait cherché à réglementer ces condamnations par des ordonnances, en avait fré-

(1) Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles,* 1re part., ch. 1, no 1; — Jousse, *Traité de la justice criminelle,* 1re partie, tit. 1, no 1; — Domat, *le Droit public, suite des Lois civiles,* liv. 3, *Des crimes et délits* (ajouté par d'Héricourt). Voir, dès le commencement de ce livre, ce qui est écrit touchant ces dénominations.

quemment et diversement limité le taux à des sommes peu considérables, surtout quant à celles qui étaient exécutoires nonobstant appel (1).

673. Si, récapitulant ce qui précède, nous cherchons à en tirer la classification des délits suivant leur gravité dans notre ancienne jurisprudence, nous arriverons au tableau suivant : — 1° Les délits de grand criminel, ou délits publics, emportant peine afflictive ou infamante, jugés à l'extraordinaire et qualifiés le plus usuellement du nom de crimes. Certains délits ou certaines récidives de police générale étant frappés de ces sortes de peines rentraient dans cette catégorie. — 2° Les délits de petit criminel, punis de peines qui n'étaient ni afflictives ni infamantes, jugés sommairement, par la procédure ordinaire, à l'audience, et qualifiés spécialement du nom de délits. Cette catégorie se composait : d'une part, des délits privés, poursuivis seulement sur l'action civile de la partie lésée, en fort petit nombre d'ailleurs, parce que la sévérité de la législation pénale d'alors appliquait des peines afflictives ou infamantes à un grand nombre d'actes beaucoup moins punis aujourd'hui ; et, d'autre part, des délits ou contraventions de police générale. C'était aux juridictions chargées de punir ces sortes de délits ou contraventions qu'on appliquait plus particulièrement la qualification de juridictions correctionnelles de police (2). — 3° Enfin, les délits ou contraventions de police locale ou municipale, variables et punis diversement suivant les localités, mais toujours de peines inférieures à celles des crimes, que les ordonnances tendaient à limiter à un taux déterminé.

674. Sans doute cette classification ne se présentait pas formulée méthodiquement, les termes usuels qui en qualifiaient les diverses catégories n'étaient pas érigés en dénominations techniques et légales, les juridictions ne s'échelonnaient pas en trois classes correspondant exclusivement à ces trois catégories : il y avait alors une si grande multiplicité de juridictions ordinaires, exceptionnelles ou privilégiées, qu'une telle simplicité régulière ne pouvait se rencontrer dans leur organisation ; enfin, sauf la ligne de démarcation parfaitement tracée entre les peines qui étaient afflictives ou infamantes et celles qui ne l'étaient pas, il est vrai que ces dernières peines n'étaient pas, à leur tour, nettement subdivisées en deux classes distinctes, et que celles de police locale ou municipale se confondaient fréquemment avec les autres. Cependant les éléments de cette classification tripartite existaient, et nous pouvons garantir l'exactitude des détails que nous avons donnés sur ce point.

675. C'est en présence de ces éléments, et en les mettant en

(1) Voir les ordonnances citées ci-dessus, n° 625, en note.
(2) Voir les autorités indiquées ci-dessus, n° 668, note 3.

œuvre pour tout ce qu'elle a cru pouvoir en conserver dans son travail de régénération, que l'Assemblée constituante, empruntant même une grande partie de cette terminologie, a divisé les délits en trois classes : délits de *police municipale,* délits de *police correctionnelle,* délits de *police de sûreté* ou de nature à mériter peine *afflictive* ou *infamante,* déterminant les peines, créant les trois ordres correspondants de juridictions et traçant la forme de procéder. Au plus grave de ces trois ordres de délits, ceux punis de peines afflictives ou infamantes, qui correspondent, nominalement du moins, à notre ancien grand criminel et qui se poursuivaient jadis par voie extraordinaire, elle applique la procédure par jurés ; de telle sorte que cette procédure par jurés succède à l'ancienne voie extraordinaire en matière de crimes. Les deux autres ordres de délits suivront, comme jadis, la voie ordinaire, devant les tribunaux et d'après la procédure nouvellement créés. Du reste, il n'y pas encore dans cette législation, de même que dans la précédente, de limite bien formulée entre les peines de police municipale et celles de police correctionnelle (1).

676. Cette limite s'établit avec précision dans le Code du 3 brumaire an IV de la Convention (art. 150, 599 et suiv.), et dès lors la division tripartite est achevée ; les peines, comme l'avaient déjà été les délits et les juridictions, se trouvent légalement classées en trois ordres distincts, sous le nom, pour le premier ordre, de peines de *simple police ;* pour le second, de peines *correctionnelles,* et pour le troisième, de peines *afflictives* ou *infamantes* (art. 599 et suiv.). La correspondance entre les trois ordres de délits, les trois ordres de peines et les trois ordres de juridictions est entière ; la gravité va en croissant de l'un à l'autre. Dès lors aussi il n'y a plus, pour désigner l'ordre des délits suivant leur gravité, ou l'ordre des juridictions, dans l'une ou l'autre des trois catégories établies par la loi, qu'à indiquer la peine encourue. Ce procédé simple, clair et logique (ci-dess., n° 666), déjà employé précédemment pour une partie des infractions seulement, se produit ici dans son entier ; c'est celui qu'emploie le Code de brumaire (art. 150). — Les trois ordres de juridictions sont organisés dans le même Code, avec quelques changements légers de dénominations : tribunaux *de police,* tribunaux *correctionnels,* et tri-

(1) Loi sur la police municipale et sur la police correctionnelle, du 19-22 juillet 1791. — Loi concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés, du 16-29 septembre 1791. — Code pénal du 25 septembre-16 octobre 1791. — Ces trois sortes de police sont ainsi définies dans le préambule de la première de ces lois : « La police municipale, qui a pour objet le maintien habituel de l'ordre et de la tranquillité dans chaque lieu... — La police correctionnelle, qui a pour objet la répression des délits qui, sans mériter peine afflictive ou infamante, troublent la société et disposent au crime. — La police de sûreté, qui a pour objet de s'assurer de la personne de tous ceux qui seraient prévenus de crimes ou délits de nature à mériter peine afflictive ou infamante... »

bunaux *criminels* (art. 151 et suiv., 167 et suiv., 265 et suiv.).

677. Ni dans l'une ni dans l'autre de ces législations, les mots de crimes, de délits, de contraventions, bien qu'apparaissant plus d'une fois avec les nuances particulières attribuées à chacun d'eux par les usages de la langue, n'ont encore de signification technique. Le mot de délit est le mot général employé de préférence pour désigner toutes les espèces d'infractions à la loi pénale.

678. Enfin cette signification technique, avec une définition légale, se produit dans le Code d'instruction criminelle de 1808 et surtout dans le Code pénal de 1810, article 1, ainsi conçu : « L'in- » fraction que les lois punissent des peines de police est une *con-* » *travention*. — L'infraction que les lois punissent de peines » correctionnelles est un *délit*. — L'infraction que les lois pu- » nissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime*. » D'où il suit que les coupables, en observant la même gradation, seront qualifiés : dans le premier cas de contrevenants, dans le second de délinquants, et dans le troisième de criminels.

679. Parvenue à ce point, la division tripartite a reçu tout son développement, elle embrasse à la fois la classification des peines, celle des infractions, celle des juridictions avec leur forme de procéder, et elle se formule par des termes distincts et techniquement consacrés pour les unes comme pour les autres. C'est à ce point qu'il nous faut l'examiner et l'apprécier plus en détail.

680. Et d'abord, sous le rapport des mots, ces trois termes : crimes, délits et contraventions, sont-ils bien choisis et répondent-ils exactement à la destination technique qui leur est donnée ?

681. Le mot *crimen*, en latin, désignait l'accusation, ce que nous appellerions aujourd'hui l'incrimination (1) ; ce n'était que par figure de langage et plus rarement qu'il avait été appliqué à l'acte coupable, à l'acte incriminé lui-même (2). Dérivé de la racine *cernere* (cribler, tamiser ; — *cribrum*, crible, tamis), qui a donné, en se modifiant et se transfigurant, un si grand nombre de termes à la langue ordinaire et à celle du droit, le mot indique avec quel soin il faut faire passer au crible, analyser et vérifier les faits avant de faire sortir de ce travail une accusation ou incrimination, s'exposant ainsi au danger d'accuser un innocent et aux peines du talion dont est menacé par la loi romaine l'accusateur qui succombe (de *cernere, crimen ;* comme de *discernere, discrimen*). Et comme il n'y avait véritablement accusation ou incrimination qu'à l'égard des faits donnant lieu à un *publicum judicium*, on voit comment le mot de crime a passé dans notre langue, réservé

(1) Dig., 48, 2, *De accusationibus*, 7, § 1, Fr. Ulp. : « Perseveraturos se *in crimine* usque ad sententiam. »

(2) Dig., 50, 4. *De muneribus et honoribus*, 3, § 9, Fr. Ulp. : « Quod pater inreatu *criminis alicujus* est, etc... »

de préférence aux délits les plus graves. L'acception légale consacrée par l'article 1 de notre Code pénal est conforme à ces origines; le mot est donc bien choisi et sans inconvénient dans la pratique.

682. Nous n'en dirons pas autant du mot *délit* employé techniquement pour désigner notre seconde catégorie d'infractions à la loi pénale, suivant l'ordre de gravité. Nous connaissons la racine philologique du mot, qui, en soi, exprimerait tout abandon, toute déviation quelconque du droit (ci-dess., nos 560 et suiv.). Nous savons les divers sens plus ou moins restreints qu'il a reçus, tant en droit civil qu'en droit pénal, et les équivoques qui peuvent en résulter (nos 561 et suiv.). Ces équivoques se produisent dans notre pratique. Le mot figure quelquefois même dans nos codes criminels comme signifiant toute infraction à la loi pénale (1) : de telle sorte que, lorsqu'on veut parler avec précision et éviter tout malentendu, il faut prendre une périphrase et dire délit de police correctionnelle. C'est le parti qu'a pris lui-même notre législateur en plus d'un article, où il ajoute au mot délit la qualification de *correctionnel* (2).

683. Quant au dernier terme, celui de *contravention*, pris pour désigner techniquement notre troisième et dernière catégorie des infractions à la loi pénale suivant l'ordre de gravité, les équivoques contre lesquelles il faut se mettre en garde sont bien plus fréquentes encore et de plus grave conséquence.

Déjà le mot contravention nous est apparu, dans son acception générale et la plus conforme aux origines philologiques, comme désignant les délits *non intentionnels*, c'est-à-dire ceux qui existent et sont punissables même en l'absence de toute intention de délinquer, par opposition aux délits *intentionnels*, dans lesquels l'intention de délinquer est une condition constitutive du délit même (ci-dess., nos 609 et suiv.). C'est ainsi qu'il figure très-fréquemment dans notre jurisprudence pratique et dans le texte d'un grand nombre de nos lois, surtout dans celui des lois spéciales. Mais tel n'est pas le sens attribué à ce mot lorsqu'on le prend pour dénomination particulière des infractions du degré

(1) Il en est ainsi souvent dans le Code d'instruction criminelle, parce que, lors de la rédaction de ce Code, la définition de l'article 1er du Code pénal, quoique arrêtée en principe, n'était pas encore formulée (Art. 22, 27, 41, 91, 214, 226, 227, 229, 231, 241, 245, 274, etc.) — Néanmoins cette acception générale se rencontre même dans le Code pénal. (Art. 11 et 36.) — Enfin, dans l'article 106, le Code d'instruction criminelle, même pour désigner des actes punis de peines afflictives ou infamantes, emploie textuellement les deux expressions cumulées *crime ou délit*. Ce langage vicieux a donné lieu, nous le verrons en traitant de la procédure criminelle, à de graves difficultés d'interprétation.

(2) C. i. cr., art. 181, 189; C. pénal, art. 41. — La métaphore est un peu forcée. C'est la police, c'est la juridiction, c'est la peine qui sont correctionnelles, si l'on veut; mais ce n'est pas le délit. Nous aimerions mieux dire délit de police correctionnelle. On va plus loin dans la pratique, en appelant *correctionnel* le délinquant lui-même.

inférieur dans l'ordre de gravité, puisque, d'une part, un très-grand nombre de contraventions non intentionnelles sont frappées par nos lois de peines correctionnelles, quelques-unes même de peines criminelles, et se rangent en conséquence au nombre des délits de police correctionnelle ou même au nombre des crimes ; tandis que, d'autre part, certains délits intentionnels minimes ne sont frappés que des peines de la dernière catégorie et figurent par conséquent au nombre des contraventions de cette catégorie (1). — Ce qu'il y a de vrai, c'est que communément et en très-grande majorité les infractions du degré inférieur dans l'ordre de gravité sont des contraventions non intentionnelles ; mais toutes n'ont pas ce caractère, et elles ne sont pas les seules à l'avoir. Pour éviter les redites à ce sujet, il nous suffira de renvoyer à ce que nous en avons déjà écrit ci-dessus en traitant de l'intention (n^os^ 404 et 406).

On ne fait pas disparaître l'équivoque lorsque, pour mieux désigner les infractions de l'ordre inférieur au point de vue de la gravité, on ajoute, ainsi que l'ont fait très-souvent les articles de notre Code d'instruction criminelle et de notre Code pénal, cette qualification restrictive, contravention *de police* (2). La police, nous le savons, a une sphère bien plus étendue et *bien plus importante* (ci-dess., n^os^ 612 et suiv.) ; les lois et les règlements qui s'y réfèrent prévoient des délits et des contraventions bien plus graves ; les peines prononcées par ces lois sont fort souvent des peines correctionnelles, quelquefois même des peines criminelles (ci-dess., n° 637) ; il y a la police générale de l'État, et la police locale ou municipale (ci-dess., n^os^ 615 et suiv.). L'expression de contravention de police est donc encore trop générale.

Ajoutera-t-on cette nouvelle restriction, contraventions *de police municipale*, conformément au langage des lois de la Constituante, dont la trace est restée encore quelque part dans notre Code d'instruction criminelle (3) ? Mais les délits ou les contraventions de notre troisième catégorie peuvent se référer à une police locale plus étendue que celle d'une commune, ou même à la police générale ; ils peuvent consister dans la violation de règlements faits par un préfet pour tout un département ou pour certaines parties du département ; ou par un ministre pour une certaine étendue ou pour toute l'étendue du pays, même dans la violation de dispositions générales de la loi applicables à tout le territoire (ci-dess., n° 661). La dénomination de contraventions *de police municipale* manquerait donc à son tour de largeur.

Celle de contraventions *de simple police*, employée quelquefois

(1) Voir, entre autres exemples, ceux que nous avons cités ci-dessus, n° 404, note 2.

(2) C. i. cr., art. 159, 161, 639, 640 ; et C. pén., art. 465, 483.

(3) C. i. cr., art. 132.

par nos Codes (1) et fort en usage dans notre pratique, sans être à l'abri de tout reproche, est le mieux appropriée à notre système. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici, dans ce système, uniquement d'une division d'après l'ordre de gravité. Dégageant donc le mot de contravention de toute autre signification qu'il peut avoir à d'autres points de vue, il faut, dans cette locution technique, contraventions de simple police, l'entendre uniquement en ce sens : « Délits ou contraventions minimes, qui n'ont paru » mériter que des peines du troisième ordre de gravité. »

684. Il reste de ces observations, au point de vue seulement de la nomenclature, que les deux dernières expressions de notre terminologie légale, délit et contravention, ont les inconvénients de mots dont la valeur n'est pas invariablement fixée, qui sont pris dans un sens tantôt plus large, tantôt plus restreint, et quelquefois même dans des sens différents. — Nous ne dirons rien, pour le moment, des autres qualifications qui se réfèrent à cette nomenclature à trois termes : celles des peines *afflictives infamantes*, héritage des temps passés, et des peines *correctionnelles ;* celles de la police distinguée en police *correctionnelle* et police *simple* (2), nommée encore quelque part dans notre Code d'instruction criminelle police *municipale* (3), avec un souvenir, dans un article du Code civil, de l'ancienne police de *sûreté* de la Constituante (4) ; celles enfin des deux juridictions correspondantes aux deux sortes de polices comprises encore dans notre nomenclature, le tribunal *correctionnel* ou de *police correctionnelle* (5), et le tribunal *de police* ou de *simple police* (6). Toutes ces appellations diverses sont en relation les unes avec les autres ; il nous suffira de voir, quant à présent, comment elles se sont produites historiquement, et d'où elles sont venues dans le texte de nos codes actuels.

685. Sous le rapport rationnel, quelques esprits distingués, entraînés par l'empire des mots et par le désir de mettre les idées en accord avec les termes, suivant d'ailleurs en cela, quoiqu'à leur insu peut-être, certaines traditions de l'ancienne jurisprudence (ci-dess., nos 668), ont cru possible d'asseoir chacune de nos trois classes d'infractions sur des différences caractéristiques et nécessaires. — D'après ces traditions, certains délits seraient tellement graves qu'il y faudrait, pour ainsi dire, désespérer du

(1) C. pén., art. 137. — Voir aussi dans le C. i. cr., art. 129, 230, 505, 540.
(2) C. i. cr., art. 132, 200, 201. — Il y a un troisième terme, la *haute* police, C. pén., art. 47.
(3) C i. cr., art. 132.
(4) Cod. civ., art. 3 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire... »
(5) C. i. cr., art. 179, 442, 483, 600, etc. ; — art. 22, 168, 230, 250, etc.
(6) C. i. cr., art. 142, 174, 177, 483, et C. pén., art. 470 ; — C. i. cr., art. 230 et 540.

coupable, laisser de côté les idées d'amendement, de correction à son égard, et ne songer qu'à faire un exemple en le frappant d'affliction, en le notant d'infamie. D'autres délits, au contraire, d'une gravité intermédiaire, laisseraient la porte ouverte à l'amendement, et le législateur devrait y songer moins à affliger qu'à corriger. Enfin une dernière classe, excluant par son peu de gravité tout but direct d'affliction ou de correction, emporterait seulement une nécessité d'admonition, d'avertissement. Les premiers seraient les crimes, les seconds les délits, les troisièmes les contraventions. La justice pénale serait en conséquence *exemplaire* pour les uns, *correctionnelle* pour les autres, *admonitrice* pour les derniers ; et les peines à leur tour y auraient le caractère d'*exemplaires* (peines afflictives ou infamantes), *correctionnelles* (peines de 2e ordre), ou *admonitrices* (peines de simple police) (1). — Quelque bien coordonné et quelque ingénieux que puisse paraître ce système dans son accord avec les termes que l'ancienne jurisprudence nous a laissés, nous le repoussons au nom de la science rationnelle du droit pénal. Graves ou légères, toutes les infractions emportent à des degrés divers la nécessité de l'exemple et de la correction (ci-dess., n° 198). Il n'y a qu'une seule peine qui ait pour unique but de faire un exemple, pour unique caractère d'être afflictive, et encore la justice et l'opportunité en sont-elles mises en question, c'est la peine de mort. Hors de là, c'est une erreur de croire que l'exemple seul doive être recherché dans la punition des crimes et la correction réservée uniquement aux délits. L'expérience de chaque jour démontre que dans beaucoup de cas les grands criminels sont moins difficiles à ramener au bien que certains délinquants, voleurs, filous ou escrocs habituels, endurcis dans leurs délits comme dans une sorte de profession ; et l'étude du moral humain rend compte parfaitement de ce fait. Il est vrai, en sens inverse, que dans les contraventions de police il ne peut pas être question de travailler à corriger un moral pervers, des penchants vicieux, des passions désordonnées, ni d'organiser par conséquent une peine d'assez longue durée pour permettre d'exercer dans ce but une action suivie et efficace sur l'esprit et sur les habitudes du condamné. Il suffit d'amener le contrevenant à être plus soigneux, plus attentif, plus prudent ou plus exact à l'avenir, et l'on attend ce résultat de l'application

(1) Niccola Nicolini, *Della procedura penale*, tom. 1, nos 46 et suiv. — Notre vénérable et savant magistrat Henrion de Pansey a dit quelque chose d'analogue dans son *Traité de la Compétence des juges de paix* (ch. 18) : « L'objet » des lois criminelles est de punir; l'objet des règlements de police est de cor- » riger : ainsi, par la nature des choses, il n'y a qu'une sorte de police, et cette » police est essentiellement correctionnelle. » Ce seraient, suivant cette opinion, la division de la police en deux espèces, *police correctionnelle* et *police simple*, et celle des infractions correspondantes en deux classes, *délits* et *contraventions*, qui seraient arbitraires et de pure convenance dans notre loi.

seule de la peine. Mais ce caractère n'est pas exclusivement propre aux contraventions de simple police, il se rencontre dans un grand nombre d'infractions rangées au nombre des délits de police correctionnelle, et il tient à ce principe plus général, que nous aurons à développer en traitant des peines, à savoir, que la correction et les moyens organisés pour chercher à l'obtenir doivent se proportionner et se modifier, non-seulement suivant le degré de gravité, mais aussi suivant la nature des infractions. — Loin d'assigner à notre classification tripartite une base rationnelle, ce serait donc lui en choisir une contraire aux données mêmes de la science que de faire reposer cette classification sur les idées que nous venons de discuter. C'est trop déjà que ces idées, qui étaient celles de l'ancienne pénalité, aient laissé jusque dans notre droit actuel des appellations vicieuses : au fond et en elles-mêmes, nous devons les repousser ou les rectifier. — Ce qu'il y a de vrai, c'est que notre classification tripartite est une classification de convenance et non d'obligation, dans laquelle un terme seul, celui des contraventions de simple police, dont le caractère particulier est de n'avoir qu'une importance locale, se sépare naturellement des deux autres ; ceux-ci n'étant subdivisés entre eux en deux catégories que par des raisons de clarté, de méthode et d'utilité pratique.

686. C'est surtout sous ce rapport pratique que les avantages de notre classification tripartite se produisent. Nous les avons déjà signalés *à priori* dans nos considérations rationnelles (ci-dessus, n° 658), et on les rencontre en réalité dans l'application. Les principaux de ces avantages se rapportent aux juridictions et à la procédure, dont nous aurons à traiter plus loin. — Même en fait de pénalité on y trouve le bénéfice que, par la seule qualification de l'infraction, par la juridiction compétente et par le genre de peine, le public peut se faire une idée instantanée de l'ordre de gravité des faits, et en a pour ainsi dire une mesure ostensible.

687. Aussi la classification tripartite des délits s'est-elle répandue dans les diverses législations, et nous la retrouvons, en termes sinon identiques, du moins fort analogues, dans un grand nombre des codes de pénalité de l'Europe (1).

---

(1) Non-seulement dans les codes de l'Italie, notamment celui des Deux-Siciles, et celui du Piémont, aujourd'hui Code pénal de 1859 ; dans les projets de Code pénal d'Italie et du Portugal, dans les codes de Hollande, de Belgique et de certains cantons suisses, tels que ceux de Genève et de Vaud ; mais encore dans certains codes allemands, tels que ceux de Wurtemberg : *Verbrechen* (crimes), *Vergehen* (délits), *polizeiliche Uebertretungen* (contraventions de simple police) ; de l'Allemagne du Nord (1870) ; d'Autriche (1852) ; et dans celui de la Grèce : κακουργήματα (crimes), πλημμελήματα (délits), πταίσματα (contraventions de simple police). L'Angleterre même, si l'on y regarde de près, nous offre une division analogue en trois classes, sous les noms de *felonies*

688. Cependant, malgré la démarcation légale entre les crimes et les délits, comme au fond la ligne de séparation entre les deux catégories qu'ils forment est factice, que leur nature est la même, à tel point que souvent des nuances accessoires des faits peuvent faire passer le même acte de la classe des délits dans celle des crimes ou réciproquement, notre Code pénal ne les a point séparés dans ses dispositions, il en a traité simultanément tant dans sa partie générale que dans sa partie spéciale (1), et, à part certaines divergences directement tirées de la différence de gravité, par exemple en ce qui concerne le temps de la prescription ou la tentative, on peut dire que notre loi applique généralement aux uns et aux autres les mêmes règles de pénalité.

689. Il n'en est pas de même quant aux contraventions de simple police. Celles-ci, différentes des deux premières catégories par leur nature même, qui est de n'avoir qu'une importante locale, ont été traitées à part dans le Code (2), et la règle de pénalité varie en beaucoup de points à leur égard.

690. Nous avons vu déjà quelques-unes de ces différences au sujet de la minorité de seize ans (ci-dess., n° 298) et de l'intention (ci-dessus, n° 404) ; nous en verrons de nouvelles en traitant de la tentative, de la réitération, de la récidive, de la complicité, de la prescription.

691. Il est intéressant de se rendre compte, par nos statistiques criminelles, de la place qu'occupent en fait dans notre pratique pénale, sous le rapport du nombre et par comparaison des unes avec les autres, les poursuites pour infractions de notre première, de notre seconde ou de notre troisième catégorie. En prenant pour examiner ces chiffres le nombre des affaires jugées par nos trois juridictions de droit commun, les cours d'assises, les tribunaux de police correctionnelle et les tribunaux de simple police, on trouve que, durant les trente-cinq années écoulées de 1826 à 1860, la moyenne a été : pour les crimes, de 5,175 affaires par an ; pour les délits de police correctionnelle, de 154,002 ; et pour les contraventions de simple police, de 214,857. Ce qui donne entre ces nombres la proportion suivante : sur mille affaires, 14 pour crimes, 412 pour délits de police correctionnelle, et 574 pour contraventions de simple police. Ou, en termes plus simples et en négligeant les fractions : sur cent affaires, 1 pour crime, 41 pour délits correctionnels, et 58 pour contraventions de simple police.

(crimes primitivement capitaux), *misdemeanors* (crimes ou délits inférieurs), et *littl' offences* (petites offenses, ou offenses de simple police).

(1) C. pén., liv. 1. *Des peines en matière criminelle et correctionnelle.* — Liv. 2. *Des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits.* — Liv. 3. *Des crimes, des délits et de leur punition.* Voir de même chaque rubrique des divers titres de ce livre.

(2) C. pén., liv. 4. *Contraventions de police et peines.*

692. Le nombre des personnes poursuivies n'est pas identique avec celui des affaires, puisque souvent, à l'occasion d'un seul fait, deux ou plusieurs personnes peuvent se trouver comprises dans la même poursuite. La moyenne durant le même laps de temps (1826 à 1860) que présentent nos statistiques est de 7,071 personnes par an poursuivies pour crimes, 206,074 pour délits de police correctionnelle, et 283,619 pour contraventions de simple police. — Ce qui donne, eu égard à la population moyenne de ces trente-cinq ans, une personne poursuivie pour crime, chaque année, sur 4,839 habitants, une pour délit de police correctionnelle sur 166 habitants, et une pour contravention de simple police sur 121 habitants. — Ou bien encore, en comparant entre eux les trois termes : sur mille personnes poursuivies, 14 pour crimes, 415 pour délits correctionnels, et 571 pour contraventions simples ; ou, plus brièvement et en négligeant les fractions, sur cent personnes poursuivies, environ 1 pour crime, 42 pour délits correctionnels, et 57 pour simples contraventions (1).

693. Un des points sur lesquels les chiffres statistiques sont interrogés avec le plus de sollicitude est celui de la marche de la criminalité. Cette criminalité, en France, va-t-elle en croissant ou en décroissant ? Là-dessus il y a une grande distinction à faire entre nos trois ordres d'infractions. Nous avons jugé intéressant de grouper le résultat de nos statistiques par quatre périodes qui correspondent à peu de chose près à la succession de nos divers gouvernements, depuis la première publication de ces statistiques : — de 1826 à 1830, Restauration ; — de 1831 à 1850, Gouvernement de juillet et République de 1848 ; — de 1851 à 1860, République et second empire ; de 1861 à 1865, suite du second empire ; et voici, en rapprochant les moyennes annuelles de chacun de ces quatre groupes, le tableau qui en ressort :

A l'égard des crimes jugés par nos cours d'assises.

1826 à 1830. . .	5,376 affaires par an.	7,130 accusés.	1 sur 4,517 habit.
1831 à 1850. . .	5,355 —	7,471 —	1 sur 4,593 —
1851 à 1860. . .	4,716 —	6,243 —	1 sur 5,906 —
1861 à 1865. . .	3,658 —	4,550 —	1 sur 8,256 —

Ainsi, une diminution dans les affaires pour crimes : — légère, de la première à la seconde période ; — beaucoup plus marquée durant la troisième et la quatrième. Résultat analogue quant au nombre des accusés comparé avec celui de la population. C'est

(1) Voir dans les *Statistiques de la justice criminelle* de 1860, les tableaux I et II pour les crimes, LXX, pour les délits, CXVIII pour les contraventions de simple police ; et pour les années antérieures, les tableaux correspondants, dont le numéro a varié quelquefois. — Quant au rapport avec la population, nous l'avons calculé d'après les sept recensements qui ont eu lieu durant ces trente-cinq années, lesquels nous ont donné, pour la population moyenne de 1826 à 1860, 34,201,401 habitants.

surtout à partir de 1855 que ces chiffres ont suivi une marche descendante plus sensible (1). La diminution n'est pas répartie également sur tous les genres de crimes; il y a des crimes, au contraire, d'une certaine nature, dont le nombre a été constamment en augmentant d'une manière affligeante : les infanticides et les attentats contre les mœurs. En général la progression décroissante a été faible pour les crimes contre les personnes, mais portant principalement sur les crimes contre les propriétés. Nos statistiques de la justice criminelle contiennent des états dressés de façon à faire ressortir ces nuances diverses dans le mouvement de la criminalité (2).

A l'égard des délits jugés par nos tribunaux de police correctionnelle :

1826 à 1830. .	119,446 affaires	par an.	178,021 prévenus.	1 sur 181 hab.
1831 à 1850. .	148,906	—	202,983	—	1 sur 169 —
1851 à 1860. .	181,473	—	226,282	—	1 sur 158 —
1861 à 1865. .	141,685	—	172,020	—	1 sur 180 —

Accroissement marqué, dans les premières périodes, à l'égard des délits de police correctionnelle, soit que l'on considère le nombre des affaires, celui des prévenus, ou bien le rapport de ce dernier nombre à la population (3). Nos statistiques officielles attribuent avec raison une partie de cette augmentation, d'une part à l'application de nouvelles lois spéciales de pénalité, et d'autre part à une action plus vigilante de la police judiciaire et de la justice répressive (4) ; mais ce n'est là qu'une explication partielle, et les dernières années accusent une réaction sensible.

Toujours est-il, même en dehors de ces nouvelles lois spéciales, que l'accroissement s'est produit, dans le cours des trente-cinq premières années, d'une manière générale. Les statistiques nous le montrent existant, quoique moins accentué, dans les délits contre les personnes; constant et considérable dans les délits contre les mœurs, avec une progression beaucoup plus forte encore qu'il n'est arrivé à l'égard des crimes du même genre; enfin non moins constant, et considérable aussi, dans les délits contre les propriétés ayant pour mobile la cupidité (5) : de telle sorte que sur ce dernier point, tandis que les accusations pour crimes ont constamment diminué, les poursuites pour délits de police correction-

---

(1) Les chiffres de 1869 sont : 3,397 affaires et 4,189 accusés. On voit que le mouvement décroissant continue à se dessiner. Nous avons expliqué (n° 301, note 1) comment la perturbation des services judiciaires en 1870 et en 1871 nous oblige à négliger la statistique de ces années.

(2) Voir, sous ce rapport, le tableau général de 1826 à 1860, dans la statistique de 1860, annexe B.

(3) Voir, dans la statistique de 1860, les annexes C et D, relatifs aux délits de police correctionnelle de 1826 à 1860.

(4) Voir le rapport qui précède la statistique de 1860, p. XLVII.

(5) Voir, dans le même rapport, le tableau inséré p. XLVI. En y comparant la

nelle avaient augmenté (1). Nous sommes cependant arrivés à un point d'arrêt dans cette marche ascendante du nombre des délits de police correctionnelle considérés dans leur ensemble; la moyenne de 1861 à 1865 accuse des nombres inférieurs, qui signalent un commencement de marche décroissante (2). Sans doute une grande partie de cette diminution est due aux nouvelles manières d'agir de l'administration en fait de délits forestiers et d'infractions à certaines lois fiscales (3); mais certains autres genres de délits y ont participé aussi.

A l'égard des contraventions de simple police :

1826 à 1830. . .	97,568 affaires.	134,112 inculpés.	1 sur 240 habitants.
1831 à 1850. . .	162,068 —	214,445 —	1 sur 159 —
1851 à 1860. . .	379,078 —	496,782 —	1 sur 72 —
1861 à 1865. . .	410,745 —	538,440 —	1 sur 63 —

Accroissement considérable : le nombre soit des affaires, soit des inculpés, soit du rapport avec la population, a plus que quadruplé, si l'on compare la première de ces périodes avec la dernière. Mais c'est ici que la vigilance de la police judiciaire et du ministère public à poursuivre ces infractions entre pour la majeure part dans l'augmentation qu'accuse la statistique. Les lois spéciales, les arrêtés se sont aussi beaucoup multipliés.

694. N'oublions pas, non plus, à l'égard des chiffres que nous

---

moyenne des cinq années (1861 à 1865) avec celle des cinq premières (1826 à 1830), on trouve :

Pour les délits contre les mœurs : — 1826 à 1830, 727 prévenus par an ; — 1851 à 1860, 4,823 ; — 1861 à 1869, 4,248. — Nombre *sextuplé*.

Pour les délits contre les propriétés, par cupidité : — 1826 à 1830, 18,840 prévenus par an ; — 1851 à 1860, 58,369. — Ce nombre, plus que triplé, s'est un peu affaibli dans la statistique de 1861 à 1865, qui ne donne plus que 50,906 prévenus.

(1) La tendance de notre ministère public et de nos juridictions d'instruction à laisser de côté, en certains cas moins importants, les circonstances aggravantes, de manière à renvoyer l'affaire aux tribunaux correctionnels au lieu des cours d'assises, ce qu'on appelle, en argot de pratique, *correctionnaliser* les affaires, entre pour une certaine part dans ce revirement; mais, certes, c'est peu de chose dans l'augmentation si considérable signalée par les statistiques en ces sortes de délits. — Nous aurons occasion de rapporter ci-dessous, en traitant des *Juges de la compétence*, un exemple, constaté juridiquement, d'une affaire de crime ainsi *correctionnalisée*, qui a amené une situation bien singulière devant une cour d'assises.

(2) Le nombre des prévenus, qui atteignait le maximum de 226,282, de 1856 à 1860, n'était plus en 1861 que de 180,409, et seulement de 172,020, dans la moyenne de 1861 à 1865.

(3) Voir ce que nous en avons dit ci-dessus, n° 656, avec la note. — Le tableau inséré p. XLVI du rapport précédant la statistique de 1860, offre, quant à ces sortes d'affaires pour infractions aux lois fiscales, délits forestiers, etc., le contraste que voici : — 1826 à 1830, 178,021 prévenus par an ; — 1856 à 1860, 56,667. En somme, diminution de plus de moitié. M. Bérenger, dans son remarquable rapport *sur les prisons départementales* (1874), élimine l'élément fiscal : ce qui le conduit à des résultats beaucoup plus graves sur le mouvement de la criminalité.

venons de donner, que nos statistiques criminelles, publiées par le ministère de la justice, ne tiennent compte que des infractions à la loi pénale qui ont fait l'objet de poursuites et qui ont été jugées par nos juridictions ordinaires; de sorte que tous les faits non déférés à ces juridictions ou en dehors de leur compétence restent également en dehors de nos chiffres. Nous ne parlons pas des crimes, des délits on des contraventions commis en réalité, mais seulement des affaires portées, avec l'une ou l'autre de ces qualifications, devant nos tribunaux de droit commun.

§ 5. Délits politiques ou non politiques.

1° *Suivant la science rationnelle.*

695. L'État, nous le savons, c'est-à-dire la société, la nation organisée et vivant en être collectif, partie intéressée déjà dans tout délit quelconque, peut se trouver lui-même directement attaqué par le délit; le délit peut être dirigé directement contre lui (ci-dess., n° 546). Or, parmi les actes nombreux dont il peut être ainsi le sujet passif, il en est qui portent un caractère distinct et qui méritent une attention à part.

696. Un peuple, être collectif, formé par la réunion d'êtres individuels humains de tout âge et de tout sexe, bien qu'il soit érigé en personne morale, n'est point une personne réelle, et ne peut agir par conséquent comme tel par lui-même. Il faut qu'il se façonne en quelque sorte à l'image d'un homme, qu'il se crée, en y employant de diverses manières les individus dont il se compose, des organes de sensibilité, d'intelligence, de résolution et d'activité collectives, par lesquels il puisse exercer ses facultés et ses forces en dedans de lui comme au dehors. C'est lorsqu'un peuple, bien ou mal, est ainsi organisé, c'est-à-dire pourvu d'organes publics, ainsi constitué, c'est-à-dire établi et coordonné en un seul corps ayant sa vie et ses fonctions à lui, c'est alors, et seulement alors qu'il prend le nom d'un État.

697. Que la constitution soit conçue dans tel système ou dans tel autre; assise sur des précédents, sur des usages plus ou moins anciens ou sur des actes écrits; imposée, acceptée ou décrétée avec un assentiment plus ou moins général, pour le moment la question n'est pas là; ce qui concerne cette organisation des grands pouvoirs publics de l'État, la part que les divers membres ou que certains membres de l'association peuvent être appelés à prendre à ces pouvoirs, le jeu de leur mécanisme et leur fonctionnement à l'intérieur ou à l'extérieur, la direction générale et supérieure des affaires de l'État qui en résulte, tout cela est compris sous le nom de *politique, ordre politique,* mot dont la racine, qui réveille l'idée même de la cité, nous est connue (ci-dess., n° 612), et dont l'acception peu arrêtée est prise, suivant l'occurrence, en des sens plus ou moins étendus.

698. A part cette formation et ce fonctionnement des grands

pouvoirs publics, un autre point fort important est à considérer dans la constitution de l'État : Quelle est la condition qui y est faite aux êtres individuels par rapport à l'être collectif? En quelque sorte ce que chacun met de sa propre personne dans l'association et ce qu'il peut en retirer, comme qui dirait sa mise et sa part sociales? — Les individus y sont-ils divisés par castes ou par classes différentes, ayant des droits inégaux, ou bien y a-t-il entre tous égalité de droits? La propriété individuelle et la liberté pour chacun de son activité y sont-elles assises et garanties pleinement, ou coordonnées elles-mêmes en de certains arrangements restrictifs, ou détruites dans tel ou tel système de propriété et de labeur collectifs, avec asservissement à l'État de l'activité et des forces individuelles? Une seule religion collective y est-elle imposée, toutes les autres étant proscrites, ou bien y a-t-il et dans quelle mesure y a-t-il liberté individuelle de croyance ou de culte? Questions analogues pour la liberté individuelle d'émettre sa pensée par les divers moyens de publication et notamment par la voie de la presse, pour la liberté individuelle de sa personne et l'inviolabilité de domicile sous l'action de la force publique, pour la liberté individuelle de réunion ou d'association entre particuliers? Et jusqu'à quel point les étrangers, qui, s'ils ne font pas partie de la société spéciale de l'État, n'en font pas moins partie de la grande société humaine, participeront-ils à ces diverses conditions ou en seront-ils exclus? Ces autres éléments de la constitution de l'État sont compris aussi sous le mot de politique, ordre politique, si l'on prend ce mot jusque dans sa racine et dans son étendue la plus large ; mais pour y mettre une distinction plus marquée, on les a désignés, de nos jours surtout, par les mots d'ordre social, organisation sociale, réservant ceux d'ordre ou d'organisation politique pour tout ce qui se réfère à la formation et au mécanisme des grands pouvoirs publics.

699. Si l'on suppose maintenant que des actes soient commis ayant pour but, par des moyens contraires à la loi et frappés de peines par elle, soit de renverser ou de modifier cette organisation des grands pouvoirs publics de l'État ; soit de détruire, d'affaiblir ou de déconsidérer l'un de ces pouvoirs ; soit d'étendre ou de restreindre la part que les divers membres ou que certains membres de l'association sont appelés à y prendre, soit d'exercer dans un sens ou dans un autre, une action illégitime sur le jeu de leur mécanisme ou sur la direction générale et suprême qui en résulte pour les affaires de l'État ; soit de détruire ou de tranformer en quelqu'un de leurs éléments ou en tous les conditions sociales faites par la constitution aux individus; soit enfin de susciter des troubles, des haines, ou des luttes de violence dans la société à propos de l'un ou de l'autre des objets qui précèdent : ces actes, tous puisés à une idée commune d'atteinte à l'ordre social ou a l'ordre politique établis, seront qualifiés *délits politiques*. —

Par opposition, tous les délits qui n'auront pas ce caractère seront des délits *non politiques*. — On les trouve nommés quelquefois aussi, dans le sens de la même opposition, délits ordinaires, délits communs ou de droit commun, mais l'antithèse n'est pas complète : ces dernières dénominations, si variables d'ailleurs par elles-mêmes, comme nous l'avons déjà montré (ci-dess., n° 649 et suiv.), ne désignant, dans toutes les hypothèses, que certaines catégories de délits non politiques.

700. Le but et le caractère général des délits politiques étant connus, il reste à en déduire si rationnellement ces délits doivent être séparés, en droit pénal, des délits non politiques, par quels motifs et en quoi ils doivent en être séparés.

701. Au point de vue de la justice, cette organisation des grands pouvoirs publics de l'État, que le délit politique avait pour but de modifier ou de détruire, a-t-elle une origine légitime ou illégitime? A part même son origine et en la considérant en elle-même, est-elle en accord, dans ses arrangements, avec la justice ou ne la blesse-t-elle pas? Ce pouvoir attaqué est-il légitimement ou illégitimement établi? L'action qui lui est donnée dans le mécanisme social est-elle conforme à la raison du droit ou n'est-elle pas exagérée jusqu'à blesser cette raison? Ce pouvoir se renferme-t-il dans la limite qui lui est assignée, ou n'est-il pas sorti de cette limite et n'a-t-il pas ainsi rompu lui-même l'ordre politique dont il faisait partie? La part qui est faite à certains membres ou aux divers membres de l'association, soit dans les charges et dans les avantages sociaux, soit dans la participation aux pouvoirs politiques, est-elle dans une proportion équitable, ou ne crée-t-elle pas, au bénéfice des uns et à l'encontre des autres, des inégalités injustes et choquantes? La direction générale et supérieure donnée aux affaires de l'État est-elle conforme aux lois de cet État et à l'esprit de ses lois, ou n'y est-elle pas contraire? Ces diverses questions s'agitent, l'une ou l'autre, quelquefois plusieurs réunies, au fond des délits politiques.

702. Tous les gouvernements, tous les pouvoirs établis sont convaincus ou s'annoncent comme convaincus de leur légitimité, de la légitimité de l'organisation politique dont ils font partie, de la légitimité des actes par lesquels ils exercent leurs fonctions, de la direction qu'ils y donnent; la plupart ne permettent pas même de mettre en doute cette légitimité. Celui-ci invoquera une tradition de plusieurs siècles, un droit de succession dynastique, ou un droit de conquête par les armes que le temps a consolidé; celui-là un vote d'assemblée délibérante, ou un mouvement général de révolution avec adhésion tacite de la nation; cet autre un suffrage universel recueilli et compté en forme; tandis qu'on contestera aux uns ou aux autres, suivant les cas, le droit de succession patrimoniale appliqué aux peuples, le droit de conquête ou de prescription, l'étendue du pouvoir d'une assemblée délibérante, la généralité du

mouvement révolutionnaire, la réalité de l'adhésion tacite, la sincérité des opérations ou la liberté des votes dans le suffrage universel; et qu'en fin de cause on niera que la nation puisse jamais, en ce qui concerne sa propre organisation, enchaîner sa volonté souveraine et cesser d'être maîtresse de sa destinée. — Les divergences sont bien plus grandes encore lorsqu'il s'agit de la justice ou de l'injustice des systèmes politiques et des systèmes sociaux considérés en eux-mêmes, des arrangements qu'ils consacrent et de la part qui y est faite aux divers membres de la société. — Les idées les plus opposées ont cours, sur tous ces points, parmi les partis, considérées comme justes par les uns, comme iniques par les autres, et consacrées, suivant les hasards de la fortune, dans les divers temps et dans les divers pays.

Je suppose que la raison du droit, qui existe en ces sortes de relations humaines comme en toutes les autres, s'élève au-dessus de ces opinions divergentes des partis, et vienne démontrer que véritablement le droit est pour tel système d'organisation sociale et politique, pour tel pouvoir établi : toujours est-il que ceux qui attaquent ce système ou ce pouvoir agissent mus par d'autres convictions et sous l'empire des idées contraires. — Dira-t-on qu'on ne s'inquiète pas, lorsqu'il s'agit de punir un voleur, un meurtrier, un incendiaire, de savoir si, par une aberration de sa raison, il ne s'est pas fait une théorie qui légitime le vol, le meurtre ou l'incendie? Mais celui-ci est en opposition avec le sentiment général et partout reçu de la justice; il cherche en vain à se tromper lui-même et ne peut échapper au cri réprobateur de sa conscience. Celui-là, au contraire, s'abuse en des questions où, de la meilleure foi, l'esprit humain vacille lui-même et se divise de toute part. Même en se trompant, il invoque une justice dans laquelle il croit, et dans sa croyance il a l'assentiment, souvent les sympathies de plusieurs, au dedans comme au dehors. Voilà pour la légitimité.

703. Veut-on prendre le côté de l'utilité : cette organisation sociale ou politique est-elle celle qui convient le mieux à la nation et qui peut le mieux assurer sa prospérité, ou n'est-elle pas directement contraire à cette prospérité? Ce pouvoir établi use-t-il des fonctions qui lui sont confiées dans l'intérêt de tous, ou ne cherche-t-il pas à les tourner à son intérêt propre, au détriment du bien public? La direction qu'il donne aux affaires de d'État est-elle une bonne direction, conduisant à l'avantage commun, ou n'est-elle pas une direction funeste, conduisant à des calamités qu'il est urgent d'éviter? Ne se trouve-t-on pas dans une crise où le *salus populi* s'érige en loi suprême? et l'heure n'est-elle pas venue d'acheter, au prix de commotions et de déchirements momentanés, le bien-être de l'avenir? Les gouvernements, les pouvoirs établis, comme leurs adversaires, invoqueront toujours le bien public; le bien public est un manteau dont chacun se couvre dans l'arène

politique, et les partis, la population même, seront divisés bien plus ardemment sur ces questions que sur les précédentes.

704. Ce n'est pas à dire que les délits politiques n'aient en eux-mêmes aucune criminalité, ou, en d'autres termes, qu'aux yeux de la science ils n'existent pas comme délits. Le relâchement des caractères publics, les fluctuations multiples par lesquelles ont ondoyé, de nos jours, les États et nous avec eux, l'habitude de voir si souvent les mêmes hommes passer de la condamnation au pouvoir et du pouvoir à la condamnation, ne disposent que trop à tirer des faits une telle conclusion. Nous sentons vivement la criminalité du délit qui attaque l'homme privé, parce que chacun dans un tel délit se voit déjà menacé lui-même; nous sommes pleins de faiblesse à l'égard du délit qui s'en prend à l'État, parce que le mâle sentiment du lieu qui attache l'individu au tout dont il fait partie demande une pensée plus haute, avec une âme moins vulgaire.

Si l'ordre social ou politique attaqué a pour lui le droit, dans son origine, dans son existence, dans ses conditions, la criminalité du délit qui y porte atteinte aux yeux de la science rationnelle est hors de doute, que l'atteinte vienne de personnes privées, ou de quelqu'un des pouvoirs en révolte ouverte ou en hostilité sourde contre les propres lois de son existence.

Même lorsque la légitimité de l'ordre social ou politique établi peut être déniée dans un point ou dans un autre, c'est quelque chose que d'avoir pour soi le fait, que d'être accepté et pratiqué par la masse de la population, surtout en des formes d'institutions à l'égard desquelles il est bien difficile de dire qu'il y ait rien d'absolu; en face des déchirements, de la ruine des intérêts, et des maux incalculables dont les luttes politiques sont ordinairement le signal. Les institutions les plus mauvaises laissent toujours quelques voies ouvertes à leur propre réforme, aux améliorations pour l'avenir; si bien que soient fermées les issues, la pensée humaine marche, les faits apportent de toutes parts leur expérience, les yeux des populations s'ouvrent, l'opinion publique se forme: vient une heure où le premier soulèvement n'est plus une révolte, mais une révolution. Ceux qui prétendent devancer cette heure, sans compter tous ceux qui la prennent à faux, le font à leurs risques et périls. Tout système politique en vigueur, tout pouvoir durant son règne est assis sur la prétention qu'il est en tout légitime, et il frappe en conséquence. La loi positive pénale existe, et la formule n'a pas même besoin d'être changée : la même servira, souvent tour à tour, aux pouvoirs qui se seront détruits et remplacés l'un par l'autre.

Ainsi, soit en raison abstraite et aux yeux de la justice absolue, soit en hypothèse de fait et en droit positif, la criminalité du délit politique est établie. Mais toujours, il faut le reconnaître, même en nous supposant dans la voie de la raison abstraite et de la jus-

tice absolue, ce sont des idées qui s'agitent et qui sont en lutte les unes contre les autres dans ces délits.

705. Les moyens par lesquels procède le délit politique sont souvent pleins d'immoralité en eux-mêmes : la fraude ou la trahison, l'injure, ou l'insulte, ou la calomnie, la violence grossière de parole, d'excitation ou de fait. Mais quelquefois aussi l'esprit rieur, le talent ingénieux, le don poétique et littéraire; ou le moyen enfin qui s'allie le mieux à la dignité et au courage, la force ouverte et déclarée.

706. Si l'on regarde à la personnalité de l'agent, aux sentiments ou aux passions qui le poussent, à l'état moral que dénote en lui le délit politique, plus d'une fois on y trouvera des mobiles puisés à des sources impures, un état moral frappé de perversité : la soif du pouvoir, l'ambition vaniteuse, les amours-propres froissés, les haines ou les rancunes personnelles, la bassesse flatteuse allant même au delà de ce que veulent les puissants, l'envie de tout ce qui paraît au-dessus de nous, l'impatience d'une humble destinée, l'aversion du travail, l'impasse de situations perdues, le désir de profiter d'un bouleversement général pour s'y tailler une meilleure fortune. Mais quelquefois aussi la fidélité dévouée aux personnes ou aux principes, surtout quand le malheur les a frappés ; des illusions ou des entraînements généreux, des indignations vertueuses, un esprit de sacrifice à ses convictions. — Même quand il y a perversité de l'agent, cette perversité est d'une nature particulière, distincte de celle qui se montre dans les délits non politiques, surtout dans les délits contre les particuliers.

707. Il reste donc démontré par tout ce qui précède que, soit quant à la mesure de la culpabilité, soit principalement quant au caractère de cette culpabilité, les délits politiques se séparent d'une manière bien tranchée des délits non politiques : d'où il suit qu'ils doivent en être séparés quant à la pénalité. Comment, en effet, l'instrument de répression serait-il le même quant à l'affliction, puisque la culpabilité monte ou descend ici sur une tout autre échelle? comment serait-il le même quant à la correction, puisque les passions ou les vices qu'il s'agit de corriger ou d'amortir sont si différents?

Les peines applicables aux délits politiques seront donc autres que les peines ordinaires, dans leur mesure et dans leur qualité ; et plus on les prendra à des degrés élevés, plus la séparation deviendra sensible, parce qu'en s'élevant les différences croissent en importance. Quelle que soit la justice avec laquelle l'idée de culpabilité et de châtiment mérité puisse y être mêlée, la peine du délit politique aura toujours en son principe quelque chose des mesures qu'on applique à un ennemi : le législateur pénal en l'organisant ne doit pas perdre de vue ce caractère. A part de grossiers et aveugles emportements, le public ne s'y trompe pas : jamais il ne confondra le condamné politique avec les condamnés

ordinaires. *Condamné politique* est un titre dont cherchent frauduleusement à se décorer les malfaiteurs lorsqu'ils veulent donner le change sur leur compte.

708. Qu'arrivera-t-il si, au mépris des vérités que nous venons d'exposer, le législateur dans sa loi pénale, ou le pouvoir dans ses mesures d'application ne fait pas cette séparation ; si, croyant y mettre une rigueur plus exemplaire, il unit dans une même nature de peines les coupables de délits politiques aux coupables de tous autres délits ? En agissant ainsi, il aide lui-même à la fraude des malfaiteurs ; outre que par une semblable assimilation il froisse le sentiment universel de justice, appelle sur le condamné politique qui la subit l'intérêt, et lui prépare peut-être pour l'avenir des ovations, il produit un effet bien plus préjudiciable encore à la société : pour abaisser le condamné politique, il rehausse les criminels ordinaires ; la flétrissure qu'il prétend ajouter à la peine de l'un, il l'ôte à la peine des autres ; et contre ces criminels, au péril des intérêts de toute personne et de tous les instants, il énerve en ses propres mains la pénalité. Si nous pouvions comparer les choses divines aux choses terrestres, ou du moins prendre en ces choses divines ce que les passions humaines y ont mêlé du leur, l'histoire du Christ entre les deux larrons serait au bout de notre plume ; le supplice du Christ a glorifié le Calvaire et tué l'ignominie de la croix.

709. Séparés des autres délits quant à la pénalité, les délits politiques le sont aussi quelquefois, quoique moins nécessairement, quant aux juridictions et quant à la procédure : ici, dans un but de plus grande rigueur, pour les frapper plus sûrement, plus expéditivement ou d'une manière plus imposante, comme lorsqu'on y emploie les conseils de guerre, des cours spéciales, des assemblées politiques ou de hautes cours ; là, au contraire, dans un but de plus grande garantie, comme lorsque, posant en principe qu'ils relèvent éminemment, à cause de leur nature, de l'opinion publique, on les défère au jugement par jurés, même dans les cas où les délits non politiques n'y seraient point déférés : le tout suivant l'esprit des institutions publiques de chaque pays. C'est ce que nous aurons occasion d'examiner plus tard en traitant des juridictions.

710. Puisque les délits politiques se séparent ainsi des autres délits quant à la pénalité, quelquefois même quant à la juridiction, on sent de quelle importance il est pour la science et en même temps pour la pratique pénale de pouvoir déterminer avec exactitude quels sont ces délits.

711. La réponse ne peut consister dans une énumération ; car plus d'un acte est susceptible de se présenter tantôt avec le caractère politique, tantôt sans ce caractère. C'est à la partie spéciale du droit pénal qu'il appartient de résoudre, pour chaque délit étudié en particulier, la question de savoir s'il est politique ou

non, s'il est ou non susceptible de le devenir, et dans quels cas il le deviendra. Ce que nous cherchons ici, ce sont des règles générales propres à guider le criminaliste dans cette appréciation de détail ; c'est l'indication précise du signe distinctif auquel devra se reconnaître le délit politique.

712. On ne saurait se figurer à première vue combien ce signe est difficile à trouver et à définir. Après y avoir longtemps réfléchi, avoir tourné et retourné le problème, dressé la liste des faits, suivi leurs variations possibles, et cherché à en saisir le trait commun, on sera loin encore d'arriver à une formule qui puisse prévenir toute hésitation.

713. Ce serait une grave erreur de croire que tout délit commis « *à l'occasion* d'assemblées, de discours, d'écrits, d'actes ou de faits politiques (1) », soit par cela même un délit politique. Un tel vague de pensée et d'expression ne définit rien ; tous les délits presque, jusqu'aux vols commis dans la poche des assistants à une assemblée politique, pourraient y être compris.

714. C'en serait une aussi de s'attacher, pour caractériser le délit politique, au motif qui a suggéré ce délit, au dessein, au but final que l'agent s'est proposé en le commettant : de telle sorte que tout délit commis par un motif ou dans un dessein politique, pour arriver à un but final politique, serait un délit politique. Bien que ce dessein, qui ne saurait faire disparaître la culpabilité absolue, puisse affecter dans une certaine mesure les nuances de la culpabilité individuelle (ci-dess., n° 379), et que le caractère du délit puisse en être modifié quelquefois, cependant prendre ce dessein pour le signe distinctif, pour la marque déterminante du délit politique, serait contraire aux règles générales du droit pénal déjà exposées (ci-dess., n° 379), et mènerait fort souvent à des conséquences inadmissibles.

715. Nous tirerons la règle à poser des principes mêmes de la théorie fondamentale sur les conditions caractéristiques de tout délit. Puisque ces conditions sont au nombre de deux : 1° que l'acte soit contraire à la justice ; 2° que l'intérêt de la société en exige la répression (ci-dess., n°s 205 et 568) ; pour savoir si un délit est politique ou non, nous examinerons : 1° s'il blesse la justice dans les devoirs d'action ou d'inaction qu'impose à l'agent l'organisation sociale ou politique de l'État ; 2° si l'intérêt de la société à la répression de cet acte est un intérêt qui concerne cette même organisation sociale ou politique.

716. La contre-épreuve pourra se faire d'une autre façon, peut-être plus saisissante, mais qui tient toujours aux mêmes principes, et dans laquelle les termes seuls se trouvent intervertis. Analysez, appréciez dans tous ses éléments le délit dont il

(1) Projet de la chambre des pairs pour l'article 7 de la loi du 8 octobre 1830. *Moniteur* du 19 septembre 1830.

s'agit de vérifier le caractère, et répondez à ces trois questions : — Quelle est la personne directement lésée par ce délit ? L'État ; — Dans quelle sorte de droit l'État se trouve-t-il lésé ? Dans un droit touchant à son organisation sociale ou politique ; — Quel genre d'intérêt a-t-il à la répression ? Un intérêt touchant à cette organisation sociale ou politique. — Le délit est politique.

717. Le délit politique ne suppose pas nécessairement un esprit d'hostilité contre le système de gouvernement ou contre le pouvoir établi ; il peut être commis même pour soutenir ce système ou ce pouvoir ; par exemple, en corrompant ou intimidant des suffrages, en ajoutant ou supprimant indûment des noms sur la liste des électeurs, ou par toute autre action illégitime exercée sur le mécanisme politique contrairement aux lois mêmes de ce mécanisme. — Quant au personnel de ceux qui peuvent le commettre, si le sujet passif du délit politique est toujours l'État, le sujet actif peut être divers ; il se peut en effet que le délit politique vienne de l'un des grands pouvoirs de l'État, ou du pouvoir dirigeant lui-même, de ses fonctionnaires ou agents, de ses partisans ou de ses ennemis.

718. L'État, en qualité de personne morale, de corps organisé et doué d'une existence juridique, fonctionne non-seulement au dedans de lui-même, dans les relations multiples qui se rattachent à sa vie intérieure, mais aussi au dehors, dans ses relations avec les autres États. Son existence peut être attaquée, sa sûreté compromise, ses droits de corps politique lésés par l'un ou par l'autre de ces deux points. D'où il suit qu'il y a à distinguer dans les délits politiques ceux qui sont dirigés contre l'État à l'extérieur et ceux qui le sont contre l'État à l'intérieur.

719. Mais tous les intérêts, tous les droits de l'État à l'intérieur ou à l'extérieur ne se lient pas à son existence, à ses droits d'organisation sociale ou politique. Il est une multitude de ces intérêts qui tiennent à la fortune de l'État, droits de propriété, de créance ou autres de même nature, à l'égard desquels l'État joue à peu de chose près le rôle d'un propriétaire ordinaire ; il en est d'autres, en fort grand nombre, qui tiennent uniquement à la police générale ou locale du pays (ci-dess., n^os^ 613 et suiv.), sans que les questions d'organisation sociale ou politique y soient en rien engagées. Si quelque acte coupable a lieu contre de pareils intérêts, par exemple si des sommes appartenant à l'État sont volées, si des actes de fausse créance ou de fausse libération sont produits contre lui, si quelque fraude aux contributions est commise, si quelque délit forestier, ou de pêche, ou de chasse, ou autre semblable se produit (voir de nombreux exemples ci-dess., n° 633 en note, et n° 637), de tels délits sont bien des délits contre les intérêts publics, l'État en est bien directement le sujet passif ; mais ce ne sont point des délits politiques. Le membre de la chambre des pairs qui, à la définition déjà si indéfinie du projet

de loi de 1830 (ci-dess., n° 713), voulait faire ajouter encore : « *et tous les délits qui pourraient préjudicier à la chose publique,* » se plaçait bien en dehors de cette vérité. — La nuance sera quelquefois difficile à saisir ; il faudra une analyse bien exacte et un discernement bien exercé pour reconnaître si tel délit blesse seulement la police générale ou locale, ou s'il touche à l'ordre social ou politique lui-même. C'est une des causes d'hésitation dont nous avons parlé (ci-dess., n° 712), qui se présentera à l'occasion de plus d'un délit dans la partie spéciale du droit pénal et dans la jurisprudence pratique. Nous renvoyons, pour en sortir, à l'application attentive des principes généraux (ci-dess., n^os^ 696 à 699) et de la formule que nous avons donnée (ci-dess., n^os^ 715 et 716).

720. Les mêmes distinctions, et quelquefois les mêmes difficultés d'appréciation, se retrouvent quant aux délits que peuvent commettre les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Qu'un de ces fonctionnaires se rende coupable de faits de concussion, corruption, soustraction de sommes ou de pièces dont il était dépositaire, manquement à des devoirs impérieux de son office ; il y a dans de tels délits violation des droits et lésion des intérêts publics de l'État, l'État en est directement le sujet passif, et néanmoins le délit n'est pas politique. Mais, que le fonctionnaire tourne le pouvoir dont il est investi contre l'existence même ou la sûreté de l'État, contre les lois d'organisation sociale ou politique ; qu'il viole les devoirs qui lui sont imposés à cet égard ; qu'il exerce une action illégitime sur le mécanisme des grands pouvoirs publics, par exemple sur des listes ou des opérations électorales ; qu'il entreprenne, comme exercice de son autorité, sur quelques-uns des droits politiques ou des droits sociaux garantis aux citoyens ou à toute personne individuelle par la constitution, il y a délit politique. La nuance sera difficile aussi quelquefois à saisir, et nous ne pouvons que répéter, à propos de ces spécialités, ce que nous venons de dire en général au paragraphe précédent.

721. Enfin ces distinctions et ces difficultés se produiront encore au sujet des délits qui peuvent être commis contre des fonctionnaires publics, même dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi l'insulte, l'outrage au fonctionnaire public dans l'exercice ou à raison de l'exercice de ses fonctions, la résistance à la force publique, la rébellion contre les agents de l'autorité, tant que ces outrages, cette résistance ou cette rébellion n'ont que le caractère d'atteinte à la police générale ou locale du pays, et non à l'organisation sociale ou politique, constituent bien des délits contre l'intérêt public, dont l'État se trouve directement le sujet passif, mais non des délits politiques. Si l'insulte ou l'outrage, au contraire, était adressé à l'un des grands pouvoirs publics de l'État, comme alors ce serait l'organisation politique même qui se trou-

verait attaquée ; si le délit consistait à vouloir amener par corruption, par intimidation, par violence ou par fraude quelconque, un fonctionnaire public à faire ou à ne pas faire tel acte politique, ou à le faire de telle façon plutôt que de telle autre, par exemple à convoquer ou à ne pas convoquer des électeurs, à inscrire ou à rayer tel nom sur la liste électorale ; ou bien un député ou un électeur à voter en tel sens plutôt qu'en tel autre, ou à s'abstenir de voter : comme alors il y aurait une action illégitime exercée sur un acte politique, l'État se trouverait directement lésé dans un droit politique, l'intérêt de la répression serait un intérêt politique, le délit serait politique. Ce sont autant de nuances qu'il s'agit toujours d'apprécier dans l'examen de chaque délit, appréciation dont on se tirera par une application éclairée des principes déjà posés et de la formule que nous en avons déduite (ci-dess., n^os^ 715 et 716).

722. Mais voici des difficultés plus graves, pour la solution desquelles ces principes ainsi que cette formule deviennent insuffisants et demandent à être complétés par l'intervention de nouvelles règles. Nous avons supposé les situations les plus simples, dans lesquelles le délit politique apparaît sans éléments multiples et sans mélange d'aucun autre genre de criminalité : or les faits peuvent se compliquer. Il peut se faire, si on se demande quel est le sujet passif du délit, de quelle sorte est le droit violé, de quelle sorte l'intérêt de répression ; qu'on trouve le sujet passif du délit, le droit violé, l'intérêt de répression doubles, et de natures diverses.

723. Le sujet passif du délit peut être double, car il n'est pas rare que par le même acte se trouvent lésés à la fois, directement, l'État et une personne privée, chacun en un droit qui lui soit propre. Nous ferons même remarquer à ce propos que, comme l'idée d'organisation sociale ou politique est inséparable de celle de l'État, et que dans tout droit quelconque touchant à cette organisation l'État est toujours partie directement engagée, qui viole le droit d'un particulier à cet égard viole en même temps le droit de l'État. Qu'un citoyen, par exemple, soit empêché par contrainte d'exercer dans une élection politique le droit de vote qui lui appartient, que cette contrainte lui vienne d'un fonctionnaire public ou d'une personne privée, peu importe : en même temps qu'il est lésé dans un droit politique personnel, l'État l'est aussi lui-même dans une opération de son mécanisme politique. Qu'un habitant soit illégalement séquestré par un agent de l'autorité, par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions ; comme le droit de liberté individuelle dans les rapports de chacun avec la force publique, avec l'action des pouvoirs, est un droit social, du moins pour les sociétés où ce droit se trouve garanti ; en même temps que la personne séquestrée est lésée dans le droit social qui lui est propre, l'État, l'être collectif, l'est aussi

lui-même dans les conditions de son organisation sociale. Tous les exemples aboutiront à la même conclusion. On pourra bien trouver des délits politiques en grand nombre dans lesquels l'État sera seul lésé directement sans qu'aucun individu le soit en son particulier ; mais il est impossible de trouver un individu lésé dans un droit politique ou social à lui appartenant sans que l'État le soit, par cela même, dans son droit correspondant. Or, comme ici les deux droits violés sont de même nature, c'est-à-dire tous les deux politiques, et l'intérêt public de répression également politique, aucun doute ne s'élève, le délit est politique.

Pas de difficulté non plus si les deux droits sont de même nature en ce sens que ni l'un ni l'autre ne sont politiques. Que le délit de séquestration, par exemple, soit commis, non par un fonctionnaire public, mais par une personne privée : comme à l'égard de cette personne le droit de celui qu'elle a illégalement séquestré n'est qu'un droit d'individu à individu, sans caractère politique ni social ; comme l'État n'est lésé par un pareil délit qu'indirectement, de la même manière qu'il l'est par tout autre délit entre particuliers, et que l'intérêt public de répression n'est qu'un intérêt de sécurité individuelle et de police générale : le délit n'est pas politique.

Mais, s'il arrivait que les droits violés fussent différents, les uns politiques et les autres non politiques ; que l'intérêt public de répression fût de double nature, d'un côté politique et de l'autre non politique, alors surgirait la difficulté. Ce n'est donc pas véritablement le nombre des sujets passifs du délit qui peut la faire naître ; c'est la diversité des droits et des intérêts.

724. Cette diversité peut exister en beaucoup de circonstances. Imprimer clandestinement et placarder sur les murs des proclamations politiques ; se former en attroupement dans un but d'agression ou de résistance politique, et refuser de se disperser au commandement de l'autorité ; dépaver, dans un pareil but, les rues, abattre les arbres des places ou des boulevards, afin d'élever des barricades ou des retranchements ; s'emparer, toujours dans ce même but, d'un poste télégraphique, afin de transmettre des signaux ; d'un poste militaire, d'un arsenal, afin de s'en distribuer les armes pour la lutte ; détruire des télégraphes, des rails de chemins de fer, des ponts ou des routes, afin d'empêcher les communications du gouvernement qu'on attaque ; des statues, des insignes ou des inscriptions publiques, afin de faire disparaître la marque du pouvoir de ce gouvernement ; des registres ou minutes d'actes publics, afin d'anéantir la trace de ces actes ; délivrer par la force ou faire évader par la ruse des prisonniers politiques : voilà des actes qui, par eux-mêmes, indépendamment de toute idée politique, constituent une atteinte à des droits de propriété publique ou de police générale assez grave pour qu'un intérêt public de répression y soit attaché. L'esprit dans lequel ces actes sont

commis, le but vers lequel ils sont dirigés viennent, en outre, y ajouter un autre caractère, en permettant de les incriminer aussi comme actes d'hostilité politique contre l'État. De telle sorte que, si l'on veut procéder par l'application de notre formule, on obtiendra les réponses multiples qui suivent : — Quel est, dans ces diverses circonstances, le sujet passif du délit? L'État. — Dans quelle sorte de droit l'État se trouve-t-il lésé? Dans un droit soit de propriété publique, soit de police générale, et, en outre, dans un droit d'existence ou de sûreté politique. — Quelle sorte d'intérêt public l'État a-t-il à la répression? Un intérêt soit de protection à la propriété publique, soit de police générale, et, en outre, un intérêt politique.

Des complications plus grandes encore s'élèvent si l'on fait intervenir dans les actes, comme sujet passif du délit, des personnes privées en même temps que l'État, et, comme droits lésés, des droits privés en même temps que des droits publics. Dans un mouvement d'insurrection politique, une troupe force la boutique d'un armurier et se distribue, dans le seul but de s'armer pour la lutte, les armes qu'elle y trouve ; elle s'empare des voitures qui passent et les renverse en forme de retranchement ; elle envahit une maison, un appartement, contre le gré du propriétaire ou des locataires, et s'y installe pour l'attaque ou pour la résistance ; un fonctionnaire public, toujours dans le même esprit, est retenu prisonnier ou devient l'objet de violences, de coups ou de blessures ; le chef du gouvernement lui-même, le roi dans une monarchie, est fait prisonnier, retenu captif, ou bien il périt sous le coup d'un assassin politique. — Quel est le sujet passif du délit? D'une part, le propriétaire des armes enlevées, des voitures renversées, de la maison envahie, le fonctionnaire public ou le chef du gouvernement, qui, pour être revêtus d'un caractère public, si haut que soit ce caractère, ne cessent pas d'être hommes et de garder les droits de leur personnalité individuelle ; et, d'autre part, l'État. — De quelle sorte est le droit violé? D'une part, un droit privé de propriété, de domicile, de liberté individuelle ou de sécurité personnelle ; d'autre part, un droit de police générale et un droit politique. — De quelle sorte est l'intérêt public de répression? D'une part, un intérêt de sécurité pour les propriétés et pour les personnes, intérêt de police générale ; et, d'autre part, un intérêt politique.

725. Notez que, dans ces divers actes, déjà attentatoires par eux-mêmes à des droits individuels, c'est le dessein, le but politique dans lequel ils sont commis qui vient les faire incriminer sous un autre rapport, parce qu'il les transforme en actes d'hostilité politique contre l'État, et permet de les punir comme tels. Le dessein, le but politique ne fait pas disparaître la criminalité que l'acte a par lui-même ; nous savons qu'il ne saurait avoir un tel pouvoir (ci-dess., n° 739) ; mais il vient en nuancer la mesure et y ajouter une criminalité d'une autre nature, la criminalité po-

litique. Les deux culpabilités, modifiées souvent l'une par l'autre, subsistent ensemble ; il s'agit de savoir quelle sera celle qui prédominera et viendra donner son caractère au délit.

726. Ce problème n'est qu'une spécialité d'un autre problème plus général, sur lequel nous aurons à revenir plus loin, et qui se présente toutes les fois qu'un seul et même fait contient en soi plusieurs délits ; par exemple : l'oppression par violence d'une femme mariée, qui serait à la fois viol et adultère. Le fait étant unique, il ne saurait justement y avoir deux peines : c'est par le plus grave des deux délits qu'il renferme que ce fait sera qualifié, le délit inférieur n'y jouant que le rôle de circonstance accessoire ; et c'est la peine du plus grave des deux délits qui devra être appliquée, le délit inférieur pouvant tout au plus motiver, à titre de circonstance accessoire et suivant sa nature et son importance, une augmentation de cette peine. Ainsi, dans les cas dont nous nous occupons, quelle est la culpabilité la plus grave ? est-ce la culpabilité politique ou la culpabilité non politique ? De quel côté est le plus grand péril de la société, et par conséquence l'intérêt le plus grand à la répression, du côté politique ou du côté non politique ? Si le droit et l'intérêt politiques sont les plus élevés, le délit est politique. En cas contraire, il est non politique.

727. Telles sont les données par lesquelles le législateur devra se guider s'il s'agit de la loi à faire. Le but principal à se proposer doit-il être d'incriminer ces actes à cause de la violation des droits non politiques qu'ils blessent et pour la protection de ces droits non politiques ? Doit-il être, au contraire, de les incriminer surtout comme actes d'hostilité contre les pouvoirs établis et pour la protection des droits politiques de l'État ? Dans le premier cas, le législateur les traitera en délits non politiques et édictera contre eux des peines non politiques ; dans le second cas, il devra les traiter en délits politiques et se tenir pour les réprimer dans l'ordre des peines de cette nature.

Telles sont également les données par lesquelles devra se guider le magistrat, s'il s'agit de la loi positive à appliquer. Bien qu'enfermé dans le texte de cette loi positive, quant aux peines impérativement édictées, et tenu de faire exécuter cette loi telle quelle, le magistrat devra se déterminer d'après les mêmes considérations toutes les fois que, les faits étant susceptibles des deux incriminations, l'une politique et l'autre non politique, il s'agira pour lui de décider laquelle de ces deux incriminations s'agite dans la cause ; comme aussi dans tous les autres cas où la loi positive lui aura laissé le soin de tenir compte, sous un rapport quelconque, du caractère politique ou non politique du délit. La loi positive peut bien, bonne ou mauvaise, traiter comme elle l'entend les délits, mais elle est impuissante à en changer le caractère, elle peut, méconnaître ce caractère, mais elle ne le fait ni ne le défait.

728. Faisant application de ces principes à quelques-uns des

exemples par nous cités, il sera facile de voir que dans l'impression clandestine et l'affiche de placards séditieux, dans l'envahissement de postes télégraphiques, dans l'enlèvement et la distribution des armes trouvées dans un poste militaire, dans le dépavage des rues, l'abatage des arbres, la rupture des routes ou des ponts, le tout en vue ou comme moyen d'attaque ou de résistance politique, ce n'est pas la contravention aux lois de police, le préjudice, la dégradation ou la destruction portés à une propriété ou à un monument publics qui constituent la culpabilité principale; la peine ordinaire de ces contraventions, dégradations, destructions, serait ici insuffisante : il y a une culpabilité plus haute, mais d'une autre nature, celle de l'acte d'hostilité politique contre l'État. C'est principalement à cause de la violation du droit politique et en vue du péril politique que de pareils actes doivent être réprimés; c'est une peine plus élevée que la peine ordinaire, mais une peine politique, qui doit y être appliquée.

Il en est de même dans les violations du droit de propriété, du droit de domicile, commises contre l'armurier dont les armes sont enlevées et distribuées pour la lutte, contre le propriétaire de la voiture renversée en forme de retranchement, contre le locataire de l'appartement envahi pour l'agression ou pour la résistance politiques. Quelque coupables que soient par elles-mêmes ces atteintes par violence à des droits individuels, il serait contre toute vérité et contre toute justice de nier que l'esprit dans lequel elles ont lieu en modifie profondément le caractère; la plupart ne rentreraient même qu'avec peine dans la définition des délits de droit commun auxquels elles correspondent; les délinquants les commettent moins dans une intention de nuire à celui qui est lésé que comme des actes de nécessité, suivant eux, dont le règlement d'indemnité pourra avoir lieu plus tard; la culpabilité ordinaire n'en est pas effacée, mais celle qui prédomine est la culpabilité ordinaire.

Nous arriverons à une conclusion semblable pour les délits de séquestration, même pour les atteintes corporelles, brutalité, coups ou blessures, si elles sont en soi peu dangereuses, contre le chef du gouvernement. Empreints, sans aucun doute, d'une criminalité non politique, comme lésions à des droits de liberté ou de sécurité individuelles qui appartiennent à chacun, ces actes prennent une criminalité bien plus haute, surtout dans les gouvernements monarchiques, de la qualité de la personne contre laquelle ils sont commis, et de l'importance politique de cette personne dans l'État. La peine ordinaire de pareils délits de droit commun ne suffirait pas. Le droit politique violé est bien plus élevé, l'intérêt politique de répression bien plus important; la culpabilité qui prédomine est encore ici la culpabilité politique. Puisée à ces considérations supérieures du droit politique, la peine plus sévère qui doit être prononcée sera une peine politique.

Mais, s'il s'agit d'attentat contre le chef du gouvernement par meurtre, assassinat ou tortures corporelles ; par incendie du palais qu'il habite ; par obstacles à une voie ferrée dans le but de faire dérailler un convoi qui le porte (n° 734 *bis*), lorsque mort d'homme s'en sera suivie : le droit politique violé, l'intérêt politique de répression, si importants qu'ils soient, le sont moins que le droit individuel, que l'intérêt public de répression qui s'attachent à la vie de l'homme. Le crime politique qui existe dans ces actes n'y joue plus que le rôle accessoire ; la culpabilité prédominante, par conséquent le crime et la peine seront de droit commun.

729. Lorsqu'il arrive ainsi qu'un seul et même fait renferme en soi plusieurs délits, la raison du droit, tout en voulant que ce fait soit qualifié par le plus grave des délits qu'il contient, indique que les autres délits moindres, qui n'y figurent qu'accessoirement, ne doivent pas être laissés pour cela de côté, comme indifférents dans la mesure de la culpabilité, mais qu'ils doivent être pris en une certaine considération, soit par le législateur, soit par le juge, comme causes possibles d'aggravation suivant leur nature et leur gravité (ci-dess., n° 727). — Vraie en général, cette proposition l'est aussi pour les délits dans lesquels il existe un mélange de culpabilité politique et de culpabilité non politique. Il va sans dire que l'aggravation aura lieu, si les circonstances la comportent, dans l'ordre même des peines qui seront encourues par le fait tel qu'il se trouvera qualifié d'après la culpabilité prédominante, c'est-à-dire dans l'ordre de droit commun si le fait est qualifié *délit de droit commun*, et dans l'ordre politique s'il est qualifié *délit politique* : sans pouvoir sortir, en ce dernier cas, de cet ordre. Il n'est pas nécessaire non plus de démontrer que cette aggravation, lorsqu'elle sera basée sur la culpabilité politique accessoire, ne pourra jamais faire porter la peine de droit commun en dehors des limites interdites aux peines politiques ; par exemple jusqu'à la peine de mort, si le crime de droit commun ne la comporte pas et s'il s'agit d'une législation par laquelle cette peine soit proscrite en matière politique : autrement, on ferait produire à la culpabilité politique accessoire, à titre de circonstance aggravante, des effets que ne pourrait pas même produire la culpabilité politique principale. Toutes ces propositions sont contenues dans les principes que nous venons d'exposer sur la différence de nature et sur la séparation nécessaire des peines entre les délits politiques et les délits non politiques : elles en découlent logiquement.

L'aggravation signalée ici par nous, qui résulte, en thèse générale et comme conséquence abstraite, de la réunion des deux sortes de criminalités dans un seul et même fait, n'empêche pas d'ailleurs les influences en sens inverse que pourraient exercer sur la mesure de la culpabilité individuelle les circonstances de chaque cause, conformément aux observations déjà faites ci-dessus (n°s 333

et 379), et dans la latitude des pouvoirs accordés au juge à cet égard. Il y a là autant d'éléments divers, souvent contraires, qu'il s'agit toujours de balancer afin d'en faire sortir une mesure exacte et finale.

730. Nous venons de considérer des faits isolés, dans la criminalité que chacun d'eux porte en soi, abstraction faite de tous autres actes; mais fréquemment, dans l'ordre politique, ces faits ou des faits analogues se relieront à un délit plus général, celui de sédition, d'insurrection, de guerre civile, dont ils ne seront que des épisodes, que des conséquences ou des moyens d'exécution. Armer des troupes, en prendre le commandement, s'emparer des places fortes, des arsenaux, des caisses publiques, d'un pouvoir, d'une juridiction quelconques au nom de l'autorité insurrectionnelle, faire toutes les opérations stratégiques que comporte la lutte, dans lesquelles pourront figurer des ruptures de ponts, des ouvertures de digues, des destructions de monuments, des abatages de forêts, des envahissements de la campagne; faire usage des armes, porter la mort dans les rangs ennemis en des engagements généraux ou particuliers, le tout conformément aux usages autorisés par le droit des gens dans les guerres légitimes : tous ces faits se groupent autour du fait principal dont ils ne sont que des appendices; ils en prennent le caractère et ne constituent comme lui et avec lui que des délits politiques. — Notez bien que nous ne prétendons pas, Dieu nous en garde! légaliser des actes semblables. Nous ne parlons pas même de cette situation où, suivant les publicistes faisant le plus autorité, la guerre civile prend de telles proportions qu'elle s'élève au niveau d'une guerre d'État à État, et que les partis, sous peine de tomber dans des représailles de barbarie au nom d'une prétendue justice criminelle invoquée tour à tour par chacun d'eux, doivent se traiter uniquement en ennemis, conformément aux lois de la guerre internationale, et non en criminels (1). Nous laissons de côté cette hypothèse. Nous nous plaçons dans celle d'une insurrection coupable aux yeux de la science rationnelle, contre une organisation sociale légitime, contre un pouvoir politique légitime, et nous nous bornons à dire que tous les actes de la lutte, s'ils restent dans les limites avouées par les usages de la guerre, constituent des délits, non pas de droit commun, mais des délits politiques.

731. Si l'on suppose, au contraire, des actes réprouvés même par ces usages, qui ne sont point l'observation des pratiques de la guerre, mais qui en sont la violation, que ceux qui prennent part à la lutte politique doivent être les premiers à proscrire : des massacres de parlementaires, des meurtres, des assassinats par haine ou vengeance, l'incendie, le sac ou le pillage de propriétés publiques ou privées, dans le but d'assouvir ses passions personnelles

(1) GROTIUS, 2, 18, § 2, n° 3. — VATTEL, 3, 18, §§ 293 et 294.

ou de s'approprier le butin qu'on y fait; des vols au milieu du trouble et du défaut de surveillance qu'entraînent les événements : ces actes n'appartiennent pas à la lutte politique; ils y ont trouvé l'occasion de se produire, mais ils en sont distincts; les vices ou les passions qui jouent leur rôle, fussent-ils allumés au foyer politique, ne sauraient en changer le caractère, et ne figureront dans la mesure de la culpabilité qu'au taux ordinaire que leur marque la justice pénale (ci-dess., n° 333). Ces actes sont des délits à part, et des délits de droit commun; tous les partis doivent les répudier sous peine d'en être déshonorés; ils forment la dernière hypothèse qui nous restât à examiner dans cette longue et difficile question de la distinction des délits politiques ou non politiques.

732. Indépendamment des délits intentionnels, il peut y avoir dans l'ordre politique des infractions punissables pour des fautes même non intentionnelles : telles que négligence, inattention, oubli des règlements. On en trouvera de nombreux exemples dans les manquements à certaines règles de formes prescrites sous la sanction d'une peine pour l'exercice des droits électoraux politiques, pour la tenue des assemblées électorales, pour la publication de journaux politiques. Ce sont alors des *contraventions* dans le sens de délits *non intentionnels*. Comme l'intention coupable n'y est pas nécessaire pour constituer le délit, on ne voit pas qu'elles se séparent moralement, d'une manière bien sensible, des autres sortes de contraventions, dont elles n'auront qu'à suivre les règles générales (ci-dess., n°s 609 et suiv.).

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

733. Il faut distinguer, dans notre législation positive, quant aux actes punissables dans l'ordre politique, entre les crimes et les délits de police correctionnelle : ces derniers pouvant être, soit des délits intentionnels, soit des contraventions, dans le sens que nous venons d'expliquer.

734. Délits intentionnels ou contraventions, tant qu'il ne s'agit que de police correctionnelle, aucune différence n'existe dans nos lois entre les délits politiques et les délits non politiques relativement au genre de peines employées : sauf l'application obligatoire de la surveillance de la haute police, dans les termes de l'article 49 du Code pénal (1). — Il en existe une relativement à la juridiction sous le régime de la charte de 1830 et de la constitution de 1848, rétabli en 1871, ainsi que nous aurons occasion de le dire plus loin en traitant des juridictions. Les délits politiques,

(1) Cod. pén., art. 49 : « Devront être renvoyés sous la même surveillance » ceux qui auront été condamnés pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté » intérieure ou extérieure de l'État. »

sous ce régime, bien que punis seulement de peines correctionnelles, doivent être déférés au jury : ce qui s'entend uniquement des délits intentionnels, et non des contraventions.

734 *bis*. La distinction des délits politiques, dans le sens large du mot, d'avec les délits ordinaires, présente encore de l'intérêt au point de vue de l'extradition, la plupart des traités internationaux excluant l'extradition pour délits politiques. Nous avons reconnu (n° 728) qu'il est impossible de considérer comme délit purement politique l'attentat, par meurtre ou par empoisonnement, à la vie du chef de l'État. La question ayant été soulevée entre la France et la Belgique, à raison d'une machine infernale, saisie entre Lille et Calais sur le chemin de fer du Nord, destinée à faire sauter le convoi qui devait transporter l'Empereur à Tournay ; les auteurs présumés de l'attentat ne furent point livrés par le gouvernement belge, mais, pour l'avenir, le cabinet de Bruxelles consentit, le 22 septembre 1856, une convention additionnelle portant : « Ne sera pas réputé délit politique, ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne d'un souverain étranger ou celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constituera le fait, soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement. » Même clause dans les traités conclus depuis; en 1859, avec les États pontificaux; en 1860, avec les Pays-Bas et avec le Chili; en 1869, avec la Bavière et avec les États de Suède et de Norvége.

735. A l'égard des crimes, on trouve bien dans le Code pénal de 1810 certaines peines plus spécialement destinées à la répression de ceux qui appartiennent à l'ordre politique. La loi de révision de 1832 a plus tard étendu cette idée en la coordonnant presque en un système arrêté de deux ordres de peines distincts, l'un pour les crimes politiques, l'autre pour les crimes non politiques, ainsi que nous l'expliquerons quand nous traiterons des peines. Tel est, en effet, le sens dans lequel se trouvent conçues, en général, nos dispositions répressives. Cependant ni dans le Code pénal, ni dans la loi de 1832, ni dans les lois qui ont suivi, la distinction n'a été parfaitement observée. Plus d'une fois le législateur s'en est écarté, soit par l'application de peines de droit commun à certains crimes politiques, soit en sens inverse. Ce sont là des dispositions impératives de la loi; quelle que puisse être la nature des crimes, notre jurisprudence pratique n'a qu'à les faire exécuter.

736. Mais une différence capitale, pour laquelle une mission importante appartient à notre jurisprudence, est celle qui concerne la peine de mort. L'abolition de cette peine en matière politique, déclarée jusqu'à ratification définitive par le décret du gouvernement provisoire du 26 février 1848, confirmée par la constitution de 1848 (art. 5) et par la loi du 8 juin 1850, l'a été encore par le sens donné aux amendements, au vote et à la promulgation de la

loi du 10 juin 1853. Cette abolition ayant été décrétée d'une manière absolue en *matière politique,* la loi du 8 juin 1850 ayant déterminé la peine nouvelle à prononcer *dans tous les cas de cette abolition* (art. 1er), et le législateur s'étant abstenu, avec raison, d'indiquer lui-même quels sont ces cas, c'est à la jurisprudence à le faire. C'est à la jurisprudence à prendre elle-même sa décision dans chaque affaire, à reconnaître si le crime capital qui lui est déféré est politique ou non politique, et en conséquence si la peine de mort doit y être remplacée par la peine nouvelle, ou si elle doit y être maintenue. La jurisprudence n'a pas ici à se guider, comme faisant autorité impérative pour cette décision, sur l'exemple des espèces de peines que le Code pénal ou les lois particulières ont pu choisir pour les divers crimes ou pour les atténuations à faire en cas de circonstances atténuantes (notamment dans les art. 56, 96, 97, 190 et 463 du Code pénal), de telle sorte qu'elle serait tenue de réputer politiques tous les crimes à l'égard desquels nos lois ont adopté des peines ou des atténuations de peines de l'ordre politique, et non politiques tous ceux à l'égard desquels elles ont adopté des peines ou des atténuations de peines de droit commun. Nous savons, d'une part, que le système de la division des peines en deux ordres distincts n'a pas toujours été suivi chez nous exactement par le législateur (ci-dess., n° précédent); et d'autre part, que la loi positive peut bien méconnaître le caractère des délits, mais qu'elle ne le fait ni ne le défait (ci-dess., n° 727). C'est donc avec indépendance, suivant la nature même des actes et conformément aux vérités démontrées par la raison du droit, que la jurisprudence doit résoudre la question de savoir si un crime est politique ou non politique. Les principes rationnels que nous avons développés ci-dessus (nos 710 et suiv.) recevront ici leur entière application. Il n'existait qu'un seul cas dans lequel la peine de mort fût ordonnée chez nous par des considérations politiques : celui d'attentats, non pas contre la vie, mais contre la personne de l'Empereur, qui, fussent-ils de nature à n'entraîner que des peines inférieures s'ils avaient été commis contre toute autre personne, étaient punis, d'après l'article Ier de la loi du 10 juin 1853, de la peine du parricide. Puisqu'il ne peut plus être question de ce cas, dont l'exception avait été formulée textuellement et à dessein; par cela seul qu'un crime est de sa nature politique, la peine de mort n'y peut plus être appliquée. Si la loi ancienne avait prononcé contre un crime de cette nature la reclusion, les travaux forcés à temps ou à perpétuité, bien que ce fussent des peines de droit commun, notre jurisprudence pratique n'aurait rien à y changer; mais si c'est la peine de mort, cette peine se trouve abolie, et la peine nouvelle qui la remplace y doit être substituée.

737. La place que les crimes et les délits politiques occupent

dans notre pratique pénale sous le rapport du nombre n'est pas aussi considérable qu'on pourrait se l'imaginer. En cherchant à extraire la moyenne des affaires de cette nature jugées par nos juridictions ordinaires dans les trente-cinq années qu'embrasse la statistique de 1826 à 1860, nous trouvons que cette moyenne est, pour les crimes politiques, de 18, et, pour les délits politiques, de 354 par an. Comparés à la moyenne annuelle totale des poursuites pour crimes ou pour délits correctionnels de toute nature (ci-dess., n° 691), ces chiffres reviennent, en négligeant les fractions, à 3 pour 1,000 à l'égard des crimes et à 2 pour 1,000 à l'égard des délits. Ils se sont encore amoindris dans la période de 1861 à 1865, où il y a à peine un crime politique par an, et où il n'y a plus que 212 délits politiques. Mais la criminalité politique a repris singulièrement depuis la crise de 1870. — Nous devons faire observer toutefois que les qualifications de crimes ou délits politiques, d'après lesquelles sont recueillis ces nombres, ne sauraient être d'une exactitude rigoureuse. Quant aux crimes politiques, ce n'est que par des indications très-générales portées dans les tableaux statistiques que nous avons pu juger de leur caractère (1). Quant aux délits politiques, ils font l'objet, dans les *Statistiques de la justice criminelle,* jusqu'en 1851 inclusivement, d'un tableau à part, dans lequel figurent sous cette qualification de *délits politiques* ceux dont la connaissance avait été attribuée comme tels ou comme réputés tels aux cours d'assises (2), y compris les délits de presse, quoique plusieurs, de ces derniers surtout, ne soient pas politiques (3), et en excluant les contraventions ou délits non intentionnels. A partir de 1852, le tableau spécial n'existe plus, c'est dans le tableau général de tous les délits, d'après les indications sommaires qu'on y rencontre, qu'il faut chercher le chiffre des délits politiques (4). Enfin, quant aux uns et aux autres, restent en dehors de nos chiffres les affaires

---

(1) Indépendamment du compte porté sous la rubrique *Crimes politiques* dans le tableau général pour les années 1826 à 1860 (annexe B, en tête de la statistique de 1860), c'est d'après le tableau de chaque année (état 1) que nous avons formé les chiffres qui sont donnés ici.

(2) Par la loi du 8 octobre 1830 ou par les lois spéciales subséquentes.

(3) Tels, par exemple, que les attaques contre la morale, les publications obscènes, les diffamations ou outrages envers des fonctionnaires publics.

(4) Voir le tableau spécial LXX dans la statistique de 1860, et dans les années antérieures le tableau correspondant, lequel a varié plus d'une fois de numéro. La statistique de 1860 contient un tableau général (annexe D) dans lequel se trouvent, sous l'indication *délits politiques,* de 1826 à 1860, des chiffres bien inférieurs aux nôtres. Ce qu'il y a de certain, c'est que les délits de presse, dont le plus grand nombre ont un caractère politique, ne s'y trouvent pas compris, tandis que nous les avons fait entrer dans notre calcul. Toutefois, à partir de 1868, la statistique officielle réunit les délits de presse aux délits politiques.

politiques, en petit nombre, jugées par la cour des pairs, par l'une ou l'autre des deux chambres, ou par la haute cour de justice, et celles, bien plus nombreuses, jugées par les conseils de guerre, depuis les révolutions de 1848 et de 1870, lors des mises en état de siége.

738. Si du nombre des affaires nous passons à celui des personnes poursuivies, la moyenne sera, durant ce même espace de temps, pour les crimes politiques, de 69 accusés par an, et, pour les délits politiques, de 555 prévenus ; soit, par comparaison avec le nombre total des personnes poursuivies pour crimes ou pour délits correctionnels de toute nature (ci-dess., n° 692), en négligeant les fractions, sur 1,000 accusés, 10 pour crimes politiques, et, sur 1,000 prévenus, 3 pour délits politiques.

739. Nous venons de procéder, pour tout un intervalle de trente-cinq années, par moyennes annuelles; mais les choses, surtout à l'égard des crimes ou des délits politiques, sont bien loin de se passer ainsi. Rien de plus inégal que la répartition de cette nature de crimes ou de délits entre les différentes années. Les temps de révolution, d'effervescence et d'agitations politiques en augmentent subitement et considérablement le nombre, qui décroît ensuite, jusqu'à des chiffres presque inaperçus, dans les temps de calme. La nature des institutions y a aussi son influence : il est clair, par exemple, que, si la censure est dans un pays, il n'y sera plus guère question de délits de presse.

Si nous divisons ces trente-cinq années en trois périodes correspondant à peu près à la succession de nos divers gouvernements durant cet intervalle, voici le tableau qu'elles nous offriront, dans leurs moyennes annuelles :

Crimes politiques :

1826 à 1830.	3 accusations par an.	4 accusés.	
1831 à 1850.	29	—	108 —
1851 à 1860.	2	—	21 —
1861 à 1865.	1/5	—	1 —

Délits politiques, y compris les délits de presse :

1826 à 1830.	152 affaires par an.	213 prévenus.	
1831 à 1850.	196	—	333 —
1851 à 1860.	772	—	1169 —
1861 à 1865.	212	—	284 —

Une subdivision plus grande des années nous fera pénétrer davantage dans le détail des oscillations de ces sortes de criminalités et de poursuites pénales, sur lesquelles les événements et les institutions politiques exercent tant d'influence. Nous en don-

nons en note le tableau dressé par périodes quinquennales (1). On y remarquera :

En fait de crimes politiques poursuivis devant les cours d'assises, qu'après avoir été à son plus haut point dans la période qui suit la révolution de 1830, la moyenne s'abaisse dans les deux périodes qui viennent après, pour se relever un peu dans celle qui comprend la révolution de 1848, et qu'elle arrive à son moindre chiffre depuis celle de 1851 ;

En fait de délits politiques de police correctionnelle, que le chiffre des moyennes, élevé dans la période qui suit la révolution de 1830, s'abaisse dans les deux périodes qui viennent après, pour s'accroître dans celle qui comprend la révolution de 1848, et plus encore, d'une manière considérable, depuis la révolution de 1851 ; il s'abaisse de nouveau ensuite, pour se relever à mesure que l'on approche de la crise de 1870.

(1)	*Crimes politiques.* — MOYENNES ANNUELLES DES		*Délits politiques et de presse.* — MOYENNES ANNUELLES DES	
	Accusations.	Accusés.	Affaires.	Prévenus.
1826 à 1830.	. . . 3 . .	. . . 31 . .	. . .152 . .	. . .213 . .
1831 à 1835.	. . . 90 . .	. . .249 . .	. . .405 . .	. . .640 . .
1836 à 1840.	. . . 13 . .	. . . 30 . .	. . . 63 . .	. . . 91 . .
1841 à 1845.	. . . 4 . .	. . . 35 . .	. . . 42 . .	. . . 67 . .
1846 à 1850.	. . . 9 . .	. . .120 . .	. . .272 . .	. . .532 . .
1851 à 1855.	. . . 4 . .	. . . 40 . .	. . .930 . .	. . .1480 . .
1856 à 1860.	. . . 1 . .	. . . 2 . .	. . .614 . .	. . .857 . .
1861 à 1865.	. . . 1/5 . .	. . . 1 . .	. . .212 . .	. . .284 . .

En restreignant davantage encore le compte, et considérant chaque année en elle-même, nous signalerons :

Pour les crimes politiques, les trois années 1831 à 1833, comme offrant les nombres les plus élevés; et les cinq années 1845, 1846, 1856, 1859 et 1860, comme tombant, pour ce nombre, à 0. (1831, 120 accusations, 458 accusés; 1832, 91 accusations, 332 accusés; 1833, 76 accusations, 312 accusés; 1845, 1846, 1856, 1859 et 1860, accusations et accusés, 0.) — La moyenne des accusations durant la dernière période quinquennale de 1856 à 1860, que nous avons marquée 1, afin d'éviter les fractions, n'est même en réalité que 0,6. Elle est à peu près nulle dans la période suivante.

Pour les délits politiques, l'augmentation qui survient dans les premières années après chaque révolution, pour s'abaisser ensuite, et pour recommencer le même mouvement à la révolution suivante, est manifeste. Ainsi les chiffres les plus élevés dans leur période politique respective sont offerts par les deux années qui ont suivi chacune des révolutions de 1830, de 1848 et de 1851 : 1831, 671 affaires et 1,038 prévenus ; — 1832, 602 affaires et 939 prévenus; — 1849, 546 affaires et 1,137 prévenus ; — 1850, 632 affaires et 1,162 prévenus ; — 1852, 1,876 affaires et 2,767 prévenus; — 1853, 849 affaires et 1,147 prévenus. — L'approche de la crise de 1870 se fait sentir dans la statistique de 1869, qui signale 1,243 affaires et 1,754 prévenus. Nous avons expliqué (n° 301, note 1) pourquoi on ne peut faire entrer en ligne de compte les statistiques de 1870 et de 1871.

On s'étonnera peut-être de voir les années qui ont suivi les crises de 1848 et de 1851 bien au-dessous de la moyenne générale en fait de poursuites pour crimes politiques, et le même résultat se reproduire après 1870 ; tandis que les années qui ont suivi la révolution de 1830 s'élèvent si fort au-dessus, et tandis qu'à l'égard des délits politiques le même effet d'accroissement est produit d'une manière sensible par chacune de ces révolutions. Mais cette différence n'est qu'apparente : elle provient, de ce que sous le gouvernement né de la révolution de 1830 les crimes politiques n'ont été jugés que par les cours d'assises, ou quelques-uns, en fort petit nombre, par la cour des pairs ; après les révolutions de 1848, de 1851 et de 1870, au contraire, il faut ajouter aux comptes des cours d'assises et de la haute cour de justice celui des conseils de guerre et des commissions, qui n'est pas ici compris.

§ 6. Délits instantanés et délits continus, autrement dits successifs. — Délits simples et délits collectifs ou d'habitude.

740. Parmi les actions de l'homme, tant les bonnes que les mauvaises, il en est qui dès qu'elles sont accomplies cessent par cela même, sans pouvoir se prolonger au delà ; d'autres, au contraire, même après leur premier accomplissement, sont de nature à se continuer, identiques avec elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long, peut-être indéfini ; or, si nous supposons des actions illicites, frappées comme telles par la loi pénale, nous en voyons naître deux catégories bien différentes de délits.

741. Ceux qui naissent des actions de la première sorte sont des délits terminés aussitôt que commis ; comme, par exemple, les délits d'homicide, d'incendie, de coups ou blessures. Quel qu'ait été le temps employé à les préparer et à les exécuter, dès que l'exécution s'en achève, ils s'accomplissent et prennent fin au même instant. Dans cette catégorie se rangent le plus grand nombre des délits.

742. Ceux qui naissent des actions de la seconde sorte, bien qu'existants et accomplis du moment que l'action coupable a lieu, se continuent et se prolongent tant que l'action se continue et se prolonge elle-même; ils n'auront pris fin que lorsque l'action aura cessé. Nous citerons comme exemples le port d'armes contre sa patrie, la détention de munitions ou armes de guerre prohibées, les séquestrations illégales, la possession de faux poids ou de fausses mesures dans les lieux où elle est interdite, et tant d'autres encore. Quoique les délits de cette espèce ne soient pas en majorité, ils ne laissent pas d'être très-nombreux, comme nous le montrerons tout à l'heure.

743. Nous appellerons les premiers de ces délits délits *instantanés*, et les seconds, délits *continus* ou *chroniques* (*continuatio*

delicti). Ces derniers sont plus usuellement connus sous le nom de délits *successifs*. Cette dernière expression, qui nous vient de l'ancienne jurisprudence (1), a cela de bon qu'elle indique bien qu'à quelque moment que l'on considère l'agent, tant que dure l'action coupable, on le trouve en état de délit; mais elle a quelque chose d'inexact en ce sens qu'elle semblerait dire qu'il y aurait dans le fait de cet agent comme une multitude de délits se succédant sans interruption (2), tandis que, l'action de cet agent étant une, quoique avec plus ou moins de durée, ne forme véritablement qu'un seul délit plus ou moins prolongé (3). Voilà pourquoi nous préférons la dénomination de délit continu.

744. Ce que nous venons de dire des actions peut se dire également des inactions érigées par la loi en délit de droit pénal. Si le devoir auquel il a été manqué par cette inaction était un devoir instantané lui-même, consistant en un acte à faire à certaine époque marquée, comme, par exemple, celui de se présenter à heure dite à la cour d'assises pour y remplir les fonctions de juré ou celles de témoin, ou bien celui de faire, dans un délai donné, certaines déclarations à l'autorité (C. pén., art. 346, 347), le délit sera instantané. Si, au contraire, le devoir auquel il a été manqué était lui-même un devoir continu, se prolongeant pendant une durée plus ou moins longue et peut-être indéfinie, comme, par exemple, celui d'éclairer les matériaux qu'on a entreposés ou les excavations qu'on a faites dans les rues ou places, celui d'obéir à la sommation, émanée de l'autorité administrative, de réparer ou démolir les édifices menaçant ruine, celui de placer à l'extérieur des charrettes circulant sur la voie publique l'indication du nom du propriétaire (C. pén., art. 471, n^os^ 4 et 5; art. 475, n° 4), et tant d'autres semblables; aussi longtemps qu'il n'est pas satisfait à un pareil devoir le délit se continue. Ainsi, dans les délits instantanés, comme dans les délits continus, il se rencontre tant des délits d'action que des délits d'inaction ; et la différence pour ces derniers consiste, en somme, à distinguer s'il s'agit du devoir d'un fait instantané ou d'un fait continu.

745. Il ne faut pas confondre l'action ou l'inaction constituant le délit avec les suites qu'elle peut avoir, avec le mal qu'elle a pu produire. La personne homicidée ne sera plus rappelée par nous à la vie, les objets incendiés sont détruits pour toujours, la mutilation d'un membre est irréparable, la maladie que des coups

---

(1) Jousse, *Traité de la just. crim.*, t. 1, p. 585, n° 56.

(2) C'est bien ainsi même que l'expression est interprétée communément : « Dans ces sortes de crimes, dit Jousse (*loco citato*), on peut dire qu'il s'en commet un nouveau à chaque instant. »

(3) « L'infraction *permanente, continue* ou *successive*, porte le projet portugais (art. 39, § 2), consiste dans un fait qui, une fois pratiqué, est encore susceptible de se prolonger d'une façon toujours identique, durant plus ou moins de temps, par une série non interrompue de faits punissables. »

ou blessures ont occasionnée sera plus ou moins longue, le volé ne reverra de longtemps, peut-être plus jamais, la chose qui lui appartient : qu'a-t-il fallu pour produire de tels effets? L'acte d'un moment. La continuité du mal n'empêche pas les délits d'homicide, d'incendie, de coups ou blessures, de vol et tant d'autres, d'être des délits instantanés.

746. L'ancienne jurisprudence criminelle avait bien une distinction qui se référait sous certains rapports aux conséquences, aux vestiges matériels que peut laisser après lui le délit : elle appelait délit de fait permanent (*facti permanentis*) le délit dont il reste des traces physiques, comme l'homicide, l'effraction, l'incendie ; et délit de fait passager ou transitoire (*facti transeuntis*) celui dont il ne reste aucune trace matérielle, comme les injures verbales, l'adultère, le vol sans effraction ni signe apparent (1). Mais cette division, relative à la procédure quant à ce qui regarde les moyens de prouver l'existence du délit, est étrangère à celle dont nous nous occupons ici et ne doit pas être confondue avec elle.

747. Le délit continu étant un délit unique, il ne peut y avoir qu'une seule pénalité encourue, qu'une seule poursuite : cela est incontestable. Mais la durée plus ou moins longue de ce délit, c'est-à-dire le temps plus ou moins long pendant lequel le délinquant y aura persévéré, est un élément à prendre en considération dans la mesure de la culpabilité. — Quelquefois, cette considération sera assez importante pour influer sur la culpabilité et pour devenir l'objet d'une disposition expresse du législateur : c'est ainsi que notre Code pénal a édicté des peines bien différentes contre la détention ou séquestration illégale des personnes, suivant que cette détention ou séquestration a duré moins de dix jours, de dix jours à un mois, ou plus d'un mois (art. 341, 342, 343). — D'autres fois, cette considération restera livrée à la seule appréciation du juge, dans la mesure qu'il est chargé de faire de la culpabilité individuelle, suivant la latitude du *maximum* au *minimum* qui lui est laissée à cet égard.

748. Une autre conséquence de la continuité des délits, que nous aurons à examiner plus tard, a trait à la prescription, dont le cours ne pourra pas évidemment commencer tant que le délit continu n'aura pas pris fin. Il en est de même en ce qui touche le lieu du délit (voy. n° 955).

749. Il suit de ces différences qu'il est fort important dans la pratique de savoir si un délit est continu ou non ; et, comme la réponse dépend de la nature particulière de chaque délit, c'est à propos de chacun d'eux, par conséquent dans la partie spéciale du droit pénal, que cette réponse doit venir. Il est un grand

(1) JOUSSE, tom. 1, p. 9, n° 11 ; tom. 2, p. 19 et suiv. — RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, liv. 3, c. 4, n° 7.

nombre de délits à l'égard desquels aucun doute ne s'élèvera. Ainsi, pour nous borner à des exemples pris dans notre législation positive : porter les armes contre la France ; porter publiquement un costume, uniforme ou décoration auxquels on n'a pas droit ; porter des armes prohibées ; retenir un commandement militaire contre l'ordre du gouvernement, ou l'exercice de fonctions publiques dont on est révoqué, ou bien un prisonnier sans mandat ou dans des lieux autres que ceux déterminés pour cet usage ; tenir rassemblée, après l'ordre de licenciement, une troupe qu'on commande ; tenir une maison de jeu de hasard, une maison de prêt sur gages sans autorisation ; entretenir une concubine dans la maison conjugale ; avoir en sa possession une imprimerie clandestine, des poudres, munitions ou armes de guerre, de faux poids ou fausses mesures dans son magasin ; exposer en vente des comestibles gâtés ; exposer des images contraires aux bonnes mœurs ; laisser sans nécessité sur la voie publique des choses qui l'embarrassent ou tous autres objets qu'il est défendu d'y laisser exposés ; se tenir en état de réunion séditieuse, d'association illicite, d'association de malfaiteurs, de vagabondage : voilà des actions qui constituent, d'après notre loi pénale, des délits, et qui, par leur nature, sont susceptibles de se prolonger, de se continuer, identiques avec elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long, ce qui continue par conséquent l'état de délit (1) ; sans compter, dans nos lois spéciales, nombre de contraventions de police, soit correctionnelle, soit simple, qui sont dans le même cas.

750. Mais à l'égard de plusieurs délits, des incertitudes sérieuses se présenteront. Nous devons donner les indications générales qui pourront servir à les lever, sans entrer dans l'examen des espèces particulières.

751. Presque toujours, ces incertitudes viendront de la difficulté de discerner quel est véritablement le fait qui constitue le délit : est-ce le premier acte d'exécution seulement, acte instantané, qui cesse au moment où il s'accomplit? ou bien est-ce le fait de persévérer dans l'état qu'en est résulté, lequel peut durer plus ou moins de temps? Ainsi, dans le vol (C. pénal, art. 379), est-ce la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, est-ce la possession? La soustraction est instantanée, la possession est continue. De même, dans la bigamie (art. 340), est-ce le fait de contracter mariage étant encore engagé dans de pareils liens, est-ce celui de vivre en cet état de mariage nul avec le conjoint qu'on s'est ainsi donné? Dans l'évasion d'un détenu (art. 245), est-ce le

(1) On peut voir, dans notre Code pénal, les articles 75, 76 et 77, 93, 96, 98, 120, 122 à 125, 197, 207 et 208, 258, 259, 265 et 266, 269 et 270, 287, 291, 314, 339, 341 à 343, 410, 411, 460, 471, nos 4, 5, 6 et 7, 475, nos 4 et 14, 479, no 5.

fait de s'être soustrait à la détention par bris de prison ou violence, ou bien celui de se maintenir hors de prison après qu'on en est sorti? Dans le recel fait sciemment de choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit (art. 62), d'espions ennemis (art. 83), de personnes coupables de crimes punis de peines afflictives (art. 248), du cadavre d'une personne homicidée (art. 359), est-ce le fait de recevoir, de cacher au moment où on les reçoit, ces choses ou ces personnes, ou bien celui de les garder ainsi cachées? Dans le complot (art. 89 et 91), est-ce le fait d'avoir, entre deux ou plusieurs personnes, concerté ou arrêté la résolution d'agir, ou bien le fait d'avoir persévéré dans cette résolution collective? Enfin, dans l'enlèvement, entraînement, détournement ou déplacement de mineurs par fraude ou par violence (art. 354), est-ce le fait d'avoir, à l'aide de la fraude ou de la violence, opéré ce déplacement, ou celui d'y persévérer? Dans l'enlèvement ou le détournement fait par un homme, sans fraude ni violence, d'une fille au-dessous de seize ans (art. 356), acte nommé encore chez nous usuellement *rapt par séduction*, est-ce le fait d'avoir, à l'aide de la séduction, déterminé cette jeune fille à vous suivre, ou bien le fait d'avoir continué à la tenir ainsi éloignée des personnes à l'autorité desquelles elle est soumise, ou des lieux où ces personnes l'avaient placée? De tous ces faits, les premiers sont instantanés, les seconds sont continus. Lesquels constituent le délit? Lesquels la loi pénale a-t-elle eu en vue de frapper?

752. Pour décider la question, consultez d'abord attentivement les termes de la loi dans la définition que cette loi donne du délit : souvent l'examen de ces termes ne laissera plus de place au doute. — Joignez-y, au besoin, cette considération que, dans les faits ainsi complexes et présentant à tour de rôle un double caractère, c'est le premier acte, l'acte d'exécution, qui contient la lésion la plus grave du droit; celui pour lequel la détermination coupable a été prise en pleine possibilité encore d'éviter le délit; celui qui offre le plus de résolution, le plus d'audace ou de détours dans le mal, par conséquent le plus de culpabilité. Après ce premier acte accompli, les choses sont faites, la ligne du mal est franchie : il y a moins d'effort à rester dans l'état ainsi produit, il en faudrait un, au contraire, pour en sortir. Ce qui prouve qu'à moins de raisons particulières bien déterminantes, c'est dans l'acte même d'exécution que doit consister le délit, et non dans le fait postérieur et continu d'avoir persévéré dans l'état produit par ce premier acte. — Faites enfin cette réflexion, que dans la plupart de ces cas, le premier acte, l'acte d'exécution, étant un fait actif, un fait instantané, la suite n'offre plus guère chez l'agent qu'un rôle passif, ou du moins une action d'une tout autre nature. Le délit, si on le place dans ces faits postérieurs, sera moins d'avoir fait que de n'avoir pas fait : délit de n'avoir

pas restitué la chose volée; de n'avoir pas fait opérer la dissolution du mariage entaché de bigamie, en en faisant prononcer la nullité; de n'être pas venu se remettre en prison; de n'avoir pas fait reprendre par ceux de qui on la tient ou livré à l'autorité la chose recélée; de n'avoir pas expulsé ou livré à l'autorité la personne à qui on avait donné asile: on voit combien la situation est différente de celle des délits véritablement continus, dans lequels c'est l'action elle-même qui se prolonge, après son premier accomplissement, toujours identique avec elle-même.

753. Après ces réflexions, et à la lecture seule des articles de notre Code pénal, il sera facile de voir que les délits de vol, de bigamie, d'évasion de détenus, sont des délits instantanés, et non des délits continus. (Art. 379, 340, 245.)

754. Quant au recel, nous croyons que la solution doit varier suivant les cas. Le recel consiste véritablement dans l'acte de celer, de cacher, afin de les soustraire aux recherches de l'autorité, des choses ou des personnes. L'acte de cacher, c'est-à-dire de placer, de déguiser ou de transformer une chose ou une personne, de manière qu'elle puisse échapper à la vue, aux recherches, est un acte par lui-même instantané, mais très-facilement susceptible d'être renouvelé, complété par de nouveaux actes, qui viennent se joindre aux premiers d'une manière suivie, toujours au sujet de la même chose ou de la même personne, et afin de parvenir au but désiré. Si, après le premier acte, par lequel la chose ou la personne a été cachée, le receleur n'a plus eu qu'un rôle passif: par exemple, il a été enfouir le cadavre dans son jardin, enterrer les objets dans sa cave; il a fait fondre l'argenterie et l'a transformée en un lingot qu'il a vendu ou qu'il a placé dans une armoire secrète; il a conduit la personne dans une retraite ignorée, fût-ce dans une propriété, dans une maison à lui, et il ne s'en est plus occupé: on ne pourra pas dire que, tant que le cadavre reste enfoui dans ce jardin, les objets enterrés dans cette cave ou déposés dans cette armoire, la personne abritée dans cette retraite, le délit de recel continue. Il en sera autrement s'il y a eu des actes successifs, de nouveaux déplacements, de nouveaux déguisements ayant toujours le même but, parce que chacun de ces actes suffirait seul pour constituer le recel. Ce n'est pas l'acte passif de tenir, de garder caché, c'est l'acte même de cacher, acte d'un rôle actif, susceptible d'être répété à diverses fois et de diverses manières, qui constitue le délit. C'est donc, en fait, par l'appréciation des actes mêmes qui ont eu lieu que la jurisprudence pratique devra juger de la continuité ou de la non-continuité du délit. La question n'est pas de savoir si c'est au moment où les choses ont été offertes, au moment où la personne s'est présentée qu'elles ont été cachées, ou bien si c'est postérieurement: la question est de savoir si elles l'ont été à un moment quelconque, et si elles l'ont été par un seul acte terminé aussitôt

que commis, ou par des actes réitérés qui se sont suivis dans le même dessein. On conçoit qu'à l'égard du recel des personnes, ce dernier cas sera plus fréquent à se présenter.

755. Nous donnerons une solution analogue en ce qui concerne le complot. Le complot consiste dans le fait actif d'avoir concerté et arrêté entre deux ou plusieurs personnes la résolution d'agir (C. pén., art. 89), et non dans le fait purement passif de persévérer dans cette résolution collective : il est donc en lui-même un délit instantané. Mais si l'on suppose, comme il arrivera fréquemment, de nouvelles délibérations, un nouveau concert et de nouvelles résolutions d'agir arrêtées; par exemple présentation de nouveaux membres avec lesquels la résolution d'agir a été de nouveau arrêtée, fixation de l'époque où on agira, distribution des rôles dont chacun promet de se charger : tous ces actes successifs, ayant chacun en particulier les caractères mêmes du complot, mais liés l'un à l'autre par l'unité de but et de conception, continuent le même délit. La question de continuité ou de non-continuité est donc encore une question de fait à apprécier suivant les actes qui ont eu lieu. Si des actes de préparation ou d'exécution ont suivi, on tombe dès lors dans un autre délit, celui de complot suivi d'actes préparatoires (art. 89), ou celui de tentative lorsqu'il y a eu commencement d'exécution (art. 88).

756. Quant à l'enlèvement de mineurs par fraude ou par violence, et, quant au rapt par séduction, tels que notre Code pénal a défini ces délits (art. 354 et 356), la difficulté est plus grande. Le rapt, dans l'ancienne jurisprudence, était généralement et sans hésitation mis au nombre des délits continus, parce qu'on le considérait comme consistant « non pas seulement dans l'enlèvement, » mais encore dans la détention de la personne ravie (1). » C'est en suivant cette idée et en conservant ce mot de rapt, qui n'est plus celui de notre texte, que nombre de nos criminalistes ont été portés à maintenir la même décision. Malgré la juste autorité qui s'attache à leur nom, nous nous attacherons à la décision contraire. — On peut voir, en passant de notre ancienne jurisprudence au Code pénal de 1791 (2e part., tit. 2, sect. 1, art. 31), et de celui-ci au Code actuel, combien l'incrimination a changé. Notre Code l'a précisée : le délit qu'il définit est celui de l'enlèvement, entraînement, détournement ou déplacement : actes d'exécution qui ne peuvent se confondre avec celui de persévérer ensuite dans l'état qui en est résulté. Cela devient plus évident lorsque le Code ajoute comme alternative l'acte de faire enlever, entraîner, détourner ou déplacer (art. 354). Encore faut-il, dans le cas de l'article 354, que ces

(1) Jousse, tom. 1, p. 585, n° 56. Cette opinion est cependant contraire à la définition des anciens interprètes : *personæ honeste viventis violenta abductio de loco ad locum libidinis explendæ causa facta.*

actes aient eu lieu par fraude ou par violence ; c'est là une condition constitutive, une condition *sine qua non* du délit ; or cette fraude, cette violence sont particulièrement propres au fait même de l'enlèvement : on aura corrompu les gens de service, on aura pris une fausse qualité, on aura employé la force physique pour opérer cet enlèvement ; n'en est-il pas ici comme de la possession de la chose volée, comparée à l'acte même de la soustraction frauduleuse ou du vol avec violence, par lesquels est obtenue cette possession ? — Je sais bien qu'après l'enlèvement ou le détournement d'une personne, l'inquiétude des parents est bien plus grande que celle d'un propriétaire après le vol d'une chose matérielle ; que l'incertitude sur le sort de cette personne est bien plus alarmante, et que ces raisons ont pu déterminer notre ancienne jurisprudence à considérer le délit comme se continuant tant que la personne enlevée n'est pas rendue à sa famille ; mais notre Code, tout en bornant le premier délit à l'enlèvement ou détournement, n'a pas laissé les faits ultérieurs sans répression légale. En effet, si l'on suppose qu'après avoir employé la violence pour l'enlèvement, le ravisseur l'ait employée encore pour la détention de la personne enlevée, ou que les faits soient tels qu'on puisse dire que cette personne a été privée de sa liberté, alors on tombe dans un délit nouveau et tout autre, celui de la détention ou séquestration illégale (art. 341 et suiv.) ; de même que, si l'on suppose des attentats aux mœurs commis contre la personne enlevée, on tombe dans les crimes spéciaux que ces actes peuvent constituer (art. 331 et 332) : l'esprit de notre Code ayant été, non pas de comprendre et de réunir ces divers délits dans celui de l'enlèvement, qui en est distinct, mais de les discerner chacun à part, comme le veut la nature même des choses, suivant les faits qui ont eu lieu. — Des raisons analogues et d'autres particulières encore amèneront la même solution pour le *rapt par séduction*, ou, en termes plus exacts, pour l'enlèvement ou détournement dont il s'agit dans l'article 356 du Code pénal.

On voit, en somme, que nous nous en tenons, pour la sclution de ces cas douteux, à l'application des principes généraux par nous exposés (ci-dess., n° 752).

757. Plusieurs autres difficultés se présentent à propos des délits de faux, dans les diverses variétés que peuvent affecter ces délits, et elles se résoudront par les mêmes principes. Qu'il s'agisse de faux en matière de monnaies, sceaux de l'État, effets publics, billets de banque, poinçons, timbres, marques, écritures authentiques ou privées, passe-port, feuilles de route, certificats (art. 132 et suiv.), ou abus de blanc seing (art. 407), peu importe : les difficultés proviendront de ce qu'on ne distinguera pas suffisamment la fabrication de l'usage. La fabrication est un délit instantané ; l'usage peut être instantané, comme dans le fait de donner en payement une pièce de monnaie qu'on sait être

fausse (*émission* de monnaies fausses, art. 133); ou continu, comme dans le fait de la part d'un changeur d'exposer en échange des monnaies qu'il sait être fausses (*exposition* de monnaies fausses, même art. 133), ou dans celui d'exposer en vente des marchandises qu'on sait être marquées de faux poinçons ou de fausses marques au nom du gouvernement (art. 140 à 142). Si donc la loi pénale a érigé en délit cet usage, il constituera dans le premier cas un délit instantané, et dans le second un délit continu. De telle sorte que tout se réduit à apprécier en fait, dans chaque cause, de quelle sorte d'usage il s'agit : est-ce d'un usage instantané ou d'un usage continu?

758. La continuité des délits, indépendamment de celle que nous venons d'examiner, peut se produire d'une autre manière, qu'il est nécessaire de signaler à part. La continuité qui précède est une continuité pour ainsi dire physique, matérielle, celle d'une seule et même action non-interrompue, identique avec elle-même et durant un temps plus ou moins long. Or il peut se faire qu'il y ait une continuité morale, unissant en un seul et même délit divers actes séparés, dont un seul aurait suffi pour constituer pénalement le délit, mais qui ont été répétés plusieurs fois, pendant un temps plus ou moins long, afin d'atteindre un même but. Tel serait, par exemple, le cas de celui qui, voulant dévaliser une maison ou un appartement, voulant voler le blé ou le vin qui se trouve dans une cave, soustrairait et emporterait ces objets en divers voyages successifs; tel encore le cas de celui qui, dans une même scène de violence, porte des coups répétés, ou fait coup sur coup plusieurs blessures à la personne qu'il a assaillie; ou celui du faux monnayeur qui, ayant fabriqué un faux moule ou un faux coin, coule ou frappe en une même série d'opérations plusieurs pièces de fausse monnaie; ou encore les crimes prévus par notre Code pénal, de pratiquer des machinations ou manœuvres, d'entretenir des intelligences ou des correspondances coupables contre la France avec des puissances étrangères ou ennemies. (C. pén., art. 76, 77, 207 et 208.)

Bien qu'il y ait, en des cas pareils, divers actes, chacun instantané et chacun suffisant pour constituer le délit, ces actes ne forment pas cependant autant de délits distincts et réitérés; l'unité de conception, de résolution et de but les relie en un seul et même délit, qu'on peut qualifier de délit continu ou successif.

759. C'est dans cette sorte de continuité que pourront venir se ranger, suivant la manière dont les faits auront eu lieu, le recel et le complot, ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus (n^os^ 754, 755); et même l'usage d'un faux poinçon, d'un faux timbre ou d'un acte faux, par exemple d'un faux passe-port, d'une fausse feuille de route. Il pourra arriver en effet que cet usage, sans être continu physiquement et par sa propre nature, comme le serait

l'exposition (ci-dess., n° 757), reçoive des faits le caractère de continuité morale.

760. Cette sorte de continuité accidentelle forme la transition qui conduit du délit simple au même délit plusieurs fois réitéré. C'est au juge à apprécier, d'après les circonstances, si, plusieurs faits ayant été commis, il y a entre eux un tel caractère d'unité morale qu'il ne faille y voir qu'un seul délit continu ; ou bien si chacun de ces faits constitue le même délit autant de fois répété. Dans le premier cas, il n'y a, sauf l'aggravation de culpabilité, qu'une seule prescription à partir du dernier acte ; tandis que dans le second cas il y aurait plusieurs pénalités encourues, sauf à combiner ces pénalités suivant le système prescrit par la loi, plusieurs droits de poursuite et plusieurs prescriptions ayant chacune leur point de départ et leur cours distincts.

761. La considération des faits dont un délit peut se composer nous amènera, étant poussée plus loin, à une autre division des délits, voisine de celle qui précède, quoiqu'elle en soit différente. Tandis que dans la plupart des cas, même dans ceux dont il vient d'être question, un seul fait ayant les caractères marqués par la loi pénale suffit pour qu'il y ait délit, de telle sorte que la pluralité de ces faits n'est qu'une modalité accidentelle, qui peut se présenter ou ne pas se présenter ; dans d'autres cas, au contraire, cette pluralité forme une condition *sine qua non* du délit. Il arrive, en effet, quelquefois, par exception, que le législateur n'a pas voulu frapper pénalement un fait isolé, mais qu'il a attendu, pour y voir un délit, la réunion d'un certain nombre de faits du même genre, dénotant chez l'agent une habitude vicieuse, et faisant naître dès lors un intérêt de répression pour la société. Tels sont, chez nous, les délits « de se livrer *habituellement* à l'usure (1) ; ou d'attenter aux mœurs « en excitant, favorisant ou facilitant *habituellement* la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans » (C. pén., art. 334). Dans cette catégorie se rangent aussi, avec quelques légères nuances de distinction, le délit de ceux « qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent *habituellement* logement, lieu de retraite ou de réunion » (C. pén., art. 61) ; et le délit des « mendiants *d'habitude*, valides, » dans les

(1) Lois du 3 septembre 1807, art. 4, et du 19 décembre 1850, art. 2. — La nécessité de l'habitude d'usure pour constituer le délit a été maintenue, malgré la proposition contraire, lors des délibérations de cette dernière loi dans l'Assemblée législative. Mais cette habitude n'est plus exigée pour constituer le délit en récidive, lequel résultera d'un seul fait d'usure, si ce nouveau fait est survenu dans les cinq ans de la première condamnation (art. 3). On sait que, sous l'influence des principes de l'économie politique, le maintien ou l'abrogation de cette législation est aujourd'hui en question.

lieux où il n'existe pas de dépôt de mendicité (C. pén., art. 275). Telle encore l'habitude d'ivresse dans quelques-unes des législations qui l'ont pénalement réprimée (1) (ci-dess., n° 348, note 2). Ces sortes de délits se nomment *délits collectifs*, ou délits *d'habitude*; tandis que ceux à l'égard desquels un seul fait isolé est suffisant pour former le délit se nommeront, par opposition, délits *simples* (2).

762. Quel sera le nombre de faits nécessaires pour constituer le délit collectif? Si le législateur l'avait marqué lui-même, appliquant la peine après le deuxième fait, par exemple, ou après le troisième, ou après tout autre nombre, il n'y aurait qu'à suivre ses prescriptions. Mais si le législateur n'a rien ordonné sur ce point, se bornant à punir l'*habitude* ou les faits commis *habituellement*, c'est à la jurisprudence à apprécier, dans chaque affaire, si l'habitude existe, si l'on est autorisé à dire de l'inculpé qu'il a commis habituellement les faits poursuivis. Cette appréciation ne saurait être la même pour tous les faits; elle doit ressortir des éléments de chaque cause. Il pourra se faire que deux faits suffisent, rapprochés de l'ensemble des documents fournis par le procès, du caractère et des précédents démontrés à la charge de l'inculpé, pour donner au juge la conviction qu'il y a chez cet inculpé habitude; tandis que, d'autres fois, un plus grand nombre de faits sera nécessaire pour opérer cette conviction.

Notre jurisprudence pratique a même conclu, de la manière dont est rédigé l'article 275 de notre Code pénal, qu'à l'égard des *mendiants d'habitude valides*, la poursuite peut être assise même sur un seul fait de mendicité constaté, et que, pourvu que l'habitude ressorte aux yeux du juge des divers autres éléments du procès, cela suffit pour la condamnation. Quelque chose d'analogue doit être appliqué au délit de l'article 61 du Code pénal, le fait de fournir logement ou lieu de retraite pouvant avoir par lui-même une sorte de continuité suffisante pour constituer l'habitude dont il est ici question; tandis qu'à l'égard des délits d'habitude d'usure ou d'habitude d'excitation à la débauche, cette même jurisprudence pratique exige au moins deux faits constatés pour qu'il puisse y avoir base légale à la poursuite et à la condamnation.

Ainsi cette appréciation, en fait, de l'habitude, varie non-seulement dans chaque cause, mais encore dans chaque espèce de délit.

763. Est-il nécessaire qu'il y ait eu pluralité de victimes, ou bien sera-t-il permis aussi de voir le délit d'habitude dans des

---

(1) Notre loi du 23 janvier 1873 s'attache bien à un simple fait d'ivresse manifeste (art. 1er); mais la sévérité des peines sur la récidive (art. 2 et 3) équivaut jusqu'à un certain point à la répression de l'habitude du délit.

(2) Le projet portugais (art. 39, § 3) définit l'infraction *habituelle* ou *collective*, celle dont l'existence dépend essentiellement de la répétition ou réitération d'un certain nombre de faits du même genre, qui dénotent dans l'agent une tendance permanente ou habituelle.

faits qui se seront reproduits à diverses fois, mais toujours contre la même personne?

Remarquez d'abord que tous les délits collectifs ne sont pas susceptibles de cette question : ainsi le délit d'habitude d'ivresse, dans les législations qui le répriment, le délit de fournir habituellement logement ou lieu de retraite à des malfaiteurs, dans les termes de l'article 61 de notre Code pénal, même le délit d'habitude de mendicité, dans les termes de l'article 275, n'y peuvent donner occasion. Peu importe sans doute que ce soit aux mêmes malfaiteurs ou à des malfaiteurs différents qu'il ait été fourni habituellement logement ou lieu de retraite, que ce soit à la même personne ou à des personnes différentes que le mendiant d'habitude valide ait demandé l'aumône; mais ce n'est pas là ce qu'on entend par victime du délit.

A l'égard des délits dans lesquels la question peut se présenter, tels que l'habitude d'usure, l'habitude d'exciter, de favoriser ou de faciliter la débauche ou la corruption de la jeunesse au-dessous de vingt et un ans, remarquez encore que la question d'habitude est une question qui concerne la personne de l'agent : on la déplace lorsqu'on en veut poser les éléments dans la personne lésée. C'est chez l'agent qu'existe l'habitude, c'est en lui qu'elle dénote un vice persistant, une immoralité usuelle, d'où résulte un plus grand danger pour la société; or ces caractères se rencontrent, que l'agent ait multiplié ou non le nombre de ses victimes, du moment qu'il a multiplié le nombre des faits coupables. Nous posons donc en principe rationnel et général que la diversité des victimes n'est pas une condition nécessaire pour l'existence du délit collectif; il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que le législateur eût textuellement exigé cette nouvelle condition, ou que la nature particulière du délit la commandât par exception. Rien de pareil ne se rencontre dans notre droit positif au sujet des deux sortes de délits d'habitude que nous venons de citer; nous y appliquerons donc sans hésiter la règle générale.

Seulement, il est important de ne pas confondre avec la pluralité des faits, condition essentielle pour l'existence du délit collectif, une particularité qui est de nature à se présenter quelquefois lorsqu'il n'y a qu'une seule victime, celle d'un fait unique et continu quoique divisé en plusieurs actes. Ainsi, par exemple, un homme en prêtant une somme d'argent se fait promettre des intérêts usuraires : voilà un fait d'usure instantané; nous ne considérons pas ce fait comme se prolongeant lui-même et d'une manière continue tant que dure l'obligation. Mais, à chaque échéance, le créancier touche les intérêts usuraires par lui stipulés : voilà de nouveaux actes qui viennent se joindre au premier, et dont chacun serait suffisant à lui seul pour constituer un fait d'usure. Néanmoins, comme ils se rattachent tous au contrat primitif dont ils ne sont que l'exécution, comme ils sont tous liés par l'unité de

conception et de but, nous ne verrons dans la réunion qu'ils forment qu'un fait d'usure unique et continu (non pas continuité physique, mais continuité morale, ci-dess., n° 758), et dès lors nous dirons que les éléments multiples d'un délit collectif n'existent pas. Supposez, au contraire, que, l'échéance du capital étant survenue, le créancier renouvelle le prêt avec son débiteur aux mêmes conditions, ou bien qu'il fasse, toujours au même débiteur, un second prêt à des conditions usuraires aussi : voilà de nouveaux actes d'usure distincts du premier, la pluralité des faits existe, le délit d'habitude peut s'y rencontrer.

764. Les délits collectifs ont cela de singulier qu'étant composés d'un certain nombre de faits dont la réunion seule forme le délit, il est impossible de dire d'aucun de ces faits considérés isolément qu'il soit un délit; d'où plusieurs difficultés relatives : — à l'action civile, lorsque ce sont des personnes différentes qui ont été lésées chacune par l'un de ces faits; — à la juridiction compétente, lorsque ces faits se sont passés chacun en des ressorts différents (voy. n° 955); — à l'autorité de la chose jugée; — enfin, à la prescription, lorsqu'il s'agit de savoir si chacun de ces faits est ou n'est pas susceptible d'être couvert isolément par la prescription. Ce sont des difficultés que nous examinerons plus tard, en traitant des points auxquels elles se réfèrent.

§ 7. Délits flagrants ou non flagrants.

1° *Suivant la science rationnelle.*

765. Un délit est *flagrant* (encore en feu, encore en flamme) au moment où il se commet, où le coupable l'exécute : si l'on survient, le coupable est pris sur le fait, en flagrant délit, *en présent méfaict,* comme disait notre ancien langage (1). Cette idée du feu, de la flamme, se trouve comme racine de plus d'une locution, et nous usons de la même image quand nous disons : « Dans le feu, dans la chaleur de l'action. »

---

(1) I. Bouteiller, *Somme rural,* liv. 1, tit. 34. — J. Imbert, *La Practique judiciaire,* liv. 3, ch. 2, § 4. — « Ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc *flagranti crimine,* comprehensi. » (Cod. 9, 13, *De raptu virginum,* const. unic. Justinian. pr.) — « In objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea quæ commiserit negare sufficiat. » (Cod. 9, 47, *De pœnis,* 16, const. Constant.) — « In ipso latrocinio vel congressu violentiæ aut perpetrato homicidio, stupro vel raptu vel adulterio deprehensus. » (Cod. Théod., 9, 2, *De exhibendis vel transmittendis reis,* 5, const. Honor. et Théod.) — « Qui in ipso furto deprehenditur. » (Instit. 3, 1, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur,* § 3.) — « Dum fit deprehenditur. » (Gaius, 3, § 184.) — « Qui in faciendo deprehensus est. » (Paul, *Sent.,* 2, 31, § 2.) — « In adulterio deprehensus, deprehensa. » (Dig. 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis,* 24, pr. Fr. Macer; 38, § 8, Fr. Papinian. — 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis,* 1, § 5, Fr. Marcian. — (Cod. 9, 9, *Ad legem Juliam de adulteriis,* 4, const. Alexand.) — « In ipsa turpitudine de adulterio deprehensa. » (Dig. 48, 5, *Ad leg. Jul. de adult.,* 23. Fr. Ulp.)

766. Observez, en cas de flagrant délit, les faits qui se produisent, vous y trouverez : droit de défense, droit de secours; indignation, irritation passionnée contre le coupable; certitude de sa culpabilité; scandale plus grand et émotion populaire parmi ceux qui en sont témoins. — Aussi, n'est-il pas rare de voir, surtout dans les législations à leur enfance, lorsque ces législations se modèlent encore sur les instincts matériels et vindicatifs, non-seulement pour chacun le droit de s'emparer de la personne du coupable surpris en flagrant délit, mais encore, dans certains cas, celui de le tuer pour peu qu'il fasse résistance (1), celui de le juger et de l'exécuter sur place sans forme de procès (2); ou bien des peines plus fortes contre les délits flagrants que contre les délits non flagrants (3); sans compter les modifications de procédure ou de compétence.

767. Que décider en science rationnelle?

Aux yeux de cette science, le droit de légitime défense de soi-même ou d'autrui, qui se rencontre fréquemment en cas de flagrant délit pour empêcher ce délit de s'achever ou de s'aggraver, n'est pas différent ici de ce qu'il est partout ailleurs, et il doit être restreint sous tous les rapports dans les limites marquées à cette défense (ci-dess., nos 417 et suiv.).

Le droit de s'emparer du coupable, de le maintenir ou de le conduire à l'autorité, fera souvent partie de cette légitime défense ou de ce légitime secours; car ce sera souvent le moyen efficace

---

(1) La loi des XII Tables permettait, comme chacun le sait, de tuer le voleur pris en flagrant délit durant la nuit, et aussi celui pris en flagrant délit durant le jour s'il se défendait avec une arme quelconque. (Dig. 9, 2. *Ad legem Aquiliam*, 4, § 1, Fr. Gai. — 17, 2, *De furtis*, 54, § 2, Fr. Gai.) On trouve des dispositions analogues, soit quant au voleur de nuit, soit quant au voleur de jour, dans les lois barbares, notamment dans celles des Visigoths, des Bavarois, des Lombards, des Thuringiens et des Anglo-Saxons.

En cas de rapt de fille ou de veuve, le droit romain permet aux parents de la personne enlevée de tuer le ravisseur s'il est surpris *in ipsa rapina et adhuc flagranti crimine*. (Cod. 9, 13, *De raptu virginum seu viduarum*, const. unic. Justinian. pr.)

(2) Voir Ayrault lui-même, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, liv. 1, § 11.

(3) On sait la différence mise par la loi des XII Tables entre la peine du vol manifeste et celle du vol non manifeste (voir notre *Histoire de la législation romaine*, VIIIe Table, § 4) : différence adoucie par le préteur, qui la réduisit à une condamnation au quadruple pour vol manifeste et au double pour vol non manifeste. (Voir ci-dessous, no 773.) — On rencontre aussi dans la loi des Lombards des dispositions pénales plus sévères contre le voleur pris en flagrant délit. (Lois de Rotharis, 258 et 259, 262 et 263; — lois de Luitprant, 6, 94 et 101.) — La différence du droit romain, le taux du quadruple et du double, se retrouve en Espagne dans *Las siete Partidas* d'Alphonse le Sage, et en Allemagne dans la *Caroline* ou Constitution criminelle de Charles-Quint (voir ci-dessous, no 774.) — Enfin, si l'on cherchait en des civilisations différentes et plus anciennes, toujours cette aggravation de peines contre le coupable pris en flagrant délit apparaîtrait par quelque point : on la retrouvera jusque dans les lois antiques de l'Inde.

et le moins dur de mettre obstacle au mal que le coupable avait commencé à commettre (ci-dess., n° 424).

Que si les limites de cette défense sont dépassées, si, par indignation, esprit d'irritation ou de vengeance, on se laisse emporter à quelque excès contre le coupable surpris en flagrant délit, de pareils actes seront illégitimes et pourront même, suivant leur caractère, constituer des délits pénalement punissables, le fait de flagrant délit intervenant seulement comme cause d'atténuation de la culpabilité, suivant les règles que nous avons exposées en traitant de la provocation (ci-dess., nos 446 et suiv.).

Quant à juger et exécuter sur place sans forme de procès, ce n'est pas de la justice, c'est de la vengeance : la justice doit se mettre en garde contre le premier ressentiment, et laisser à l'âme le temps de se calmer.

De punir l'homme surpris en flagrant délit plus que celui qui est parvenu quelque temps à se soustraire à la justice, on n'en saurait donner de bonnes raisons : vous avez, direz-vous, pleine certitude de sa culpabilité? Mais jamais est-il permis de condamner quelqu'un sans la pleine certitude qu'il est coupable? Au fond, je vois encore l'esprit d'irritation et de vengeance qui se cache dans cette aggravation de peine.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que, l'influence du flagrant délit étant une influence de certitude dans les preuves, d'urgence dans le secours à porter, d'urgence à recueillir tous les éléments du procès qu'on a sous la main et à assurer l'action de la justice contre le délinquant, c'est surtout sur les règles de procédure, sur les attributions d'autorité, quelquefois même sur la compétence des juridictions, que cette influence devra s'exercer. Joignez-y ce qui concerne la légitime défense et l'atténuation de culpabilité pour cause de provocation, vous aurez le cercle de tous les effets qui peuvent rationnellement y être attachés.

768. Si, au lieu de se commettre actuellement, le délit vient de se commettre, on ne peut plus dire avec exactitude qu'il soit flagrant : la flamme, pour suivre jusqu'au bout la même figure, est éteinte; ce qui reste, ce sont des vestiges chauds encore, ou des cendres encore fumantes. Le méfait n'est point *présent*, il est *passé*. Tout ce qui concerne la légitime défense, le secours légitime à porter n'a plus d'application : il est trop tard. Ce qui regarde la certitude est seulement pour l'existence du délit, mais non pour le coupable :

« Monsieur, tâtez plutôt;
» Le soufflet sur ma joue est encore tout chaud. »

Oui, mais qui te l'a donné? Encore restera-t-il souvent le doute de savoir si dans le spectacle matériel qu'on a sous les yeux il faut voir les suites d'un délit ou celles d'un accident. — Mais l'urgence qu'il y a à recueillir, avant qu'ils aient disparu, tous

les indices de preuve, tous les éléments du procès qu'on a sous la main; l'espoir de découvrir et d'arrêter encore le coupable à ce premier moment qui suit le délit, la nécessité d'assurer l'action de la justice et de la montrer à l'œuvre au milieu de l'émotion populaire qu'a pu susciter le spectacle du délit récemment accompli, existent ici comme dans le cas précédent, et réclament encore des modifications de procédure ou d'attributions. Ainsi, sans être un délit flagrant et sans en produire tous les effets, le délit qui vient de se commettre peut y être assimilé sous certains rapports et en certaines conséquences.

769. Nous en dirons autant, à plus forte raison, du cas où le délinquant est saisi sur le lieu même du délit au moment où il vient de l'accomplir, porteur encore des armes ou des objets, offrant sur lui des traces ou surpris dans une attitude qui rendent évidente sa culpabilité; — ou bien du cas où, parvenu à s'enfuir, il est poursuivi par la clameur publique, c'est-à-dire par la clameur jetée publiquement après lui ; « Arrêtez! arrêtez! au voleur! à l'assassin! arrêtez-le! » C'est l'ancienne *quiritatio* des Romains : « *Adeste, quirites! adeste, commilitones!* (1) » ; le cri de *haro* de nos pères ; « *et tos cix* (tous ceux) *qui s'enfuient..... quand cris est après eux* (2). » Il ne faut pas croire qu'il soit nécessaire que le public crie : c'est au public que le cri est jeté, que l'appel est fait, n'y eût-il que le blessé, que le volé ou le premier survenu qui poussât le cri en poursuivant le malfaiteur. — Ces deux hypothèses, outre qu'elles contiennent la précédente, puisque le délit vient de se commettre, offrent en plus, sinon la certitude, du moins la connaissance probable du coupable : elles ne sont point cependant un cas de délit flagrant et ne peuvent en avoir tous les effets. Ainsi, le délit étant accompli et le mal produit, il n'est plus question de légitime défense; mais elles doivent y être assimilées sous de certains rapports et quant à de certaines conséquences : ainsi l'excuse pour cause de provocation se placera particulièrement ici, et les modifications de procédure ou d'attributions y seront également nécessaires. Malgré cette assimilation partielle, la distinction est marquée par le langage même, et presque toujours, dans leur manière de s'exprimer, les jurisconsultes ou les textes de loi poseront en alternative les deux cas différents, des criminels « *pris en flagrant délit, ou à la clameur publique* (3). »

770. Si ce n'est que hors des lieux où le délit a été commis et quelque temps après ce délit qu'un homme est arrêté porteur d'armes, instruments ou objets de nature à faire soupçonner qu'il soit le coupable, la certitude, complète en cas de véritable fla-

(1) TIT. LIV., II, 55, et XXXIII, 28. — TERTULL., lib. I, *Adv. Valentin.*
(2) BEAUMANOIR, cap. LXVII, n° 22.
(3) *Ordonnance criminelle* de 1670, tit. 2, art. 4, et tit. 10, art. 9. — Voir notre Code pénal, art. 121, et notre Code d'instruction criminelle, art. 16 et 106.

grant délit, presque complète en cas de saisie au moment et dans le lieu où le délit vient de se commettre, ou bien de clameur publique, n'est plus ici qu'une présomption dont la force probante aura plus ou moins d'intensité, suivant qu'on sera plus ou moins près, par le temps et par le lieu, de l'acte qui s'est accompli. La plupart des effets du flagrant délit, que nous avons analysés (ci-dessus, nos 766 et 767), ne se rencontrent plus ici. Tout ce qui a trait à la légitime défense, à l'excuse pour cause de provocation, est étranger à la situation. Tout au plus restera-t-il une certaine urgence à faire les actes de procédure nécessaires pour ne pas laisser disparaître les indices qui s'offrent à la justice, et pour suivre la trace indiquée par ces indices, lorsque le temps est assez voisin du délit pour faire présumer avec quelque autorité qu'on a mis la main sur le coupable.

771. Ainsi il faut distinguer du cas de véritable flagrant délit ceux qui y sont assimilés comme s'en rapprochant plus ou moins. — Cette assimilation n'est jamais complète; elle a lieu à certains égards et ne saurait avoir lieu à d'autres. — Les conséquences dans le droit pénal n'en sont pas identiques. Les unes ont trait à la pénalité; d'autres à la procédure, aux règles d'attributions ou de compétence. C'est par l'étude raisonnée des divers cas assimilés de plus ou de moins près au flagrant délit qu'on jugera quelles sont, de ces conséquences, celles qu'ils doivent ou qu'ils ne doivent pas produire.

772. Il faut remarquer aussi que le flagrant délit et la plupart des cas assimilés au flagrant délit se réfèrent usuellement au délinquant, lorsqu'il a été saisi dans une situation qui donne la certitude ou des présomptions plus ou moins fortes de sa culpabilité. Mais il y en a aussi qui se réfèrent uniquement au délit qui vient de se commettre, sans que le délinquant ait pu être saisi ou reconnu. Les effets n'en sont pas non plus les mêmes à tous égards.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

773. Le droit romain offrait à notre ancienne jurisprudence plusieurs dispositions relatives au flagrant délit véritable (ci-dess., n° 765, note 1, et n° 766, notes 1 et 3), et d'autres relatives à certains cas assimilés au flagrant délit. De ces dernières, la plus remarquable est celle qui concerne le vol manifeste frappé de peines capitales par la loi des Douze Tables, et finalement de la peine du quadruple par le préteur, tandis que le vol non manifeste était puni seulement de la peine du double (1). — Nous

(1) « Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat; nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat..... (Ici Gaius parlait de l'esclave, lequel devait être frappé aussi de verges, puis précipité de la roche Tarpéienne; mais cette partie du manuscrit a été illisible)..... Postea improbata est asperitas pœnæ, et tam ex servi persona quam ex liberi, quadrupli actio Prætoris edicto

voyons, par les *Instituts* de Gaius et par les *Sentences* de Paul, que quatre opinions, donnant plus ou moins d'extension au vol manifeste, avaient été émises. Selon les uns, pour qu'il y eût vol manifeste il fallait que le voleur eût été pris sur le fait même ; selon d'autres, il suffisait qu'il eût été pris encore sur le lieu du vol ; suivant une troisième opinion, dans un lieu quelconque, mais nanti encore de la chose, avant d'être arrivé au lieu où il voulait la transporter ; enfin, suivant une quatrième, en quelque temps et en quelque lieu que ce fût, s'il avait été pris tenant la chose volée (1). La troisième opinion, la plus suivie d'ailleurs, fut celle que consacra le droit de Justinien (2).

774. Nous la retrouvons dans *Las siete Partidas* d'Alphonse le Sage (en 1250), avec la même différence de pénalité quant aux peines pécuniaires du vol manifeste ou non manifeste (3). — Nous la retrouvons, toujours avec cette différence de pénalité, dans *la Caroline*, ou constitution criminelle de Charles-Quint, en 1532 (4) ; et par conséquent dans le droit commun de l'Allemagne, jusqu'à la publication des codes particuliers. — Les anciens criminalistes de l'Europe en avaient tiré, en général, la définition qu'ils donnaient du flagrant délit.

775. Cette influence se fait sentir encore, en ce qui concerne cette définition, chez nos anciens criminalistes français, qui néanmoins paraissent plus portés à restreindre le cercle du flagrant délit ; mais la différence de peine entre le vol manifeste et le vol non manifeste n'était pas admise par notre jurisprudence (5).

776. L'ordonnance criminelle de Louis XIV, de 1670, quoique contenant plusieurs dispositions relatives aux accusés pris en *flagrant délit* ou *à la clameur publique* (6), n'avait point donné de définition du flagrant délit. — Le Code de brumaire an IV, après avoir décrété que, « en cas de flagrant délit, tout dépositaire

---

constituta est. » (GAIUS, 3, § 189.) — « Servos item furti manifesti prensos, verberibus affici et e saxo præcipitari. » (AULU-GELLE, *Noct. Attic.*, XI, 18, et VII, 15.)

(1) GAIUS, 3, § 184 ; PAUL, *Sentent.*, 2, 31, § 2. — Voir notre *Explication historique des Instituts*, liv. 4, tit. 1, § 3.

(2) « Manifestus fur est quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant ; nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo loco deprehenditur quo furtum fit : veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit ; vel qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehensus sit Imo ulterius furtum manifestum est extendendum quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato, vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. » (INSTITUT. JUSTINIAN., liv. 4, tit. 1, § 3.)

(3) *Las siete Partidas*, Partid. VII, tit. 14, ley 2 et 18.

(4) Voir la Caroline, art. 158.

(5) JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, tom. 4, p. 167.

(6) *Ordonnance de* 1760, tit. 2, art. 4 ; tit. 6, art. 4 ; tit. 10, art. 9 ; et tit. 14, art. 14.

de la force publique, et même tout citoyen, est tenu de saisir le prévenu et de l'amener devant le juge de paix (art. 62), » ajoutait immédiatement : « *A cet égard,* la loi assimile au cas de flagrant délit celui où le délinquant, surpris au milieu de son crime, est poursuivi par la clameur publique, et celui où un homme est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers servant à faire présumer qu'il est l'auteur d'un délit » (art. 63) ; assimilation bien étendue dans ses derniers termes, mais que le Code de brumaire n'établissait qu'*à l'égard* de la nécessité de saisir cette personne et de la conduire devant le juge de paix. — Enfin, le Code d'instruction criminelle a donné la définition que voici : Art. 41. « Le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se » commettre, est un flagrant délit. — Seront aussi réputés flagrant » délit, le cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique » et celui où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instru- » ments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, » pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. »

777. Nous nous référons, pour l'appréciation de cette définition, à ce que nous avons déjà dit, dans notre exposé rationnel, des diverses circonstances qui y sont énumérées (ci-dess., nos 765 et suiv.). — On voit que notre Code distingue du flagrant délit véritable (qualification sous laquelle il range à tort le délit qui vient de se commettre) les cas *réputés flagrant délit :* de même que, dans l'ancienne jurisprudence napolitaine et dans les lois de 1808 du royaume de Naples, on distinguait la *flagranza* et la *quasi-flagranza* (1). — On voit aussi qu'à l'égard des objets dont le prévenu serait trouvé saisi, notre Code étend les dispositions du droit de Justinien communément reçues dans l'ancienne jurisprudence européenne, mais qu'il restreint celle du Code de brumaire an IV, par cette addition : « pourvu que ce soit dans un temps » voisin du délit. » Il résulte formellement des discussions du projet au conseil d'État que ce temps voisin du délit ne peut pas être limité à vingt-quatre heures ni à tout autre nombre : il est laissé à l'appréciation du magistrat de juger, par les circonstances, par la nature du délit commis récemment, et auquel se rattachent les objets dont le prévenu est trouvé nanti, si tout cet ensemble présente cette forte présomption et ce caractère d'urgence qui sont nécessaires en tous les cas pour constituer la quasi-flagrance. Le Code de Naples de 1819, dans la loi de procédure pénale (art. 50), a exigé la double condition du voisinage du temps et du lieu (*in tempo e luogo vicino al reato*) ; celle du lieu n'est pas nécessaire chez nous.

778. Une remarque très-importante pour notre jurisprudence pratique, c'est que la définition que donne notre Code d'instruction criminelle du flagrant délit ou des cas assimilés au flagrant

(1) Niccola Nicolini, *Della procedura penale*, parte 2, n° 485.

délit est donnée particulièrement eu égard aux objets dont il est traité en cette partie du Code, c'est-à-dire eu égard aux attributions qui sont faites au procureur de la République ou à ses auxiliaires d'une part, au juge d'instruction de l'autre, ainsi qu'aux règles de procédure à suivre en cas pareil. C'est pour cela même que le législateur a été conduit à étendre à cet égard, sans inconvénient, le cercle du flagrant délit plus qu'on ne le faisait communément dans notre ancienne jurisprudence, et jusqu'à des limites un peu vagues. Tant qu'il ne sera question que de ce point, la définition du Code d'instruction criminelle fera pleine autorité ; mais nous nions qu'il puisse en être de même dans tous les autres textes, soit du Code pénal, soit des lois spéciales, soit même du Code d'instruction criminelle, où, à propos de tous les autres effets, il est encore question de flagrant délit. Souvent la nature de ces effets et les règles de droit pénal qui doivent les régir s'y refuseront. Tout en attribuant un certain crédit général à la définition de l'article 41, il ne faut donc pas faire sortir cette définition, avec une force impérative, du cadre dans lequel elle se trouve placée ; il ne faut pas oublier que les divers cas, plus ou moins rapprochés, du délit flagrant, ne sauraient tous emporter les mêmes résultats (ci-dess., nos 770 et 771), et ce sera précisément d'après le résultat qu'il s'agira d'y attacher et d'après les règles de droit pénal spécialement applicables à ce résultat qu'il faudra juger de la valeur plus ou moins étendue à donner au mot *flagrant délit* dans les textes où ce mot pourra se rencontrer.

779. Nous trouvons l'influence du délit flagrant ou quasi flagrant en certains points qui concernent la pénalité :

Non pas en ce que le délit flagrant serait puni plus que le délit non flagrant : une telle différence n'est plus admise chez nous. — Cependant les articles 97, 100 et 213 du Code pénal semblent nous offrir quelque chose d'analogue à l'égard de ceux qui, dans le cas de bande ou d'attroupement en réunion séditieuse ou en rébellion, seraient saisis sur les lieux de la rébellion, c'est-à-dire en flagrant délit véritable, même sans opposer de résistance et sans armes, et ceux qui ne seraient saisis que hors des lieux. Les premiers encourront la peine du crime ou du délit, souvent fort grave, quelquefois même capitale (C. pén., art. 97) ; tandis qu'il ne sera prononcé aucune peine contre les autres. Mais ici, le but particulier de la loi a été de donner à ceux qui font partie de la bande un grand intérêt à s'en séparer au plus tôt. — L'article 274 du Code pénal ne punit également le fait isolé de mendicité que lorsque le contrevenant a été *trouvé mendiant*, c'est-à-dire pris en flagrante contravention ; et les articles 277 et 278 exigent aussi, pour l'application des peines qu'ils prononcent, que le mendiant ou vagabond ait été *saisi travesti*, ou porteur des armes, des instruments ou des effets dont ces articles punissent en lui lapossession. Le Code ne frappe encore ici que le flagrant

délit véritable, ou, pour mieux dire, il n'admet pas d'autres preuves que celle résultant de ce flagrant délit (comp., art. 338, C. pén.).

Ce qui a trait à la légitime défense de soi-même ou d'autrui (C. pén., art. 328) suppose, suivant notre jurisprudence pratique comme suivant la science rationnelle, un péril imminent à repousser, et dès lors cesse d'être applicable dans les cas assimilés au flagrant délit, lesquels sont tous, en réalité, postérieurs au délit. — Mais l'article de notre Code pénal qui punit de peine de simple police ceux qui refuseraient ou négligeraient de prêter le secours dont ils auraient été requis comprend textuellement le *flagrant délit* et la *clameur publique*, suivant l'appréciation qu'en fera l'autorité chargée de requérir ce secours (C. pén., art. 475, n° 12).

L'excuse résultant de la provocation par violences graves envers les personnes (C. pén., art. 321), et particulièrement du *flagrant délit* d'adultère (C. pén., art. 324), ou d'un outrage violent à la pudeur (art. 325), exige, pour être admissible, une provocation immédiate (ce sont les expressions mêmes des articles 324 et 325, *à l'instant, immédiatement*) ; par conséquent, le délit est ici non-seulement celui qui se commet mais aussi celui qui vient de se commettre, lorsque la certitude et le spectacle de la culpabilité ont été tels qu'ils ont pu susciter l'emportement que le Code a voulu excuser. Mais les cas postérieurs, assimilés au flagrant délit par l'article 41 du Code d'instruction criminelle, demeurent étrangers à cette sorte d'excuse.

780. Nous trouvons l'influence du délit flagrant ou quasi flagrant en ce qui touche aux règles de compétence, d'attributions ou de procédure :

Pour le règlement des attributions du procureur de la République, de ses auxiliaires et du juge d'instruction (C. i. c., art. 32 et suiv., 49 et suiv., 56 et suiv.). C'est spécialement eu égard à ce règlement d'attributions qu'est faite la définition de l'article 41 du même Code ;

Pour l'arrestation de fait, ou l'arrestation par voie de mandat, des prévenus (C. i. cr., art. 16, 40 et 106). — Le privilége des députés, quant à ces arrestations, cesse en cas de flagrant délit ou de clameur publique (1) ; nous ne pensons pas que le mot de délit flagrant puisse être interprété ici avec toute la latitude que comporte la définition de l'article 41 du Code d'instruction criminelle ;

Pour divers actes de la procédure d'instruction, tels que le transport sur les lieux (C. i. cr., art. 32 et suiv.), les visites do-

(1) La Charte de 1830, art. 44, la Constitution de 1848, art. 37, et le décret organique pour l'élection des députés au Corps législatif, du 2-21 février 1852, art. 11, se bornent à dire : « *sauf le cas de flagrant délit.* » Le Code pénal, art. 121, porte : « *hors les cas de flagrant délit ou de clameur publique.* »

miciliaires (*ib.*, art. 36), et la saisie des objets propres à servir d'éléments de preuve (*ib.*, art. 35 et 37);

Quelquefois, pour le genre de preuves admissibles, comme lorsqu'aux termes de l'article 338 du Code pénal, les seules preuves qui puissent être admises contre le prévenu de complicité avec la femme adultère sont : « *outre le flagrant délit,* celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. » Il est évident que le flagrant délit n'est ici que celui qui se commet actuellement, ou tout au plus celui qui vient à l'instant même de se commettre, de manière à ne laisser, *de visu,* aucun doute sur la culpabilité ;

Enfin pour la compétence des juridictions, dans le cas de flagrant délit commis à l'audience ou en tout autre lieu où se fait publiquement une instruction judiciaire; lesquels délits sont déférés, par exception, soit pour le jugement, soit au moins pour la police et l'instruction, suivant les cas, au juge, au tribunal ou à la cour devant lesquels ils ont eu lieu (C. i. cr., art. 504 et suiv.). Il est évident encore que les mots de délits flagrants ou crimes flagrants (*ib.*, art. 507) ne désignent ici que le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre à l'instant même. Il en est autrement quand il s'agit d'appliquer la loi du 20 mai 1863 *sur l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels.* Il faut alors s'attacher à la définition de l'article 41.

Tous ces points, étrangers à la pénalité dont nous traitons en ce moment, reviendront plus tard, avec détails, chacun à sa place.

781. L'expression de flagrant délit est générale, et les circonstances qui constituent la flagrance ou la quasi flagrance sont de nature à se rencontrer, en notre jurisprudence pratique, aussi bien dans les délits de police correctionnelle ou même dans les contraventions de simple police que dans les crimes. Ainsi il y a la contravention de simple police flagrante, le délit de police correctionnelle flagrant et le crime flagrant (voir cette dernière expression, C. i. cr., art. 507). Mais les effets que notre législation positive y a attachés ne sont pas les mêmes dans ces trois cas. Quelques-uns de ces effets peuvent être communs aux divers degrés d'infractions. Ainsi les modifications de compétence à l'égard des faits commis à l'audience ont lieu, sauf certaines nuances, tant pour les contraventions de simple police que pour les délits correctionnels ou pour les crimes flagrants; ainsi, quand la loi parle du flagrant délit d'adultère, il s'agit d'un délit de police correctionnelle; ainsi encore la disposition de l'article 16 du Code d'instruction criminelle est applicable tant au crime qu'au délit de police correctionnelle flagrants, pourvu que ce délit emporte peine d'emprisonnement. Mais le plus souvent et à l'égard des conséquences les plus usuelles et les plus importantes, celles relatives au règlement des attributions du procureur de la

République, de ses auxiliaires et du juge d'instruction, ou bien aux règles de la procédure d'instruction, notre Code a exigé, pour l'application de ses dispositions relatives au flagrant délit, qu'il s'agit de délits emportant peine afflictive ou infamante, c'est-à-dire de crimes flagrants ou quasi flagrants (C. i. cr., art. 32, 40, 106). De telle sorte que l'expression de *flagrant délit* doit se traduire alors, dans notre jurisprudence pratique, par *crime flagrant*. C'est en ce sens que l'ordonnance du 29 octobre-29 novembre 1820, sur le service de la gendarmerie, a dit en son article 157 : « Toute infraction qui, par sa nature, est seulement punissable de peines correctionnelles ne peut constituer un flagrant délit... Le flagrant délit doit être un véritable crime, c'est-à-dire une infraction contre laquelle une peine afflictive ou infamante est prononcée. » Ces propositions ne doivent pas être prises au pied de la lettre, d'une manière absolue ; car, ainsi entendues, elles seraient fausses. Elles n'ont été écrites que pour l'instruction des officiers de gendarmerie, relativement aux attributions qui sont déférées à ces officiers par le Code d'instruction criminelle, à titre d'auxiliaires du procureur de la République, dans les cas seulement de crime flagrant (C. i. cr., art. 48 et 49) ; et c'est dans cette disposition spéciale qu'il faut les restreindre (1). Nous verrons d'ailleurs qu'il est impossible en pratique de s'en tenir à l'application littérale des textes du Code d'instruction criminelle.

§ 8. Classification pour l'ordre à suivre dans le dénombrement des divers délits.

782. Les classifications qui précèdent tiennent toutes à quelque qualité, à quelque considération générale, sous chacune desquelles tour à tour vient se partager, en deux ou plusieurs groupes opposés, l'universalité des délits. Ce sont par conséquent des classifications qui appartiennent éminemment à la partie générale du droit pénal. Mais, lorsqu'on arrive à la partie spéciale de ce droit, et qu'il est question de déterminer, de passer en revue chaque délit en particulier, dans quel ordre sera-t-il convenable de ranger les délits pour cette revue ? C'est là une autre sorte de classification, sur laquelle il est nécessaire de prendre un parti.

783. Remarquez bien que celle-ci n'offre rien d'absolu scientifiquement : elle peut varier d'un Code à l'autre, d'un écrivain à l'autre ; il est même difficile, ou pour mieux dire impossible d'en trouver une qui, à côté de ses avantages, n'ait pas ses inconvénients. C'est de cette classification qu'on peut bien dire qu'elle n'est qu'une opération d'ordre.

Le défaut inévitable de toutes ces sortes de classifications, si bien faites qu'elles soient, proviendra toujours de ce que dans une

(1) Le décret du 1er mars 1854 sur le service de la gendarmerie a reproduit cette disposition dans son article 250.

telle ordonnance, dans un tel dénombrement de tous les délits, il serait impossible de prendre constamment pour guide une même idée ou les ramifications d'une même idée. L'ordre sera tiré, ici de la personne du patient du délit, là de la personne de l'agent; plus loin de l'espèce de droit ou d'intérêt lésé; ailleurs du mal qui aura été fait, ou des moyens employés, de la manière dont ce mal aura été fait, ou de l'espèce de vice, du genre d'immoralité dénotés par le délit. Tantôt ce sera cet élément de distinction et tantôt cet autre qu'il y aura avantage à mettre en saillie. Après en avoir choisi un pour son utilité à tel point de vue, on l'abandonnera pour en prendre un autre plus utile sous un autre aspect. — Une autre cause de défectuosité plus inévitable encore en ces classifications, c'est qu'un grand nombre de délits se présentent fréquemment avec des éléments complexes : plusieurs personnes lésées, plusieurs droits violés, plusieurs maux produits, plusieurs moyens employés, plusieurs vices en action, de telle sorte que de tels délits appartiennent par des points divers à plusieurs catégories à la fois, et que, placés ici, ils sembleront faire lacune ailleurs.

784. On pourrait ordonnancer les délits suivant les diverses branches du droit dont ils sont une violation : délits contre le droit public externe ou droit international; délits contre le droit public interne, tant politique qu'administratif; délits contre le droit privé, tant ordinaire que commercial; et dans chacune de ces grandes branches passer de divisions en subdivisions jusqu'à ce qu'on les eût toutes parcourues. Mais, utiles en beaucoup de points, surtout sous le rapport de l'effet sanctionnateur de la pénalité, qui serait mis partout en évidence, cette classification offrirait de grandes défectuosités quant au caractère et à l'ensemble du droit pénal lui-même.

785. On pourrait prendre pour base la considération du patient du délit : délits contre l'État; délits contre les êtres juridiques collectifs, tels que communes, colléges, corporations; délits contre les particuliers. — Puis arrivant aux points par lesquels le patient du délit peut être lésé : à l'égard de l'État ou des autres êtres juridiques collectifs, délits contre leur existence ou leur sûreté, délits contre leurs intérêts moraux, délits contre leurs droits de propriété, de créance ou autres semblables. — De même à l'égard des particuliers : délits attaquant la personne lésée dans son corps, délits attaquant la personne lésée dans son moral, délits attaquant la personne lésée dans ses droits; — et l'on suivrait ensuite la filière des nouvelles décompositions auxquelles chacun de ses termes peut être soumis. On obtiendrait ainsi une autre classification bien plus spécialement appropriée à l'ensemble du droit pénal, dont nous avons déjà donné un aperçu (ci-dess., nos 339 et 544), et qui ne manquerait pas d'avoir son utilité, mais qui présenterait aussi ses désavantages.

786. Mettant donc de côté la prétention d'un ordre qui puisse

être à l'abri de toute critique, bien que nous ayons sous les yeux la plupart de ceux qui ont été adoptés par les divers Codes criminels des autres nations, nous nous contenterons de donner, dans ses grands délinéaments, une idée succincte de celui qu'a suivi notre Code pénal.

787. En dehors de son cadre, notre Code a laissé non-seulement les délits spéciaux tant de l'armée de terre que de la marine, mais encore un grand nombre de délits relatifs à des matières de droit politique, ou de droit administratif, ou de police générale ou locale, lesquels, par des causes diverses, les unes raisonnées, les autres accidentelles, ont fait l'objet de lois particulières. Nous savons qu'on nomme, en un certain sens, délits communs ou ordinaires les délits compris dans le Code pénal, et délits spéciaux ceux qui sont régis par des lois à part (ci-dess., n° 654), nous savons aussi que l'importance de ces derniers dans notre pratique judiciaire est considérable, et que le nombre de ces délits spéciaux commis chaque année égale presque, en ce qui concerne la police correctionnelle, celui des délits ordinaires (ci-dess., n° 656).

788. Quant aux délits compris dans son cadre, notre Code pénal les a divisés d'abord en deux parts suivant leur gravité : il a traité, en les réunissant ensemble dans un même livre, des crimes et des délits ou contraventions de police correctionnelle (liv. 3, *Des crimes, des délits et de leur punition*) ; puis, dans un livre à part, des délits ou contraventions de simple police (liv. 4, *Contraventions de police et peines*) ; première séparation qui peut se justifier, nous l'avons déjà dit, par cette considération que les crimes et les délits ou contraventions de police correctionnelle ont tous, quoique à des degrés divers, ce caractère commun qu'ils sont d'importance générale ; tandis que les délits ou contraventions de police simple n'ont qu'une importance locale (ci-dess., n^{os} 660 à 664, 687 et suiv.).

789. Pour les crimes et les délits correctionnels, une distinction prédominante les partage en *crimes et délits contre la chose publique* (tit. 1) ; *crimes et délits contre les particuliers* (tit. 2). Cette distinction capitale est assise sur la considération de la personne directement attaquée par le délit. Les êtres juridiques collectifs autres que l'État lui-même n'y forment pas une classe distincte, par le motif que, ces êtres métaphysiques jouant, à peu de chose près, quant aux droits reconnus à leur personnalité juridique, le rôle d'un particulier, les délits dont ils peuvent être victimes se confondent, à de légères nuances près, avec ceux commis contre les particuliers.

790. Les crimes et délits contre la chose publique sont décomposés à leur tour en crimes et délits contre la sûreté extérieure ou intérieure de l'État (chap. 1) ; crimes et délits contre la Constitution (chap. 2) ; crimes et délits contre la paix publique (chap. 3). Tandis que les crimes et délits contre les particuliers

le sont en crimes et délits contre les personnes (chap. 1), et crimes et délits contre les propriétés (chap. 2). Cette nouvelle décomposition est toujours prise dans la considération de la personne victime du crime ou du délit, sous le rapport de l'espèce de droit ou d'intérêt qui se trouve lésé en elle : c'est une idée analogue à celle que nous avons présentée ci-dessus (nos 785, 544 et 539), mais l'analyse est loin d'être précise et complète. — Les subdivisions qui viennent ensuite se ressentent des imperfections de celles que nous venons d'indiquer ; elles sont prises successivement à des idées différentes les unes des autres ; c'est là que se font sentir les défectuosités inséparables en général d'une classification de cette nature, et celles propres en particulier au système adopté par notre Code. Les grands délinéaments se tracent avec une certaine facilité apparente ; tant qu'on s'y tient, la confusion ne semble pas se produire encore, mais c'est quand on arrive au classement particulier de chaque fait que les embarras surgissent et qu'il est impossible d'en trouver un qui puisse échapper à toute critique.

791. En ce qui concerne les contraventions de simple police, notre Code, vu sans doute le peu de gravité de ces infractions, et par suite la faiblesse des nuances morales qui les séparent, n'a pas suivi d'autre méthode que de les ranger en trois classes, suivant le taux de l'amende encourue, échelonnée elle-même par trois chiffres différents, indépendamment des peines d'emprisonnement et de confiscation qui peuvent en outre être prononcées dans les cas fixés par le Code (1).

CHAPITRE III

ÉLÉMENTS DE FAIT DU DÉLIT.

792. Nous avons déjà dégagé par l'analyse les éléments personnels du délit, c'est-à-dire ceux qui résident dans la personne du sujet actif et du sujet passif (tit. 1er, nos 219 et suiv.; tit. 2, nos 536 et suiv.). Nous arrivons maintenant aux éléments de fait. Ceux-ci, il est vrai, seront toujours indissolublement liés à ces deux personnes ; ce seront toujours les deux acteurs, l'un actif et l'autre passif, qui y figureront : mais, après avoir étudié ces deux acteurs en eux-mêmes, il s'agit de les voir en action ; après les éléments tirés de la considération même de leur personne, il s'agit

(1) 1re *classe*, art. 471, depuis 1 franc jusqu'à 5 francs d'amende; emprisonnement et confiscation conformément aux articles 472, 473 et 474. — 2e *classe*, art. 475, depuis 6 fr. jusqu'à 10 fr. d'amende; emprisonnement et confiscation conformément aux articles 476, 477 et 478. — 3e *classe*, art. 479 depuis 11 fr. jusqu'à 15 fr. d'amende; emprisonnement et confiscation conformément aux articles 480, 481 et 482.

de ceux tirés de la considération des actes accomplis par eux, contre eux ou autour d'eux.

793. Deux observations générales doivent dominer toute cette étude : — La première, c'est que rien dans les faits dont se compose le délit ou qui s'y réfèrent n'est étranger d'une manière absolue au criminaliste. Qu'il s'agisse des circonstances par lesquelles ou au milieu desquelles le délit a été amené, préparé ou accompli ; de celles du temps, c'est-à-dire de la place que le délit occupe dans la durée ; de celle du lieu, c'est-à-dire de la place que le délit occupe dans l'espace ; ou de celles, enfin, relatives aux suites que le délit a pu avoir : tout cela est susceptible d'influer, dans telle occasion ou dans telle autre, en plus ou en moins, sur les mille et mille nuances de la culpabilité (ci-dess., n° 229), ou sur l'application du droit pénal. De telle sorte que, tout en portant une attention particulière sur celles qui paraissent communément les plus importantes, et en bornant à celles-ci l'étude abstraite qu'on en peut faire, il faut bien se tenir pour averti qu'aucune d'elles, surtout dans la jurisprudence pratique, n'est à négliger.

794. La seconde observation capitale, c'est que le législateur ne peut prévoir et définir de ces diverses circonstances que celles qui sont de nature à influer d'une manière générale sur la culpabilité absolue (ci-dess., n° 230) ou sur l'application abstraite de la pénalité. — Mais, en dehors de circonstances prévues et limitées par le législateur, il reste toutes celles dont le nombre et dont la variété sont indéfinis. Pour celles-ci, c'est à la sagesse du juge que doit être laissé le soin de les apprécier et d'en tenir compte dans la mesure que ce juge est chargé de faire, en chaque cause, de la culpabilité individuelle et de la peine à appliquer. C'est pour cela qu'une certaine latitude, quant à cette application de peine, lui est nécessaire (ci-dess., n° 230).

795. Nous trouvons en notre législation positive et en notre jurisprudence pratique une certaine application de ces observations : 1° dans les diverses circonstances prévues et déterminées à propos de chaque crime, délit ou contravention en particulier, par notre loi pénale, avec les effets qu'elles doivent produire ; 2° dans la latitude que la distance entre le *maximum* et le *minimum*, quand il en a été établi, ou la déclaration de circonstances atténuantes, laissent au juge pour le compte à tenir de toutes les nuances de fait que la loi n'a pu à l'avance préciser.

796. C'est sous le bénéfice de ces deux observations que nous aborderons l'étude des principaux éléments de fait qui entrent dans le délit. Encore ne faut-il pas perdre de vue que cette étude se rattache dans ses détails à celle des délits eux-mêmes, considérés chacun en particulier : d'où il suit que c'est dans la partie spéciale du droit pénal, à mesure que chaque délit y est passé successivement en revue, qu'elle trouve sa véritable place. Il ne s'agit ici que de quelques aperçus généraux, propres à étendre

leur influence, avec plus ou moins d'expansion, sur les diverses spécialités.

797. Claudius Saturninus, dans un fragment bien connu du Digeste, fait observer que les actes à punir doivent être considérés de sept manières : « *Causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu* (1). » Cette analyse est devenue traditionnelle parmi les criminalistes : nous la trouvons déjà reproduite, à peu de chose près, et commentée dans le *Grand coustumier de France*, du temps de Charles VI; puis, avec quelques développements de plus, dans la *Somme rural* de Jehan Bouteiller, presque du même temps; et enfin jusque dans les dernières années de notre ancienne jurisprudence française (2). — Pour la simplifier, en y faisant moins de divisions, en y employant des expressions moins scolastiques et en laissant de côté, comme épuisé déjà par nous, ce qui concerne le motif ou l'intention (*causa*), ainsi que la personne de l'agent ou du patient du délit (*persona*) (3), nous réduirons nos observations, sans prétendre exclure toutefois les autres considérations de fait qui pourraient se présenter utilement, aux éléments principaux que voici : — le fait en lui-même; — les moyens de préparation et d'exécution (4); — le temps ;

---

(1) « Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis : causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu. » (Dig. 48, 19, *De pœnis*, 16, §§ 1 à 10, fr. Claud. Saturn.)

(2) « Les meffaicts aggrauent ou allegent les peines en sept manieres. — La premiere, pour cause de la personne, si comme vne chretiue personne frappoit vne personne de grand'authorité; ou au contraire, si vne haulte personne frappoit un varlet : ou quand aucun excès est faict par vne personne folle ou yure. — La seconde, pour cause du lieu, comme meffaire en sainct lieu, ou en vn hostel priuilegé, comme au Palais Royal, ou au Iuge séant au siege : ou au Prestre celebrant la Messe, ou en foire ou en marché..... — La tierce, pour cause du temps, comme de nuict ou de jour... — La quarte, pour raison de la qualité, comme meffaire en appert (*ouvertement*) ou d'aguet (*de guet-apens*)... — La cinquiesme, pour cause de la quantité : car plus doit estre puny celuy qui tue que celuy qui blesse, et qui emble (*vole*) 60 solz, que celuy qui emble un oyzon, et qui a faict vn grand meffaict doit grand mal porter et soustenir. — La sixiesme, pour cause de l'intention, comme qui mesprendroit de certain propos (*de propos délibéré*), doit estre plus puny que qui blesseroit ou mesprendroit ignoramment. — La septiesme, pour cause d'accoustumance, car qui est accoustumé de mal faire doit plus griefuement estre puny que celuy qui n'est pas accoustumé. » (*Le Grand Coustumier de France*, liv. 4, ch. 6, Des peines, p. 356.) — On voit que l'auteur a remplacé la septième considération du droit romain, *eventus*, par cette autre, l'*accoustumance*. Jehan Bouteiller la rétablit en l'ajoutant à celles du *Grand Coustumier*, et en en faisant par conséquence une huitième, sous ce titre *Pour cas d'aduenture*. (*Somme rural*, liv. 1, tit. 29. Des peines des délicts dessus touchez, p. 181.) — Voir, pour les derniers temps de notre ancienne jurisprudence, Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tom. 1, p. 9; et Muyart de Vouglas, *Les lois criminelles de France*, liv. 1, tit. 4.

(3) « Persona dupliciter spectatur : ejus qui fecit, et ejus qui passus est. » (Dig. *loco citato*, § 3.)

(4) C'est ce que le jurisconsulte romain veut indiquer par le mot *qualitas*.

— le lieu ; — enfin le mal que le délit était destiné à produire, avec les suites qu'il a eues (1).

§ 1. Du fait en lui-même.

798. C'est dans la diversité des faits par lesquels le droit est violé et l'intérêt social compromis que gît la diversité des délits ; l'étude de chacun de ces faits n'est autre chose que l'étude de chaque délit, et par conséquent l'objet même de la partie spéciale du droit pénal.

799. Nous savons que ces faits ne peuvent être que des actions ou inactions de l'homme, à l'extérieur (ci-dess., n° 570), réunissant ce double caractère, d'une part qu'elles soient contraires à la justice absolue, et d'autre part que la répression en importe à la conservation ou au bien-être social. — Il n'est pas nécessaire de démontrer comment ce double caractère peut exister dans des actes proprement dits, dans des écrits, dans des paroles ; mais peut-il se rencontrer dans des résolutions?

800. Tant que la résolution d'agir est restée enfermée dans le mystère des actes psychologiques qui s'accomplissent à l'intérieur de l'homme, il est certain qu'elle échappe à la pénalité humaine : fût-elle même avouée, elle ne saurait, par les raisons que nous avons dites (ci-dess., n° 570), tomber sous le coup de cette pénalité. Mais si celui qui l'a formée l'a annoncée à l'extérieur par des menaces alarmantes; ou bien si elle a été concertée et arrêtée entre plusieurs, ce qui emporte nécessairement de la part de chacun de ceux qui y ont adhéré une manifestation extérieure, avec une association de volontés et une réunion de forces plus ou moins dangereuses : il y a là des actes externes qui, à ce titre, ne sont plus forcément placés en dehors de la pénalité sociale.

801. Sans doute, il ne faut pas exagérer le droit de sécurité troublé par la menace, ni l'intérêt public de répression qui s'y rattache, et le législateur pénal ne doit point se hâter de prendre l'alarme ; sans doute, il y a bien loin encore de la résolution d'agir, même annoncée au dehors, même concertée entre plusieurs, à la réalisation de l'acte dont le projet a été arrêté ; l'une ne saurait être assimilée à l'autre ; trop de chemin reste encore à celui ou à ceux qui ont formé cette résolution pour qu'ils ne puissent revenir sur leurs pas, et nul ne peut dire s'ils auraient ou non avancé jusqu'au bout.

802. Cependant, le crime annoncé par la menace peut être tellement grave; comme en cas de menace d'assassinat, d'empoisonnement, d'incendie; la forme de cette menace peut être tellement précise et arrêtée, comme en cas de menace par écrit, soit anonyme, soit signée; le but peut en être tellement coupable,

(1) C'est ce que le jurisconsulte romain comprend dans les mots *quantitas et eventus*.

comme lorsqu'elle est faite avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué, ou de remplir toute autre condition attentatoire aux droits de la personne menacée, qu'un pareil fait, dès l'instant où il se produit, en lui-même et abstraction faite de tous événements ultérieurs, réunisse le double caractère d'une grave lésion du droit de sécurité et d'un intérêt public de répression, de telle sorte qu'il puisse être érigé en délit spécial, puni de peines sévères. — A part la réunion de toutes les circonstances que nous venons d'indiquer, il peut en rester assez encore pour que la menace forme un délit punissable, quoique moins gravement. — Enfin, en dehors même de toutes ces circonstances, elle peut, suivant les personnes à qui elle est adressée, comme en cas de menaces par paroles ou par gestes à un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, constituer au moins un délit d'outrage, qui mérite châtiment. — C'est tellement comme un fait extérieur, ayant lui-même les caractères d'un délit, que la menace est punie dans ces divers cas, qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si la résolution annoncée par cette menace était sérieuse ou non, si le délinquant avait ou non véritablement l'intention de l'exécuter; il suffit qu'il l'ait employée, dans les circonstances déterminées par le législateur, comme moyen d'effroi, d'intimidation ou d'outrage : le délit spécial existe par cela seul. C'est ainsi que nous verrons (n° 987) le législateur atteindre les actes préparatoires, non à raison du délit auquel ils se réfèrent, mais comme frappés directement d'une pénalité spéciale.

803. Des réflexions, non pas identiquement semblables, mais analogues, sont à faire en ce qui concerne les résolutions concertées et arrêtées entre plusieurs. Le crime ainsi arrêté peut être d'une nature tellement grave et menaçante pour les particuliers ou pour l'État, comme celui d'assassinat du chef du gouvernement, de renversement de la constitution politique, de guerre civile, dévastation, massacre ou pillage dans certaines parties du territoire ; ou bien le concert, la réunion des volontés et des forces mises en commun et organisées pour commettre des délits, même indéterminés, contre les personnes ou les propriétés, peuvent être tellement dangereux, comme l'organisation de bandes de malfaiteurs, la convention entre ces malfaiteurs de se rendre compte et de se faire la distribution ou le partage du produit des délits, que ces faits, par eux-mêmes et indépendamment de tous actes ultérieurs, offrent le double caractère qui autorise l'application de la pénalité humaine : à savoir, la violation d'un devoir de justice et la nécessité sociale de la répression. — Les scrupules suscités ou les réclamations élevées à cet égard dans les écrits théoriques d'un grand nombre de publicistes proviennent, d'une part, de l'exagération de la loi positive ou de la jurisprudence pratique, qui, presque toujours, ont mis sur le même niveau et frappé de peines

égales, en ce qui concerne les grands crimes politiques, la conjuration, conspiration ou complot, c'est-à-dire la résolution d'agir concertée et arrêtée entre plusieurs, et le crime lui-même exécuté et consommé ; telle était encore la disposition de notre Code pénal de 1791, celle du Code de brumaire an IV et celle de notre Code pénal de 1810 (art. 87) avant la révision de 1832 : assimilation inique, qui a naturellement amené dans les écrits des publicistes une réaction en sens contraire. — Une seconde cause de scrupules ou de réclamations s'est trouvée dans l'extension vague et mal définie que la loi positive et la jurisprudence pratique ont donnée si fréquemment à cette incrimination ; dans la difficulté d'en déterminer avec précision les caractères ou d'en saisir des preuves matérielles et convaincantes. Ce sont là sans doute des vices de législation à éviter, des difficultés de pratique à surmonter ou à subir : nous en conclurons la nécessité d'une précision plus grande et d'une juste restriction dans la formule de la loi ; celle d'une exigence plus rigide dans la nature et dans la force probante des preuves invoquées contre les accusés ; mais quelles conclusions en tirer contre la vérité de droit ? Toujours est-il qu'il y a là des actes extérieurs qui, dans certaines limites à marquer avec netteté et sans exagération par le législateur, sont de nature à blesser à la fois la justice absolue et les intérêts de conservation ou de bien-être social ; qui peuvent dès lors, indépendamment de tous actes subséquents, constituer par eux-mêmes des délits distincts, et être frappés de peines, pourvu que ces peines soient exactement contenues dans cette double restriction : pas plus que ce qui est juste, et pas plus que ce qui est nécessaire (ci-dess., n° 204).

804. Ainsi, il reste démontré que les faits à punir peuvent être soit des actes proprement dits, soit des écrits, soit des paroles, soit des résolutions manifestées au dehors par des menaces, ou concertées et arrêtées entre plusieurs : ce qui n'est, après tout, que l'exercice extérieur de l'activité humaine ; à quoi il faut joindre l'absence de cette activité, dans les cas où il existait un devoir d'agir (ci-dess., n° 597).

805. Le même Claudius Saturninus dont nous avons déjà parlé fait le compte de ces quatre sortes de faits punissables : « *Aut » facta puniuntur, ... aut dicta, ... aut scripta, ... aut consilia,* » et il ajoute immédiatement, pour exemples de cette quatrième espèce, les conjurations, et les concerts entre larrons *(ut conjurationes, et latronum consciencia)* (1).

806. Notre ancienne jurisprudence, en ce qui concerne les résolutions manifestées par des menaces, ou même prouvées

(1) « Aut *facta* puniuntur, ut furta, cædesque : aut *dicta*, ut convicia, et infidæ advocationes : aut *scripta*, ut falsa, et famosi libelli : aut *consilia*, ut conjurationes, et latronum consciencia : quosque alios suadendo juvisse, sceleris est instar. » DIG., *48*, 19, *De pœnis*, 16, pr. fr. Claud. Saturn.)

d'une autre manière, ou concertées et arrêtées entre plusieurs, avait mis peu de mesure tant dans les incriminations que dans les peines.

807. Sans parler des lois intermédiaires (1), arrivant immédiatement à notre Code actuel, nous trouvons dans ses articles :

1° Des dispositions relatives aux menaces avec ordre ou sous conditions, faites par écrit (2) ou verbalement (art. 305, 307 et 436); aux menaces sans ordre ni conditions, faites par écrit (art. 306 et 436) (3); ainsi qu'aux menaces constituant des outrages contre des fonctionnaires publics dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (art. 223 et 224);

2° Des dispositions relatives aux complots ayant pour but les crimes mentionnés aux articles 86, 87 et 91; le complot étant défini en ces termes : « Il y a complot dès que la résolution est » concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes» (art. 89). Depuis la révision de 1832, le complot n'est plus puni à l'égal du crime tenté ou consommé; il est moins puni s'il n'a été suivi encore d'aucun acte préparatoire, que si quelque acte pareil a eu lieu ou même a été commencé; il forme, dans l'un et l'autre de ces cas, un crime *sui generis;* mais notre Code atteint, comme délit de police correctionnelle, jusqu'à la proposition de former un complot qui n'aurait pas été agréée : acte bien peu déterminé, souvent bien peu sérieux, et dans tous les cas, bien peu alarmant pour la sécurité de l'État (art. 89);

3° Enfin des dispositions relatives aux associations de malfaiteurs formées pour commettre des crimes ou des délits, même indéterminés, contre les personnes ou les propriétés (art. 265 et suiv.).

§ 2. Des moyens de préparation ou d'exécution.

808. Indépendamment du fait en lui-même, les modalités diverses qui peuvent l'affecter sont à considérer : parmi elles sur-

(1) L. 22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle, tit. 2, art. 19, pour les menaces constituant des outrages contre les fonctionnaires publics. — Code pénal de 1791, 2e part., tit. 2, 2e section, art. 34; loi du 25 frimaire an VIII, et loi du 12 mai 1806, pour les menaces d'incendie. — Code pénal de 1791, 2e part., tit. 1, sect. 1, art. 1, et sect. 2, art. 2; et Code de brumaire an IV, art. 612, pour les conspirations ou complots.

(2) Le Code de 1810, avec sa rigueur habituelle, prononçait contre la menace faite par écrit, sans condition, d'un crime passible de la peine de mort ou d'une peine perpétuelle, les travaux forcés à temps, punissant ainsi la menace presque à l'égal du crime accompli. L'article 305, revisé en 1863, a substitué à cette pénalité excessive un emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de cent cinquante à mille francs.

(3) La loi sur les chemins de fer, du 15 juillet 1845, art. 7, contient des dispositions pénales contre les menaces faites avec ordre ou sous conditions, soit par écrit, soit verbalement, ou sans ordre ni conditions, mais par écrit, de détruire ou déranger la voie de fer, ou d'entraver ou de faire dérailler par un moyen quelconque les convois.

tout celles qui ressortent des circonstances qui ont donné occasion à ce fait, de la manière dont il a été préparé ou exécuté, des moyens qui y ont été employés. Bien que ces modalités soient de nombre et de variétés infinis, elles peuvent se grouper cependant, pour la plupart, sous certaines idées principales que nous signalerons.

809. Nous n'avons pas besoin d'insister sur la différence qui sépare les actes faits spontanément, sous l'empire instantané de la passion qui les provoque et les fait exécuter aussitôt, ce que nos anciens disaient : « *par hative manière, par ire, par chaude cole* (chaude colère) ; et les actes faits après réflexion, avec préméditation, c'est-à-dire après les avoir médités à l'avance : « *de propos et d'advis appensé, de propos délibéré,* » suivant nos anciens. Ces deux situations ont déjà été analysées par nous (ci-dessus, nos 234 et suiv.).

810. Pas nécessité d'insister non plus sur la différence entre les actes faits ouvertement : « *en appert,* » dans le vieux langage ; et les actes faits traîtreusement : *par félonie,* » en se cachant et attendant comme à un piége sa victime : « *par embusches, d'aguet, de guet appensé* (guet prémédité), » dont il nous reste *guet-apens* (1). Le guet-apens est plus que la préméditation, car il la porte en soi et en outre la trahison.

811. Notre Code pénal a fait mention expresse de la préméditation et du guet-apens, pour la mesure de la culpabilité abstraite, celle qu'il a prévue et marquée lui-même à l'avance, en trois sortes de crimes ou de délits seulement : l'homicide, qu'il qualifie en cas pareils d'assassinat (art. 296 et 302) ; les coups ou blessures (art. 310) ; et les violences contre des fonctionnaires, agents ou dépositaires de la force publique (art. 232).

Toujours en vue de ces trois sortes de crimes ou de délits, il en a donné la définition suivante : — Art. 297. « La préméditation » consiste dans le dessein formé avant l'action d'attenter à la » personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera » trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant » de quelque circonstance ou de quelque condition. » — Art. 298. » Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans » un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, » soit pour exercer sur lui des actes de violence. »

812. A l'égard des autres crimes ou délits, dont la plupart sont susceptibles aussi de préméditation, et dont quelques-uns peuvent l'être de guet-apens, la latitude entre le *maximum* et le *minimum*, quand il en existe, ou celle résultant de la déclaration de circonstances atténuantes sont, en notre pratique, les ressources offertes

(1) L'origine qui ferait venir ce mot de guet à pendre, guet digne de la corde, peut, dans l'oubli de notre vieille langue, se présenter plus facilement à l'esprit : mais ce n'est pas la véritable. Aussi ne faut-il pas écrire guet-à-pens, mais guet-apens, suivant le texte de notre Code pénal.

au juge, à défaut de toute autre disposition du Code ou des lois spéciales, pour tenir compte de snuances de culpabilité qui existent suivant que les actes ont été commis spontanément ou avec préméditation, ouvertement ou de guet-apens. Ces nuances sont rejetées alors dans la mesure de la culpabilité individuelle, et l'on conçoit qu'à cet égard les deux définitions de notre Code, données à un point de vue tout spécial (art. 297 et 298), ont besoin d'être généralisées; les termes de notre formule légale n'y suffisent plus (1).

813. Les autres modalités relatives aux actes de préparation ou d'exécution seront, pour la plupart, des variétés de la fraude ou de la violence.

814. La fraude, autrement dite le dol, qui doit être entendue ici suivant la définition qu'en donnait Labéon en droit civil romain (2), c'est-à-dire toute ruse, toute supercherie, toute machination, tout mensonge ou artifice coupable employé pour induire en erreur, et au moyen de cette erreur pour préparer, pour faciliter ou pour accomplir l'exécution du délit. Soit que le législateur fasse mention dans son incrimination du dol en général, laissant dans le domaine du juge l'appréciation des faits divers qui pourront le constituer; soit qu'il signale et frappe quelque mode particulier du dol, comme d'avoir commis le fait en se masquant ou déguisant, en employant le faux costume, un faux nom ou un faux ordre de l'autorité, en feignant des plaies ou infirmités, en usant de fausses mesures, de faux poids ou de balances altérées, en corrompant les gens de service, gardiens ou employés, et tant d'autres exemples.

815. La violence, qui comprend ici, dans sa généralité, tout emploi illégitime de la force : soit dirigée contre des objets ou des obstacles matériels; soit dirigée contre des personnes, auquel cas les actes de violence sont fréquemment nommés en langage usuel *voies de fait* (3); soit seulement en paroles, par l'effet d'intimidation ou de crainte que peuvent produire les menaces. — La force, les voies de fait, la menace ont pu être employées par le délinquant à surmonter, à détruire les obstacles, à vaincre les résistances et à exécuter matériellement le délit; quand elles l'ont été à arracher à quelqu'un un consentement, une détermination,

(1) Le projet de Code pénal portugais (art. 57, 17°), fait, dans tous les cas, de la préméditation une circonstance aggravante.

(2) « Itaque ipse (Labeo) sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. » (Dig. 4, 3, *De dolo malo*, 1, § 2, fr. Ulp.)

(3) L'expression de *voies de fait* a en soi une signification plus générale; elle est prise par opposition aux *voies de droit :* elle se réfère, en conséquence, à tout emploi d'une force qui n'est qu'une force de fait et non une force de droit; elle peut être dirigée tant sur des objets matériels, comme lorsqu'on se remet de sa propre autorité en possession d'une chose dont on se prétend propriétaire, que contre des personnes. Ce dernier cas étant le plus fréquent, le mot en a pris sa signification la plus usuelle.

une signature, un acte, que, libre, cette personne n'aurait pas voulus, le cas se désigne, d'après les résultats produits, par les noms de contrainte, d'extorsion.

816. Nous trouvons dans la partie spéciale de notre Code pénal, à propos de certains crimes ou de certains délits particuliers, un grand nombre de dispositions relatives, soit à l'emploi de la fraude en général ou de quelques moyens particuliers de fraude (1), soit à celui de la violence (2). — Pour tous les cas non prévus, à défaut de disposition expresse de la loi, c'est au juge, en notre pratique, à en tenir compte dans la mesure de la culpabilité individuelle, suivant la latitude qui lui est laissée à cet égard.

817. La violence prend un caractère plus alarmant, plus significatif, lorsqu'elle s'annonce ou qu'elle s'exécute par des armes. Le fait seul de s'être muni d'armes apparentes ou cachées dénote chez le délinquant soit la résolution éventuelle de s'en servir et de recourir, suivant l'occasion, aux moyens extrêmes pour l'accomplissement de son délit, soit du moins l'intention de les employer comme moyen d'intimidation et de vaincre, par l'effroi qu'elles inspireront, les résistances qui lui seraient opposées. S'il a fait usage des armes, la signification de ce fait, comme acte de violence, est encore bien plus grave.

818. Nous croyons qu'il y aurait rationnellement une distinction à faire entre les armes proprement dites, c'est-à-dire tous les instruments dont la destination principale et ordinaire est de servir de moyens d'attaque ou de défense, et les armes improprement dites, c'est-à-dire les instruments et objets quelconques qui, n'ayant pas cette destination, y ont été tournés ou employés occasionnellement par le délinquant. — Dans ce dernier cas, il faut que les faits dénotent bien chez le délinquant l'intention de transformer en armes ces objets, ou que l'usage qu'il en a fait ne laisse plus de doute à cet égard. — Encore restera-t-il presque toujours, dans les détails particuliers de chaque délit, des nuances bien sensibles entre l'un et l'autre de ces cas.

819. Notre Code pénal, à propos de divers crimes ou délits, en sa partie spéciale, a fait souvent mention des armes : dans le plus grand nombre de ses dispositions, pour marquer l'aggravation du délit si le délinquant ou les délinquants se trouvent porteurs d'armes (3) ; quelquefois aussi en d'autres prévisions (4).

---

(1) Par exemple, art. 60, 82, 354, 405, pour la fraude en général ; — art. 82, 242, 276, 344, 423, pour certains moyens particuliers de fraude.

(2) Par exemple, art. 82, 95, 184, 241, 253, 256, 260, 276, 303, 344, 354, 400.

(3) Ces nombreux articles se réfèrent, en résumé, à ces trois hypothèses seulement : — 1° bandes ou réunions armées, pour certains crimes ou rébellions, art. 96, 100, 101, 210 à 215 ; — 2° mendicité ou vagabondage avec port d'armes, art. 277 ; — 3° vol avec port d'armes, art. 381 à 386. — Voir aussi la loi du 13 floréal an XI, sur le crime de contrebande avec attroupement et port d'armes.

(4) Art. 60, 243, 268, 314, 471, n° 7, et 479, n° 3.

820. A l'occasion de bandes armées dans le but de commettre les crimes prévus en l'article 96 du Code pénal, ce Code a donné des armes la définition suivante (art. 101) : « Sont compris dans » le mot *armes* toutes machines, tous instruments ou ustensiles » tranchants, perçants ou contondants. — Les couteaux et ciseaux » de poche, les cannes simples ne seront réputés armes qu'autant » qu'il en aura été fait usage pour tuer, blesser ou frapper (1). »

821. La formule de cette définition a été conçue à dessein, dans son premier paragraphe, en un sens très-étendu, tant par ces mots *sont compris*, que par les termes qui suivent. — Notre Code n'y a pas établi de distinction légale entre les armes proprement dites et les armes improprement dites (ci-dess., n° 818). C'est à la jurisprudence à combler, autant qu'il est en elle, cette lacune ; et voici selon nous la différence rationnelle qu'elle doit y mettre. — Tandis que, il s'agit d'armes proprement dites, il sera facile de présumer que le délinquant s'en est muni à dessein, comme moyen d'exécution ou d'intimidation pour commettre son crime, de telle

(1) Gaïus, à propos de la disposition des Douze Tables qui permettait de tuer le voleur durant le jour *si telo se defendat*, a dit : « *Teli* autem appellatione et ferrum, et fustis, et lapis, et denique omne quod nocendi causa habetur, significatur. » (Dig. 47, 2, *De furtis*, 54, § 2, fr. Gai.) — Et ailleurs : « *Telum* vulgo quidem id appellatur quod ab arcu mittitur : sed nunc omne significatur quod mittitur manu. Ita sequitur ut et lapis, et lignum, et ferrum hoc nomine contineatur. » (Dig. 50, 16, *De verborum significatione*, 233, § 2, fr. Gai.) — De même quant au mot *arma* : « *Armorum* appellatio non utique scuda, et gladios, et galeas significat : sed et fustes, et lapides. » Dig. 50, 16, *De verborum significatione*, 41, fr. Gai.) — Le jurisconsulte Paul nous offre les mêmes idées : *Telorum* autem appellatione, omnia ex quibus singuli homines nocere possunt accipiuntur. » — « *Armatos* non utique eos intelligere debemus qui tela habuerunt, sed etiam quid aliud quod nocere potest. » (Dig. 18, 6, *Ad legem Juliam de vi publica*, 9 et 11, § 1, fr. Paul.) — Enfin Ulpien, à propos de celui qui serait expulsé de sa possession à force armée (*armis dejectus*), répète : « *Arma* sunt omnia tela ; hoc est et fustes, et lapides : non solum gladii, hastæ, frameæ, id est rompheæ. » (Dig. 43, 16, *De vi et de vi armata*, 3, § 2, fr. Ulp.) — Nous savons que la loi Cornelia, *De sicariis*, atteignait de sa pénalité celui « qui hominis occidendi, furtive faciendi causa cum telo ambulaverit. » (Dig. 18, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 1, pr. fr. Marcian.) Et à ce sujet, la définition du *Telum* donnée par Gaïus a été transportée identiquement dans les Instituts de Justinien. (Institut. 4, 18, *De publicis judiciis*, § 5.)

Antérieurement au Code pénal de 1810, la loi du 13 floréal an XI, à propos du crime de contrebande avec attroupement et port d'armes, avait donné des armes cette définition : Art. 3 : « La contrebande est avec attroupement et port d'armes lorsqu'elle est faite par trois personnes ou plus, et que, dans le monde, une ou plusieurs sont porteurs d'armes en évidence ou cachées, telles que fusils, pistolets et autres armes à feu, sabres, épées, poignards, massues, et généralement de tous instruments tranchants, perçants ou contondants. — Ne sont réputées armes, les cannes ordinaires sans dards ni ferrements, ni les couteaux fermant et servant habituellement aux usages ordinaires de la vie. » La loi du 19 pluviôse an XIII, art. 2, avait reproduit textuellement, à propos du crime de rébellion avec armes, cette disposition en ce qui concerne les armes ; mais, le Code pénal de 1810 ayant statué sur la rébellion (art. 210 et suiv.), ce sont aujourd'hui les dispositions de ce Code, et par conséquent la définition de l'art. 101, qui doivent y être appliquées.

sorte que ce sera à lui, s'il veut combattre cette présomption, à prouver que c'était accidentellement, dans un tout autre but, innocent ou légitime, qu'il s'en trouvait porteur (ci-dess., n° 817) : — au contraire, lorsqu'il s'agira d'armes improprement dites, par exemple d'outils de travail ou ustensiles de ménage, marteaux, bêches, leviers, aiguillons, fourches, faux, broches ou autres semblables, la présomption générale sera en sens opposé ; ce sera à l'accusation à prouver que ces objets étaient, dans la circonstance présente, détournés de leur usage ordinaire et transformés en armes par le délinquant ; et cette preuve devra être plus ou moins facilement accueillie, suivant la nature ou la disposition de ces objets, et suivant les faits particuliers de chaque cause.

822. C'est ainsi que nous résoudrons les controverses suscitées dans la jurisprudence et dans la doctrine en ce qui concerne les bâtons ou les pierres. Des bâtons, même ferrés, même noueux, s'ils sont employés ordinairement à des usages utiles ou innocents, suivant les habitudes du pays ou la profession de celui qui les porte, ne sont point des armes proprement dites ; à plus forte raison en faut-il dire autant des pierres. Mais les circonstances de fait, mais la disposition de ces objets peuvent venir démontrer que les délinquants en avaient détourné la destination et s'en étaient fait des armes. Si, par exemple, il s'agit de frondes et de pierres pour les armer, nul doute : voilà un instrument d'attaque, une arme proprement dite. Si la bande en état de rébellion s'est retranchée dans un édifice, a monté des pavés ou des pierres, en a muni les appartements, les fenêtres, s'apprêtant à les précipiter comme projectiles sur la force publique, qu'elle attend et à laquelle elle veut faire résistance (art. 96), qui pourra nier qu'il n'y ait là des armes par occasion, des armes improprement dites, et que les tribunaux ne puissent, appréciant les faits, reconnaître à ces projectiles ce caractère (1) ?

823. Mais à l'égard des objets énumérés dans le second paragraphe de l'article 101, savoir : les couteaux et ciseaux de poche et les cannes simples, les juges n'auront pas, dans notre jurisprudence pratique, le même pouvoir. Ce n'est point à l'avance, d'après la destination exceptionnelle qu'ils paraîtraient avoir reçue du délinquant, c'est seulement après coup, d'après l'usage même qui en aura été fait, que ces objets pourront être réputés armes. Si le juge en décidait autrement, il y aurait violation de la loi, cause de cassation, et dans ce sens nous tenons ce second paragraphe pour limitatif. Sans doute il peut y avoir plusieurs

(1) L'objection tirée de ce que des pierres sont des *objets* et non des *instruments*, n'est qu'une objection de mots peu sérieuse. La pierre devient un instrument dès qu'elle est accommodée, disposée comme moyen d'action à produire ; et c'est là précisément le fait qu'il faut établir à la charge des inculpés.

autres objets semblables, dans lesquels le juge se refusera, en fait, à voir des armes autrement que d'après l'usage même qui en aura été fait; mais ceci reste dans le domaine de l'appréciation de ce juge, et la restriction impérative du second paragraphe de notre article n'existe pour lui, comme limite légale, qu'à l'égard des couteaux et ciseaux de poche ou cannes simples. — Il va sans dire que, si l'agencement de ces objets a été changé, si, par exemple, les couteaux ou les ciseaux ont été attachés ou fixés au bout de la canne, au bout d'un bâton en guise de dards ou de piques, la restriction du second paragraphe de l'article 101 cesse, parce que ces objets ne sont plus là dans leur état ordinaire.

824. Une question plus générale est celle de savoir si la définition de l'article 101, donnée seulement à l'occasion de bandes armées ayant pour but de commettre les crimes mentionnés en l'article 96, doit régir également tous les autres cas prévus par le Code pénal, comme si elle avait été mise dans la partie générale de ce Code. — Nous l'appliquerons sans hésiter, parce que, les motifs de décider étant les mêmes, l'esprit du législateur n'a pas dû changer, dans les cas de rébellion en réunion armée (art. 210 et suiv.), et généralement dans tous ceux à l'égard desquels le port d'armes constitue, suivant notre Code pénal, une modalité aggravante du délit (art. 277, 381 à 386). — Mais là où les motifs cesseront d'être identiques, la définition, tout en conservant un certain crédit général par voie d'analogie, cessera à nos yeux d'être légalement obligatoire. On serait conduit à des conséquences inadmissibles si partout où le législateur a parlé d'armes on voulait substituer à ce mot la définition de l'article 101. Il est évident, par exemple, que dans les articles 471, n° 7, et 479, n° 3, notre Code n'a pas pris le mot armes absolument dans le même sens.

825. Les circonstances de port ou d'emploi d'armes dans l'exécution sont susceptibles de se présenter en beaucoup d'autres sortes de crimes ou de délits que ceux spécifiés par notre Code pénal ou par nos lois particulières. Ce sera alors à la sagesse du juge à en tenir compte, dans la mesure de la culpabilité individuelle, suivant la latitude qui lui aura été donnée.

826. Trois autres sortes de modalités dans les actes de préparation ou d'exécution, modalités qui ne sont autres que certains emplois particuliers, de la fraude et surtout de la violence, nous restent à signaler : l'effraction, l'escalade et l'usage de fausses clefs.

827. Le mot effraction, dans son extension la plus grande, emporte l'idée de la violence employée à rompre, à briser un objet; si cette sorte de violence a eu lieu pour préparer ou pour parvenir à exécuter un délit, on pourra dire que ce délit a été commis avec ou par effraction : par *rupture et fracture*, par *bris ou forcement*, suivant les anciennes locutions.

828. Le mot d'escalade emporte l'idée d'une échelle employée

pour parvenir à une hauteur à laquelle on veut atteindre, comme *échellement de maisons ou murailles*, dans le langage des anciens édits. — Par extension, on l'entendra aussi de l'emploi de tout appareil, de tout moyen équivalent pour faire cette ascension : comme si on s'est servi du voisinage d'un arbre, ou des aspérités d'un mur, ou de cordes, ou du secours, du soutien fournis par quelqu'un, ou de l'élan qu'on a pu prendre et de l'action de ses forces musculaires. — Nous croyons que, si l'échelle ou les moyens équivalents, au lieu d'être employés à monter, l'avaient été à descendre : par exemple si, se trouvant par une chaussée, par une colline, par une fenêtre ou par une rue, à la hauteur supérieure d'un mur de jardin ou de cour, d'un orifice de cave, on s'était servi de quelqu'un de ces expédients pour descendre en l'un ou l'autre de ces lieux, il y aurait également, tant d'après les considérations rationnelles que d'après la racine même du mot, une *escalade*, quoique à vrai dire l'idée réveillée communément par ce terme soit celle d'une ascension et non d'une descente.

829. L'usage de fausses clefs emporte nécessairement l'idée d'un lieu ou d'un meuble quelconque, clôturé et fermé par un système mécanique de serrure quel qu'il soit, lequel aura été ouvert à l'aide d'un instrument autre que celui employé par les personnes ayant la propriété ou l'usage légitime de la serrure, que cet instrument soit un crochet, un rossignol, une clef fabriquée ou altérée de manière à pouvoir entrer et jouer dans cette serrure, ou bien une clef étrangère s'y adaptant sans altération. La clef est fausse du moment que ce n'est pas la clef même servant aux propriétaires ou usagers légitimes. — D'où il suit que si, la clef véritable ayant été perdue ou soustraite, les propriétaires ou usagers en ont fait faire une nouvelle, même sans avoir eu soin de la faire modifier en quelques points, l'ancienne clef passée hors de service deviendra, dans la main des étrangers qui s'en serviraient, une fausse clef.

830. L'effraction, l'escalade, l'usage de fausses clefs peuvent se présenter comme moyen de préparation ou d'exécution dans un grand nombre de délits. On ne les considère généralement qu'à l'occasion du vol; mais les homicides, coups ou blessures, les enlèvements ou détournements de personnes, les attentats ou violences contre les mœurs, les évasions de détenus, les altérations d'actes, les appositions frauduleuses de poinçons, marques ou timbres du gouvernement, et bien d'autres encore, sont susceptibles de ces diverses modalités, le délinquant pouvant avoir recours à de tels moyens pour parvenir, soit aux personnes, soit aux objets, soit au résultat qu'il a en vue dans son délit.

831. Le caractère de ces trois modalités ne sera pas toujours également grave. Certaines effractions, certaines escalades auront demandé plus d'audace, plus de violence, plus d'obstination de la part du délinquant dans l'accomplissement de son délit; d'autres,

au contraire, soit par l'objet auquel elles se seront appliquées, soit par la manière dont elles auront eu lieu, par la fragilité de l'obstacle à vaincre, par le peu d'efforts à faire, seront loin d'avoir la même signification. L'usage de fausses clefs, quoique moins susceptible de ces nuances, peut cependant les offrir aussi quelquefois. Il est impossible au législateur de tenir compte à l'avance de ces variations des faits ; mais le juge ne doit pas négliger de le faire dans la limite des pouvoirs qu'il a pour la mesure de la culpabilité individuelle.

832. L'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs revêtent incontestablement leur caractère le plus grave lorsque le délinquant s'en est servi pour s'introduire et pour commettre son délit dans un lieu clos, soit une maison, un appartement, une cour; soit un jardin, un champ, un parc ou toute autre propriété, du moment qu'il y avait clôture de toutes parts. Indépendamment de la violence ou de la fraude que contiennent ces moyens d'introduction, la criminalité qui y domine est ici la violation de la clôture. Il importe à la sécurité privée et au bien-être social que, si faible que soit par elle-même une clôture, une sorte de respect tutélaire y soit attaché, et que la loi pénale sévisse contre les atteintes coupables qui y seraient portées. — L'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs se nomment dans ce cas effraction *extérieure*, escalade *extérieure*, emploi *extérieur* de fausses clefs.

Ce caractère prédominant, la violation de clôture extérieure, manque si l'on suppose une clôture non pas totale, mais partielle seulement : c'est-à-dire si l'on suppose que le lieu dans lequel le délinquant a pénétré par effraction, escalade ou fausse clef pour commettre son délit, était ouvert de quelque autre côté par lequel il était possible de s'introduire sans obstacle.

833. La seconde situation est celle dans laquelle le délinquant se trouvant d'une manière quelconque, même légitime, dans une enceinte close de toutes parts, maison, appartement, cour, jardin, parc ou tout autre enclos, y a pratiqué contre des clôtures intérieures des effractions, escalades ou emploi de fausses clefs pour commettre son délit : effractions *intérieures*, escalades *intérieures*, emploi *intérieur* de fausses clefs. L'idée dominante qu'il faut chercher ici est encore celle d'une violation de clôture. Le lieu est clos de toutes parts, les propriétaires ou habitants doivent s'y croire plus à l'abri, protégés par l'enceinte extérieure qui les entoure, et cependant c'est dans cette enceinte même que le délinquant, profitant du hasard ou des motifs même légitimes qui lui en ont ouvert l'accès, porte une atteinte coupable aux clôtures intérieures, afin de parvenir à l'exécution de son délit. — Sous ce rapport, une distinction importante est à faire, dans cette situation, entre les effractions ou emploi de fausses clefs et les escalades. En effet, au dedans de l'enceinte générale, s'il se ren-

contre des murs, cloisons ou séparations qui offrent une hauteur ou des ouvertures susceptibles d'être escaladées pour passer d'une pièce, d'une cour ou de tout autre compartiment dans un autre, on ne peut pas dire que ces murs aient été placés véritablement dans un but de clôture ; ils l'ont été plutôt dans un but de division, de séparation. Le but de clôture intérieure existe au contraire si les murs, cloisons, portes ou fenêtres du dedans, si les chambres, cabinets, si les placards, armoires ou meubles quelconques sont tels qu'il faille, pour vaincre l'obstacle qu'ils opposent, user d'effractions ou de fausses clefs. D'où il suit que les escalades intérieures, bien qu'on puisse y voir sans aucun doute la circonstance d'un effort plus grand pour parvenir à l'exécution du délit, n'ont pas réellement la signification beaucoup plus grave d'une violation de clôture ; tandis que cette signification reste aux effractions et aux emplois de fausses clefs à l'intérieur.

834. Une troisième situation est celle où, sans introduction dans aucun enclos, en dehors de toute enceinte semblable, un meuble fermé, par exemple une malle, une caisse, une valise soustraite à la porte d'un magasin, dans un hangar non clos, l'impériale d'une voiture, ou sur la croupe d'un cheval en voyage, aurait été ouvert par effraction ou par fausses clefs. Il y a ici violation, non pas d'une clôture générale, mais d'une fermeture particulière ; le cas est en conséquence moins grave que les deux précédents, et néanmoins la violation du respect qui est dû à tout moyen de clôture ou de fermeture s'y joint encore, quoique en de moindres proportions, à la violence et à la fraude que contiennent en soi l'effraction et l'usage de fausses clefs. — Il est clair que dans une semblable violation de fermeture il ne peut pas être question non plus d'escalade.

Si l'on supposait que le meuble, que la malle, caisse ou valise fermés eussent été enlevés de l'enceinte d'un enclos où l'on se serait introduit d'une manière quelconque, et portés au dehors où ils auraient été ensuite ouverts par effraction ou fausses clefs, alors à la violation de la fermeture particulière se joindrait celle de l'enceinte générale d'un enclos ; quoique consommées au dehors, ces sortes d'effractions ou d'ouvertures par fausses clefs ne différeraient guère de celles dont il a été parlé au paragraphe précédent.

835. Enfin, la dernière situation est celle où l'effraction, l'escalade se présentent dégagées de toute violation de clôture ou de fermeture quelconque : par exemple, si l'effraction a été employée, non à vaincre aucun obstacle de clôture ou de fermeture, mais à enlever des choses qui étaient attachées à fer ou à clou, ou à plâtre, ou de toute autre manière, comme des barres de fer, des tuyaux de plomb, des enseignes, des marbres ou pierres sculptées, des couvertures de zinc, etc. ; ou bien si l'escalade a été employée pour atteindre et enlever des objets posés sur un mur, sur un toit, sur un arbre ou sur toute autre hauteur. — Il

est clair que du moment qu'il n'est question ici ni de clôture, ni de fermeture, il ne peut pas y être question non plus de fausses clefs. — Par la même raison, cette dernière situation est la moins grave de toutes, parce qu'à la violence contenue dans l'effraction ou l'escalade ne vient pas se joindre en outre la violation du respect dû aux clôtures ou fermetures.

836. Notre Code pénal a pris en considération, pour la mesure des peines par lui édictées, les circonstances d'effraction, d'escalade et de fausses clefs, quand il s'agit de délits de vol ; et à ce point de vue particulier, il en a donné les définitions suivantes :

« Est qualifié *effraction*, tout forcement, rupture, dégradation, » démolition, enlèvement de murs, toits, planchers, portes, fe- » nêtres, serrures, cadenas ou autres ustensiles ou instruments » servant à fermer ou à empêcher le passage, et de toute espèce » de clôture, quelle qu'elle soit (*C. pén.*, art. 393). — Les effrac- » tions sont extérieures ou intérieures (art. 394). — Les effrac- » tions extérieures sont celles à l'aide desquelles on peut s'in- » troduire dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou » dépendances, ou dans les appartements ou logements particu- » liers (art. 395). — Les effractions intérieures sont celles qui, » après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article pré- » cédent, sont faites aux portes ou clôtures du dedans, ainsi » qu'aux armoires ou autres meubles fermés. — Est compris » dans la classe des effractions intérieures le simple enlèvement » des caisses, boîtes, ballots sous toile et corde, et autres meubles » fermés qui contiennent des effets quelconques, bien que l'ef- » fraction n'ait pas été faite sur le lieu » (art. 396).

« Est qualifiée *escalade*, toute entrée dans les maisons, bâti- » ments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs » et enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures ou » toute autre clôture. — L'entrée par une ouverture souterraine, » autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, est une » circonstance de même gravité que l'escalade » art. 397).

« Sont qualifiés *fausses clefs*, tous crochets, rossignols, passe- » partout, clefs imitées, contrefaites, altérées, ou qui n'ont pas été » destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux » serrures, cadenas ou autres fermetures quelconques auxquelles » le coupable les aura employées » (art. 398).

837. Il résulte de ces définitions, et aussi des dispositions contenues dans les articles qui s'y réfèrent (notamment art. 381 4° et 384), que notre Code pénal n'a envisagé l'effraction, l'escalade et l'usage de fausses clefs, en cas de vol, qu'au point de vue de la violation des clôtures ou fermetures. Tout autre genre d'effraction ou d'escalade est en dehors de ces définitions ou dispositions. Et encore faut-il que ces violations de clôtures ou fermetures aient été commises dans un lieu clos de tous côtés. Partout ailleurs elles sont paraillement en dehors des termes de notre Code. Ces

définitions ne sont donc pas des définitions générales, susceptibles d'être appliquées en toute occasion. — On voit d'ailleurs que notre Code y a compris sous le nom d'effraction jusqu'à l'enlèvement d'ustensiles ou instruments servant à fermer ou à empêcher le passage, pourvu, bien entendu, que cet enlèvement ne soit pas le moyen même d'ouverture ou de passage qu'emploient les propriétaires ou usagers légitimes, comme il en serait par exemple d'une traverse mobile destinée à être placée pour fermer les deux battants d'une porte, et enlevée pour les ouvrir. On voit aussi qu'il a compris sous le nom d'escalade jusqu'à l'acte de passer par-dessus les murs, portes ou toutes autres clôtures, si bas que soient ces murs ou clôtures, ne fallût-il qu'une enjambée pour les franchir : en ce sens, sauter un fossé qui, par ses dimensions et sa disposition, est destiné à former clôture d'un lieu clos de toutes parts, serait dans notre droit une escalade.

838. Il résulte pareillement de ces dispositions que, même dans un lieu clos de toutes parts, notre Code n'a incriminé comme modalités aggravantes du vol que les escalades extérieures, c'est-à-dire celles qui ont servi à entrer dans ces lieux clos (art. 397, conféré avec les art. 381 4° et 384) ; quant aux escalades intérieures, elles restent en dehors des termes de notre Code (ci-dess., n° 833).

839. Il n'en est pas de même des effractions ou emploi de fausses clefs : notre Code a incriminé comme modalités aggravantes du vol tant celles extérieures, qui ont servi à procurer l'entrée dans des lieux clos de toutes parts, que celles intérieures, qui ont été commises après introduction d'une manière quelconque, même légitime, dans de semblables lieux (art. 395 et suiv. pour les effractions, et art. 397 pour l'usage des fausses clefs, conférés avec les art. 381 4° et 384).

840. Enfin il en résulte encore que des effractions opérées hors de ces lieux clos, mais sur des meubles fermés qui en ont été enlevés, sont considérées comme effractions intérieures (art. 396). — La même disposition n'est pas appliquée par le texte à l'ouverture de ces mêmes meubles par l'emploi de fausses clefs (ci-dessus, n° 834).

841. Indépendamment des cas d'effraction qui précèdent, notre Code pénal en a prévu deux autres : celui d'évasion de détenus avec bris de prison (art. 241), et celui de bris de scellés. Ce dernier fait, outre qu'il est puni en lui-même comme crime ou délit particulier (art. 249 à 252), s'il a été employé comme moyen de commettre un vol, est mis, pour l'aggravation de ce vol, au même niveau que les effractions précédentes (art. 253).

842. Toutes les fois que l'effraction, l'escalade ou l'emploi de fausses clefs se présenteront d'une autre manière ou dans des délits autres que ceux spécialement prévus par le Code pénal ou par quelque texte de loi, l'influence en sera restreinte dans notre

pratique aux simples nuances de la culpabilité individuelle, et le soin d'en tenir compte rentrera dans l'office du juge suivant la latitude laissée à ce juge pour la détermination de la peine.

843. Quant à l'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs qui ne seraient pas l'accessoire d'un autre délit, mais qui se présenteraient seuls, comme fait principal, ils ne se trouvent pas incriminés en qualité de délits particuliers par notre Code. — Il pourra se faire qu'ils aboutissent à une violation de domicile, mais alors c'est que les caractères exigés par le Code pour constituer ce délit de violation de domicile (art. 184) se rencontreraient dans les faits : l'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs, n'auraient été que des moyens de commettre ce délit. — Il pourra se faire qu'ils aboutissent à une des contraventions de simple police frappées par les articles 471 nos 13 et 14, 475 nos 9 et 10, et 479 n° 10 du Code pénal, le passage illicite sur le terrain d'autrui ; mais alors ils n'auront été encore que des moyens d'arriver à ces sortes de contraventions. — Enfin il pourra se faire aussi, surtout en ce qui concerne les effractions, que ces actes, considérés en eux-mêmes comme fait principal, rentrent dans les divers cas prévus par le Code, de destructions, mutilations ou dégradations de monuments (C. p., art. 257), de destructions ou renversements, en tout ou en partie, d'édifices ou constructions appartenant à autrui (art. 437), de ruptures ou destructions de parcs de bestiaux ou cabanes de gardiens (art. 451), de destructions ou dégradations de clôtures (art. 456, et Code rural de 1791, tit. 2, art. 17), de dégâts ou dommages à quelque objet mobilier (C. p., art. 440 et 479 n° 1) : ils seront alors punissables aux termes et suivant l'esprit de ces articles, à cause de la destruction ou dégradation qui sera contenue en eux.

§ 3. Du temps du délit.

844. Le temps comme mesure de la durée, est un élément inséparable des faits, et partant de tout délit. Le temps mis à former et à nourrir le projet du délit, à préparer ou à exécuter le délit, ou à y persévérer s'il s'agit de quelque action ou de quelque inaction continue ; quelquefois le temps que les conséquences préjudiciables auront mis à se produire, ou celui durant lequel elles se seront prolongées : voilà autant de considérations sur la durée qui entrent nécessairement avec une certaine influence dans l'appréciation des délits. — Il est possible que le législateur en prévoie quelques-unes à l'avance et en marque les conséquences pénales. C'est ainsi que notre Code pénal, dans ses article 341, 342 et 343, gradue la peine des crimes de détention ou séquestration illégale suivant que cette détention a duré plus ou moins de temps ; c'est ainsi qu'il punit certaines violences contre les personnes (art. 231 et 316) de peines plus ou moins graves, suivant que la mort s'en est suivie dans les quarante jours

ou après ce délai (1); c'est ainsi encore qu'il frappe de peines criminelles, ou du moins de peines correctionnelles plus graves, les coups ou blessures, lorsqu'il en est résulté une maladie ou incapacité de travail personnel de plus de vingt jours (2) (art. 309, 311 et 317). — Mais ce sont là des considérations qui appartiennent à la partie spéciale du droit pénal, à propos de chaque crime ou de chaque délit en particulier; et qui, à défaut de texte légal, sont laissées à l'appréciation qu'en peut faire le juge dans chaque cause, suivant la latitude de ses pouvoirs.

845. Le temps se présente aussi comme idée de corrélation d'époque entre l'existence du délit et celle de certains événements ou de certains phénomènes naturels qui sont pris pour termes de comparaison; comme lorsqu'on dit : En temps de neige, en temps de pluie, en temps d'orage; ou bien : En temps de troubles, en temps de révolution, en temps d'épidémie. Or, il peut se faire fréquemment qu'une action ou qu'une inaction soit plus ou moins dangereuse, plus ou moins répréhensible, ou même qu'elle devienne de coupable innocente, ou d'innocente coupable, suivant qu'elle aura eu lieu durant l'accomplissement de tel événement ou de tel phénomène naturel, ou bien avant ou après, ou tant de temps avant ou tant de temps après. Le législateur peut encore prévoir et régler à l'avance quelques-unes de ces hypothèses. Nous en avons des exemples dans la loi sur la police de la chasse, du 3 mai 1844, relativement au temps de l'ouverture et de la clôture (art. 3) ou aux temps de neige (art. 9); dans la loi sur la police de la pêche, du 15 avril 1819, relativement aux temps, saisons ou heures prohibés (art. 5, 25 et 27); dans l'article 194 du Code pénal, relativement à l'officier de l'état civil qui recevrait avant le délai de dix mois prescrit par le Code civil l'acte de mariage d'une femme dont le mariage vient d'être dissous; dans l'article 346, quant au défaut de déclaration d'accouchement dans les trois jours, aux termes du Code civil; dans l'article 471, n° 14, quant au passage non autorisé de bestiaux, bêtes de trait, de charge ou de monture, sur le terrain d'autrui avant l'enlèvement de la récolte; dans l'article 471, n° 9, quant au passage des personnes dans le temps où ce terrain était chargé de grains en tuyau, de raisins ou autres fruits mûrs ou voisins de la maturité. Mais tous ces exemples ou autres semblables appartiennent encore à la partie spéciale du droit pénal.

---

(1) Ce délai de quarante jours nous vient de l'ancienne jurisprudence, conformément à une opinion médicale d'autrefois. (Voir Jousse, tom. 3, p. 497, et les autorités par lui citées.)

(2) L'ancien Code pénal portait la peine de la reclusion, dans cette hypothèse; l'article 309, revisé en 1863, ne prononce plus qu'un emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de seize à deux mille francs. La peine de la reclusion n'est maintenue (art. 317) qu'au cas où l'incapacité de travail prolongée résulte de l'administration de substances nuisibles.

A défaut de texte législatif, l'appréciation de ces sortes d'influences sur la mesure de la culpabilité rentre toujours dans l'office du juge en chaque cause, suivant la latitude de pouvoir qui lui appartient.

846. Parmi les phénomènes naturels susceptibles d'influer en plus ou en moins sur la criminalité des actes accomplis au moment où se passent ces phénomènes, il en est un dont l'influence se présente avec un caractère plus général, et qui doit par conséquent attirer plus particulièrement ici notre attention, c'est celui du jour ou de la nuit. Dans un grand nombre de méfaits, dans ceux surtout qui sont une attaque à la propriété, ou bien à la sécurité des personnes, ou au domicile, le choix, pour commettre ces attaques, des heures où les clartés du jour sont absentes, où règne l'obscurité de la nuit, est une circonstance qui aggrave le danger et augmente l'alarme, en même temps qu'elle témoigne d'une perversité plus grande chez le délinquant. Les difficultés de la surveillance, celles de la défense, ou du secours à invoquer, à obtenir; la facilité, au contraire, pour le malfaiteur d'échapper aux regards, de cacher sa trace, de se soustraire aux poursuites, apportent, en fait, un plus grand défaut de sécurité, qui a besoin d'être balancé par une plus grande sécurité de droit.

847. Notez que le phénomène naturel, le phénomène principal, sur lequel sont basés ces raisonnements, est celui de l'obscurité générale, de l'obscurité atmosphérique dans les lieux et aux heures où règne la nuit. Les autres faits accidentels qui se produisent communément durant ces heures, les travaux interrompus, les hommes retirés dans leurs demeures, les rues, les chemins et les campagnes déserts, le repos et le sommeil pour la plupart des créatures animées, ne sont que des conséquences du phénomène naturel de cette obscurité. — La loi pénale positive doit-elle, par présomption de ce qui a lieu le plus souvent, marquer elle-même les heures qui seront censées être celles du jour ou celles de la nuit, de façon à créer, pour plus de commodité, une sorte de jour légal et une sorte de nuit légale, à la place du jour et de la nuit réels? La science rationnelle répond qu'elle doit bien s'en garder. Si, en matière de procédure civile ou pénale, quand il s'agit de certaines opérations, de certains actes de cette procédure, la loi a dû fixer d'une manière précise les heures où il serait permis et celles où il cesserait d'être permis de faire ces actes ou ces opérations, un tel mode de procéder ne peut plus être admissible du moment qu'il s'agit d'une mesure de la culpabilité. La culpabilité ne se mesure point par présomption, elle se mesure en réalité, d'après les faits tels qu'ils se sont passés. C'est donc de la nuit et du jour véritables, et non d'une nuit ou d'un jour fictifs, qu'il doit être question dans la loi et dans la justice pénales quand il s'agit du plus ou moins de criminalité des délits.

848. Ce qu'on appelle le lever ou le coucher du soleil, phéno-

mène qui consiste dans l'apparition ou dans la disparition du disque solaire à l'extrémité de notre horizon, ne doit pas se confondre avec le commencement du jour ou de la nuit, bien que ces deux phénomènes astronomiques soient liés étroitement l'un à l'autre. En effet, avant que le disque du soleil nous apparaisse, le matin, à l'extrémité de l'horizon, déjà ses rayons lumineux nous ont apporté la clarté, et la nuit a fini; en sens inverse, le soir, après que ce disque a disparu à nos yeux, la lumière de ses rayons nous arrive et se maintient encore pour nous un certain temps : la nuit n'est pas encore venue. La loi pénale peut bien avoir, en de certaines circonstances, quelques raisons pour s'attacher au phénomène du lever ou du coucher du soleil et pour en faire son point de comparaison relativement à l'existence des faits qu'elle veut réprimer; mais, hors ces cas et ces motifs particuliers, le phénomène le plus généralement important est celui du jour ou de la nuit proprements dits, c'est-à-dire celui de la présence ou de l'absence totale des clartés solaires à notre horizon; ce sont les heures d'ombre et d'obscurité qui ont besoin d'être placées sous une protection plus énergique de la loi; c'est en ce sens que le juge doit interpréter les expressions de jour ou de nuit, et qu'il doit apprécier lui-même, en chaque cause, suivant les faits démontrés, dont les principaux seront l'époque et le lieu, si au moment du délit il était nuit ou jour, dans l'acception véritable et vulgaire de ces mots.

849. Notre Code pénal a prévu la circonstance de nuit en plusieurs de ses dispositions : dans son article 329, relativement au droit de repousser pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures d'une maison ou d'un appartement habité, ou de leurs dépendances (ci-dess., n° 445); dans ses articles 381 à 386, relativement aux vols en général, à l'égard desquels cette circonstance de nuit, non pas lorsqu'elle est seule, mais lorsqu'elle est jointe à une ou plusieurs autres énumérées dans les mêmes articles, fait augmenter la peine; dans son article 388, relativement aux vols de certains objets dans les champs, à l'égard desquels cette circonstance de nuit, même seule, suffit pour produire l'augmentation de pénalité; dans ses articles 479, n° 8, et 480, relativement aux bruits ou tapages nocturnes. Diverses lois spéciales contiennent aussi des dispositions plus sévères, à raison de la circonstance de nuit, contre les délits qu'elles répriment : ainsi le Code forestier, article 201, la loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829, article 70, portent l'un et l'autre que les peines seront doublées lorsque les délits auront été commis la nuit; augmentation semblable dans la loi sur la chasse, du 3 mai 1844, articles 12 et 13.

La question de savoir si l'on doit appliquer à cette expression, *la nuit*, dans ces divers cas, la détermination légale des heures que l'article 1037 du Code de procédure civile a fixées, en deux semestres différents, comme celles auxquelles les actes de signi-

fication ou d'exécution cessent de pouvoir être faits, et que les décrets ou ordonnances sur la gendarmerie ont adoptées comme celles auxquelles il n'est plus permis à la gendarmerie d'entrer dans la maison des citoyens (1), cette question, par les raisons que nous en avons données (ci-dess., n° 847), n'offre aucun doute pour nous. Le Code pénal et les lois particulières que nous venons de citer n'ayant rien dit de pareil pour lès cas, bien différents, dans lesquels il s'agit du plus ou moins de criminalité des délits, sont, par cela seul et avec grande raison, restés à cet égard dans les principes de la science rationnelle : ce sont donc ces principes qui devront être appliqués dans notre jurisprudence pratique. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, un texte formel qui obligeât à y déroger. La nuit effective, la nuit réelle, n'obéit pas à l'ordre de cette nuit légale ; ce n'est pas par semestre, c'est de jour en jour et de localité en localité qu'elle varie, passant par des phases graduelles depuis le commencement de l'année jusqu'à la fin.

850. Notre Code pénal et quelques lois particulières ont pris textuellement pour point de départ, à l'égard de certains délits spéciaux, le lever et le coucher du soleil : telle est la disposition de l'article 471, n° 10 du Code pénal, contre ceux qui auraient glané, râtelé ou grappillé dans les champs avant le moment du lever ou après celui du coucher du soleil. Le motif en est patent : c'est que communément le lever du soleil marque l'heure où commencent, et le coucher du soleil l'heure où cessent les travaux agricoles ; or, le Code pénal a voulu punir les actes dont il s'agit ici du moment qu'ils n'ont plus lieu, pour ainsi dire, sous l'œil et sous la surveillance des travailleurs. Un motif semblable se retrouve dans la loi sur la police rurale, du 28 septembre 1791, article 4, ordonnant que les amendes soient doublées lorsque les délits ruraux prévus par cette loi auront été commis avant le lever ou après le coucher du soleil ; et dans l'article 35 du Code forestier, défendant aux adjudicataires d'effectuer aucune coupe ni enlèvement de bois avant le lever ou après le coucher du soleil, à peine de cent francs d'amende. Mais ce n'est pas une raison pour étendre ces dispositions hors des cas pour lesquels elles ont été faites. L'article 781 du Code de procédure civile, portant qu'un débiteur contraignable par corps ne peut être arrêté avant le lever ni après le coucher du soleil, n'autorise pas davantage à faire cette extension. Ce serait confondre avec ces heures du coucher ou lever du soleil la nuit proprement dite, qui en est distincte (ci-dess., n° 848).

851. En dehors des prévisions formellement contenues dans le Code pénal ou dans les lois spéciales, c'est au juge de la culpabi-

(1) Loi du 28 germinal an VI, art. 131. — Décret du 4 août 1806, art. 1. — Ordonnance du 29 octobre 1820, art. 184. — Décret du 1er mars 1854, art. 291.

lité individuelle à apprécier, suivant la latitude de ses pouvoirs, l'influence que peuvent avoir, en plus ou en moins, sur cette culpabilité, les circonstances de jour ou de nuit, comme toutes les autres circonstances de temps.

852. Il était naturel de présumer que le cours varié des saisons ne reste pas sans influence sur le nombre et sur la nature des délits. On a recueilli dans nos statistiques criminelles les chiffres présentant cette influence en fait de crimes, et, tirant de ces chiffres le résultat général, on arrive à cette conclusion, que les crimes se distribuent presque uniformément entre les divers mois de l'année, que, néanmoins, une légère différence existe sous ce rapport entre les crimes contre les personnes et les crimes contre les propriétés. Les premiers sont un peu plus fréquents au printemps et en été, les derniers en automne et en hiver. Ainsi, la proportion, calculée d'après les chiffres réunis de nos statistiques durant trente ans, depuis 1831 jusqu'en 1860 (1), offre la répartition suivante entre les quatre trimestres de l'année : — Sur mille crimes commis

	1er trimestre.	2e trimestre.	3e trimestre.	4e trimestre.
Contre les personnes. . . .	229	277	271	223
Contre les propriétés. . . .	263	233	231	273

Le même travail n'a pas été fait pour les délits de police correctionnelle.

§ 4. Du lieu du délit.

853. Le lieu où le délit a été commis est un élément qu'il importe de considérer, en certains cas pour la pénalité, et en règle générale pour la compétence des juridictions.

854. Quant à la pénalité, le lieu du délit peut se présenter quelquefois comme une cause d'augmentation ou de diminution de criminalité, ou même il peut se faire qu'une même action, punissable si elle a été commise en tel lieu, cesse de l'être si elle s'est passée en tel autre. — Mais ce sont là des nuances dont l'appréciation se présente à propos de chaque délit en particulier, par conséquent dans la partie spéciale du droit pénal. Notre législateur a prévu et réglementé, soit dans le Code pénal, soit dans les lois spéciales, plusieurs cas semblables (2) ; à défaut de ces prévisions

(1) Voir, dans nos statistiques annuelles, le tableau LIX de l'année 1860, et le tableau correspondant pour les années antérieures. — Voir aussi le résultat général indiqué dans le rapport qui précède cette statistique de 1860, p. XLI.

(2) Voir comme exemples, dans le Code pénal : art. 176, défense à certains fonctionnaires de faire le commerce de certaines denrées alimentaires, *dans l'étendue des lieux où ils ont le droit d'exercer leur commandement;* — art. 254, soustractions, destructions ou enlèvements de pièces contenues *dans les archives, greffes ou dépôts publics;* — art. 274 et 275, mendicité *dans un lieu pour lequel il existe un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité,*

formelles, le soin de tenir compte, dans chaque cause, de ces sortes de considérations, rentre dans l'office du juge, suivant la latitude qui lui est laissée.

855. Il est, néanmoins, quelques-unes de ces considérations sur le lieu du délit qui, étant de nature à s'étendre à un certain nombre de délits divers, s'offrent au criminaliste avec un caractère moins spécial, et doivent, par conséquent, attirer ici notre attention. Nous comprendrons dans cette classe celles relatives aux lieux publics, aux lieux religieux, aux lieux où s'exerce la justice, aux maisons ou lieux habités ou servant à l'habitation.

856. La publicité n'est pas une circonstance qui agisse de la même manière sur la criminalité des délits. Certains actes commis en secret seront plus coupables que s'ils avaient été commis ostensiblement, parce qu'ils contiendront en eux un esprit de trahison ou d'hypocrisie, et qu'ils seront plus dangereux. Dans d'autres, au contraire, et ce seront les plus nombreux, la circonstance de publicité dénotant plus d'audace, plus de cynisme chez le coupable, emportant une violation de la foi, de la garantie publiques, occasionnant une atteinte plus grave à la sécurité, ou plus de trouble, plus d'alarme, plus de scandale, la criminalité du délit en sera augmentée (1). Enfin, il est des actions qui, bien qu'immorales en elles-mêmes, ou indifférentes si l'on considère les individus isolément, mais transformées en devoirs moraux par nos obligations envers la société (ci-dess., n° 613), ne tombent sous le coup de la pénalité sociale que lorsqu'elles ont été commises publiquement.

---

mendicité *dans les lieux où il n'existe point encore de tels établissements;* — art. 339, entretien d'une concubine *dans la maison conjugale;* — art. 349 à 353, exposition et délaissement d'un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis *en un lieu solitaire*, ou *en un lieu non solitaire;* — art. 386, n° 3, vols par un domestique ou un homme de service à gages, *soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait;* ou par un ouvrier, compagnon ou apprenti *dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître;* ou par un individu *travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé;* — art. 388, vols de certains objets *dans les champs*, de bois *dans les ventes*, de pierres *dans les carrières*, de poisson *en étang, vivier ou réservoir;* — art. 452, empoisonnement de poissons *dans des étangs, viviers ou réservoirs;* — art. 453 et 454, mort donnée sans nécessité à certains animaux désignés par le Code, suivant que le délit a été commis *dans un lieu appartenant en propriété ou en jouissance au maître de l'animal tué*, ou *à celui qui l'a tué*, ou bien *dans tout autre lieu;* mort donnée sans nécessité à un animal domestique *dans un lieu appartenant en propriété ou en jouissance au maître de cet animal;* — 479, n° 5, fait d'avoir de faux poids ou de fausses mesures *dans ses magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires ou marchés.* — Joignez-y les dispositions d'un grand nombre de lois spéciales de police, notamment du Code forestier, des lois sur la police rurale, sur la police de la chasse, etc.

(1) « Car qui mal veut faire, selon le sage, au moins le face secrettement et » sans troubler que le moins qu'il peut. » (*Somme rural* de Boutheiller, *liv.* 1, tit. 29, p. 181.) Mais plus sage est le conseil de ne mal faire ni publiquement ni secrètement.

857. Bien qu'il y ait un rapport incontestable entre la publicité du lieu où le délit est commis et la publicité du délit, cependant il ne faut pas les confondre l'une avec l'autre. Ces expressions : « un délit commis *dans un lieu public* » ou « un délit commis *publiquement* » sont bien loin de rendre la même idée ; le législateur doit se garder de les employer comme synonymes, et le criminaliste pratique de les prendre l'une pour l'autre dans les textes de lois où elles peuvent se présenter. Il peut se faire, en effet, qu'un délit commis dans un lieu public n'ait pas été commis publiquement, si ce lieu était désert, si personne n'a été témoin du fait, qui est resté un acte secret ; tandis qu'il peut se faire, en sens inverse, qu'un délit commis dans un lieu privé ait été commis publiquement, si ce lieu privé était exposé aux regards du public, ou si le fait a été commis devant un nombre de personnes et dans des circonstances suffisantes pour constituer la publicité.

858. Quelquefois le législateur aura pris en considération uniquement la publicité du lieu : que le délit ait eu des témoins ou non, qu'il ait été ostensible ou secret, la circonstance à laquelle le législateur se sera attaché, c'est que l'acte aura été commis en tel lieu. Nous en donnerons pour exemples : les vols *sur les chemins publics* (Code pén., art. 383), le fait d'avoir établi ou tenu *dans les rues, chemins, places ou lieux publics*, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard (Code pén., art. 475-5°) ; l'affichage *dans les rues, places ou autres lieux publics* (loi du 10 décembre 1830 et décret du 31 août 1852) ; l'exercice, même temporaire, de la profession de crieur, vendeur ou distributeur d'écrits ou dessins, *sur la voie publique*, sans autorisation préalable (loi du 16 février 1834) ; le fait d'avoir annoncé *dans les rues, places* et *autres lieux publics*, les journaux, feuilles quotidiennes ou périodiques, jugements et autres actes de l'autorité, autrement que par leur titre (loi du 10 décembre 1830, art. 3) ; le fait d'avoir crié *sur la voie publique* tout autre écrit avant d'avoir fait connaître à l'autorité municipale le titre sous lequel on se propose de l'annoncer, et d'avoir remis à cette autorité un exemplaire de cet écrit (*ibid.*). Ajoutons, avec la loi du 23 janvier 1873 (art I^er^), le fait d'être trouvé en état d'ivresse manifeste *dans les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics*.

859. D'autres fois ce sera la publicité du délit : laquelle peut résulter non-seulement de la circonstance du lieu, mais de plusieurs autres circonstances de nature à faire que l'acte ait été public, quoique le lieu où il a été commis fût privé. — Il faut même observer à cet égard que les conditions de la publicité incriminée ne sont pas les mêmes pour tous les délits. La nature particulière de chaque sorte de délit apporte ici ses règles spéciales, que le criminaliste ne doit pas perdre de vue, et sur lesquelles devront se baser les solutions de la pratique.

860. Tantôt il suffira qu'il y ait eu possibilité que le public fût offensé par le spectacle de l'action coupable, sans rechercher si en fait il y a eu ou non des témoins de cette action, et si cette publicité a été ou non dans l'intention du délinquant. Tel est l'exemple des outrages *publics* à la pudeur (Code pén., art. 330). Que le délit ait été commis la nuit, par des personnes qui cherchaient à se cacher, sur une voie publique écartée, où rarement on passe, du moment qu'il était possible que quelqu'un du public y passât; qu'il ait été commis dans un lieu privé, mais exposé aux regards de quelqu'un du public, par exemple dans un champ, dans un jardin, à une fenêtre ou même dans une chambre disposée de manière qu'on pût y être vu des personnes voisines ou des passants : cela suffit pour que l'outrage public à la pudeur ou, pour mieux dire, l'outrage à la pudeur publique existe. Tandis qu'en sens inverse, l'acte commis même dans un lieu public, si la situation était telle que nul du public ne pût y voir, par exemple dans une voiture publique, s'il est prouvé par l'ensemble des circonstances que les personnes s'y trouvaient isolées et fermées à tous les regards, pourra, suivant ces circonstances particulières, ne pas constituer un outrage public à la pudeur.

861. Tantôt, au contraire, il faudra une publicité effective, ou du moins l'emploi d'un mode effectif de publicité, c'est-à-dire d'un mode destiné, dans l'intention du délinquant, à faire arriver à la connaissance du public les actes, les paroles ou les pensées. Tel est l'exemple des délits commis par la voie de la presse ou par l'un des moyens de publication qu'a définis, chez nous, l'article 1^er^ de la loi du 17 mai 1819, article auquel le législateur s'est toujours référé depuis, savoir : les discours, cris ou menaces proférés; les écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente ou exposés *dans les lieux ou réunions publics;* les placards et affiches *exposés au regard du public.* Tels encore particulièrement les délits de diffamation ou d'injures *publiques,* c'est-à-dire commises par l'un des moyens que nous venons d'énumérer (1). — Les mots de *lieux ou réunions publics* font voir que la publicité dont il est ici question n'est pas seulement celle du lieu, c'est aussi celle de la réunion ; or, il peut se faire que dans un lieu privé il y ait un concours de personnes tel, soit par le nombre, soit par la manière dont ces personnes y sont reçues ou convoquées, qu'on puisse dire que le caractère de *réunion publique* existe (2). — Les mots de discours, cris ou menaces *proférés* font voir qu'il s'agit, dans

(1) Code pénal, art. 375, abrogé par la loi de 1819, art. 26; — loi du 17 mai 1819, art. 13 et suiv.; — plus quelques lois et décrets postérieurs.

(2) La question s'est présentée sous l'empire de la loi du 6 juin 1868, qui autorisait, moyennant certaines conditions déterminées, les *réunions publiques,* si elles n'avaient point pour objet de traiter de matières politiques ou religieuses. (V. Arrêts de la cour de cassation, 7 et 9 janvier 1869.)

ce moyen spécial de publication, de paroles adressées hautement à des personnes qui les entendent, portées devant les auditeurs (*pro-ferre*), c'est-à-dire d'une publicité effective; la publicité du lieu ne suffirait pas : des paroles dites à voix basse, confidentiellement, aux personnes avec lesquelles on cause, quoique dans une rue, à une table d'hôte; ou bien des paroles dites, même à haute voix, dans une rue, dans un lieu public, déserts en ce moment, où l'on se trouverait seul avec la personne injuriée, par exemple, ne rentreraient pas dans le cas de cette publicité. — Ainsi, les règles interprétatives de ce qui constitue la publicité dans les délits commis par la voie de la presse ou par quelqu'un des moyens de publication ne sont pas même identiques à l'égard de chacun de ces moyens. C'est une des difficultés majeures pour la doctrine et une des tâches essentielles de la jurisprudence pratique en ces sortes de délits, que l'appréciation de ce caractère de publicité. — Nous rangerons sous des règles analogues le fait d'avoir porté *publiquement* un costume, un uniforme ou une décoration qu'on n'avait pas le droit de porter (C. pén., art. 259).

862. Tantôt, enfin, ce ne sera qu'une sorte spéciale de publicité que la loi pénale aura incriminée, comme dans les art. 201 à 203, où il s'agit de discours que prononceraient des ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère et en *assemblée publique;* l'assemblée publique dont il s'agit ici est uniquement celle au milieu de laquelle le ministre du culte exerce son ministère.

863. Le fait qu'un délit a été commis dans un édifice consacré à un des cultes légalement établis, ou dans quelque lieu destiné ou servant au moment même à l'exercice d'un de ces cultes, dénote incontestablement chez l'agent un surcroît de culpabilité. A part ses propres croyances, et quelles qu'elles pussent être, le respect dû aux croyances d'autrui, à la destination du lieu ou au service de religion qui s'y accomplissait, était un obstacle légal par-dessus lequel il lui a fallu passer. Le droit religieux de chaque culte, le droit canonique chez nous, envisageront nécessairement de pareils actes sous le rapport de la religion, et pourront y voir, suivant les cas, une profanation, un sacrilége. Cet aspect religieux de la culpabilité est placé, nous le savons, en dehors de la sphère de la justice pénale temporelle (ci-dess., n° 553), mais l'augmentation de culpabilité tirée des considérations de morale universelle ou d'intérêt public qui se présentent en de telles situations tombe sous la compétence de cette justice. La loi positive pourra prévoir et réglementer elle-même quelques-unes de ces hypothèses; à défaut de texte légal, ce sera au juge à prendre en considération ces circonstances dans la mesure de la culpabilité individuelle.

Nous trouvons pour exemples de dispositions positives de la loi à ce sujet, dans notre Code pénal : — L'article 261, contre ceux qui auraient empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés *dans le temple ou*

autre lieu destiné ou servant actuellement à ces exercices ; de telle sorte que, si les troubles ou désordres n'ont pas pénétré dans ces lieux, mais se sont arrêtés à l'extérieur, la disposition cesse d'être applicable ; — l'article 262, contre toute personne qui aura, par paroles ou gestes, outragé les objets d'un culte *dans les lieux destinés ou servant actuellement à l'exercice de ce culte :* ce qui comprendrait, aussi bien que dans le cas précédent, un exercice même temporaire, transitoire, tel que celui d'une procession dans la rue où elle passe et au moment où elle y passe ; — enfin, l'article 386, n° 1, au sujet des vols commis *dans les édifices consacrés aux cultes légalement établis en France.* Notre Code a fait de cette circonstance de lieu une cause d'aggravation du vol, non pas lorsqu'elle est seule, mais lorsqu'elle est jointe soit à celle de nuit, soit à celle que le vol a été commis par deux ou plusieurs personnes. Séparée de l'une ou de l'autre de ces deux dernières circonstances, elle cesse d'être une cause légale et impérative d'aggravation de la peine. C'est au juge à en tenir compte, selon la latitude de ses pouvoirs, pour la mesure de la culpabilité individuelle ; de même qu'il devra le faire à l'égard de tous délits autres que le vol.

864. Des observations analogues s'appliquent aux délits commis dans un lieu où s'exerce la justice et au moment où elle s'y exerce. — Notre Code pénal a prévu et frappé de peines plus sévères l'outrage par paroles, par gestes ou menaces, ainsi que les violences contre un magistrat dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, lorsque ces faits auront eu lieu *à l'audience d'une cour ou d'un tribunal* (Code pén., art. 222, 223 et 228). — Notre Code d'instruction criminelle a prévu le cas de crimes, de délits de police correctionnelle, ou de contraventions de simple police qui seraient commis *à l'audience ou en tout autre lieu où se fait publiquement une instruction judiciaire,* sous le rapport des modifications de compétence qui en résultent pour les attributions de police ou de jugement (art. 504 et suiv.). Quant à la peine, la loi n'ayant prononcé aucune aggravation, l'influence que peut avoir cette circonstance de lieu est renfermée dans les limites des pouvoirs du juge.

865. Si du respect, si de la garantie publique qui sont dus à toute clôture on est autorisé généralement à conclure qu'il y a aggravation de criminalité dans les délits où se rencontre une violation de clôture, ainsi que nous l'avons déjà vu pour ceux commis à l'aide d'effraction, d'escalade ou de fausses clefs (ci-dessus, n° 832), à plus forte raison en sera-t-il ainsi des délits dans lesquels ce sera le respect, ce sera la protection dus aux lieux habités ou servant à l'habitation qui auront été violés. De pareils délits, quel qu'en soit le but principal, ne sont pas seulement des délits contre les biens, ils portent atteinte à des droits personnels, celui de la tranquillité, de la sécurité de l'homme dans la demeure

qu'il habite. C'est à la partie spéciale du droit pénal à déterminer quels sont les délits à l'égard desquels cette circonstance de lieu habité ou servant à l'habitation aura un caractère aggravant, et à mesurer, quant à la culpabilité absolue, la portée de cette aggravation. Notre Code pénal l'a fait à l'égard de trois délits, ceux de mendicité, de vol et d'incendie. Mais les motifs à l'égard des deux premiers et à l'égard du troisième sont bien loin d'être identiques.

866. Dans les deux premiers, la mendicité et le vol, c'est l'introduction du délinquant dans l'enceinte de l'habitation, c'est la violation par lui commise de cette enceinte, la perpétration du délit dans cette enceinte même, qui est l'élément d'aggravation de la culpabilité. Aussi, que le délinquant se soit introduit, qu'il ait commis son délit dans l'habitation même, ou dans une des dépendances de l'habitation, telles qu'une écurie, un hangar, un magasin, une cour, du moment que cette dépendance était enfermée dans la même enceinte générale, il y a violation de cette enceinte générale : l'élément aggravant s'y rencontre.

867. C'est ce que notre Code pénal a exprimé textuellement à l'égard de tous mendiants, même invalides, qui seront entrés, sans permission du propriétaire ou des personnes de sa maison, *soit dans une habitation, soit dans un enclos en dépendant* (art. 276).

868. C'est ce qu'il a exprimé textuellement encore au sujet du vol, dans l'article 381, n° 4, quant au vol commis à l'aide d'effraction extérieure, ou d'escalade ou de fausses clefs *dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépendances* (ci-dess., n°s 836 et suiv.); et plus généralement encore dans les articles 390 et 392, par lesquels il définit les lieux dont la violation pour y commettre un vol entraîne les mêmes conséquences que celle d'une maison habitée (1).

869. Du reste, les effets de cette circonstance de lieu ne sont pas les mêmes dans les deux cas. A l'égard du mendiant, le fait seul de s'être introduit dans de pareils lieux sans permission con-

(1) Art. 390. « Est réputée *maison habitée*, tout bâtiment, logement, loge, » cabane, même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habi- » tation, et tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, » édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient » une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale. »

Art. 391. « Est réputé *parc* ou *enclos*, tout terrain environné de fossés, de » pieux, de claies, de planches, de haies vives ou sèches ou de murs de quelque » espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, » la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de » porte fermant à clef ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et » ouverte habituellement. »

Art. 392. « Les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne, » de quelque manière qu'ils soient faits, sont aussi réputés enclos; et lorsqu'ils » tiennent aux cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens, ils sont » réputés dépendants de maison habitée. »

stitue le délit (art. 276). A l'égard du voleur, cette circonstance de lieu ne fait entrer le délit dans la catégorie des vols qualifiés et punis plus sévèrement par notre loi que lorsqu'elle se joint à quelque autre circonstance déterminée par le Code, savoir l'effraction, l'escalade ou l'usage de fausses clefs (art. 381) ; ou bien la nuit, ou la pluralité de personnes réunies pour commettre le vol (art. 386-1°). En dehors de ces autres circonstances, c'est au juge seul à en tenir compte, s'il l'estime convenable, dans la mesure de la culpabilité individuelle.

870. A la différence des deux délits qui précèdent, l'élément aggravant dans le crime d'incendie n'est pas la violation de clôture, l'introduction du délinquant, pour commettre son délit, dans une enceinte qu'il devait respecter : c'est le danger que le feu mis à des édifices ou autres lieux habités ou servant à l'habitation n'atteigne quelque personne pouvant se trouver dans ces lieux. La circonstance n'est pas véritablement une circonstance de localité : ce n'est pas l'incendie de n'importe quels objets *dans les édifices ou autres lieux,* etc. ; c'est le feu mis *à des édifices ou autres lieux,* etc. ; il ne s'agit pas du lieu où le délit a été commis, il s'agit des objets mêmes atteints par le délit. La raison dit donc que c'est à la nature de ces objets, à la facilité de communication du feu, à la chance plus grande de la présence de quelque personne exposée au danger de l'incendie, que la loi doit s'attacher, et non au fait que ces objets se trouveraient ou non compris dans une clôture ou enceinte générale dépendant de l'habitation.

871. Notre Code pénal, tel qu'il a été revisé en 1832 (1), a suivi cette idée. En punissant de mort « quiconque aura volon-» tairement mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, » chantiers, *quand ils sont habités ou servent à l'habitation,* et » généralement aux lieux *habités ou servant à l'habitation* » (art. 434), il n'a pas ajouté, comme dans les deux cas précédents, *ou à leurs dépendances ;* il n'a fait mention d'aucune condition de clôture ou enceinte générale, parce que là n'est pas la question. La seule condition, mais la condition impérative, est que les objets incendiés soient des édifices ou autres lieux *habités ou servant à l'habitation,* parce qu'alors la chance qu'il s'y trouve quelque personne exposée au péril du feu est très-probable et facile à prévoir par l'incendiaire. — Mais si, en mettant volontairement le feu à d'autres objets quelconques, l'incendie a été communiqué à des édifices ou autres lieux habités ou servant à l'habitation, que les objets auxquels le feu a été mis fussent en dehors ou en dedans de l'enceinte générale, qu'ils fussent ou non des dépendances de l'habitation, peu importe : du moment qu'ils étaient

(1) Le texte de 1810 prononçait la peine de mort pour l'incendie, même d'édifices, navires, bateaux, ne servant point à l'habitation. (Anc. art. 434.)

placés de manière à communiquer l'incendie aux lieux habités ou servant à l'habitation et que cette communication s'est en effet produite, la peine de mort est applicable (même art. 434).

872. Là s'est arrêté, en ce qui touche l'incendie des lieux habités ou servant à l'habitation, l'article du Code revisé en 1832, et là il faut aussi que notre jurisprudence pratique s'arrête. Malgré l'autorité imposante de nombreux arrêts de la Cour de cassation, nous ne saurions étendre au crime d'incendie les définitions contenues dans les articles 390 et 392 du Code pénal, qui assimilent, en ce qui concerne le vol, à une maison habitée toutes les dépendances comprises dans la clôture ou enceinte générale (ci-dess., n° 868, en note). On conçoit que ces définitions, quoique faites spécialement pour le cas de vol, puissent être appliquées, par voie d'analogie, avec un certain crédit général, là où les motifs sont les mêmes; mais quand les motifs sont tout différents et demandent des décisions inverses, une pareille extension ne doit plus avoir lieu (voir des exemples analogues, ci-dess., n°s 778, 812 et 824). C'est beaucoup trop déjà pour la justice pénale que notre législateur, même en 1832, ait appliqué la peine de mort à l'incendiaire lorsque aucune personne n'a péri dans l'incendie, lorsque aucune intention de faire périr quelqu'un n'est prouvée à la charge de l'accusé, lorsque l'intention contraire serait même démontrée, lorsque peut-être il n'y avait, en réalité, âme qui vive dans les lieux incendiés, par cela seul que la chance possible et probable en a existé, ces lieux incendiés étant habités ou servant à l'habitation, et que l'accusé aurait dû y songer : la peine de mort, à cause du péril seulement présumable de quelque personne et faute d'y avoir songé ! c'est beaucoup. Ni le texte ni la raison du droit n'autorisent à aller au delà et à étendre, par voie d'interprétation forcée, la même peine à des cas dans lesquels aucun lieu habité ou servant à l'habitation n'a été atteint, par cela seul que le feu aura été mis en quelque lieu compris dans la même clôture ou enceinte générale, d'où il n'a pas gagné les lieux habités ou servant à l'habitation, et d'où il était peut-être même impossible qu'il les gagnât, à cause de la disposition ou de la distance. Nous nous rangeons donc à l'avis des criminalistes qui repoussent l'application au crime d'incendie des définitions faites dans les articles 390 et 392 pour le cas de vol, et nous considérons la jurisprudence des arrêts comme devant nécessairement revenir sur l'opinion contraire qu'elle a suivie.

873. Mais nous ne nous refusons pas à donner à ces mots *ou servant à l'habitation* le même sens que *destinés à l'habitation*, parce que ce sont les mots employés identiquement dans les articles 381, 386 et 434, et parce qu'aucun motif de raison assez grave n'autorise à les entendre ici dans une signification et là dans une autre. Du moment que l'édifice ou autre lieu incendié était destiné à l'habitation, quoique n'y servant pas encore, la

possibilité qu'il s'y trouvât quelqu'un est suffisante pour entrer dans les prévisions comme dans les termes de l'article 434.

874. L'article 434 mettait sur la même ligne que les lieux habités ou servant à l'habitation, en fait d'incendie, tout édifice servant à des réunions de citoyens, et punissait aussi de la peine capitale le crime d'y avoir mis volontairement le feu, sans distinguer si c'était au moment de la réunion ou non que le feu avait été mis; par la raison qu'il est possible, et probable ordinairement, qu'il s'y trouve quelqu'un. Voilà une assimilation qui, faite pour le crime d'incendie, ne l'avait pas été par notre législateur pour le vol (les articles 381, 386, 390, ne disent rien de semblable), et qu'il n'était pas permis d'étendre d'un cas à l'autre, toujours à cause de la différence de motifs. Il fallait, pour l'aggravation en fait de vol, que ce lieu servant à des réunions de citoyens fût en même temps lui-même habité ou servant à l'habitation, ou du moins compris comme dépendance dans l'enceinte générale d'une habitation. — Ainsi, un édifice consacré au culte entrait évidemment, par rapport à l'incendie, dans les termes de l'article 434, comme lieu servant à des réunions de citoyens; mais il n'entrait pas, par rapport au vol, dans les termes de l'article 381 4°, parce qu'on ne peut pas dire qu'il soit un lieu habité ou servant à l'habitation. — Mais la révision de 1863 a assimilé, au contraire, la règle sur l'incendie à la règle sur le vol, en supprimant le second alinéa de l'article 434. Il n'y a donc plus lieu d'assimiler à l'habitation présumée l'affectation de l'édifice à une réunion de citoyens.

875. La circonstance de maison habitée ou de ses dépendances agit en sens inverse, c'est-à-dire qu'au lieu d'aggraver le délit, elle l'efface ou l'atténue, dans le cas d'homicide, blessures ou coups ayant eu lieu en repoussant, pendant la nuit (C. pén., art. 329) ou pendant le jour (art. 322), l'escalade ou l'effraction « des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances » (ci-dess., nos 443 et 445). On ne pourrait appliquer ici intégralement, tout le monde en conviendra encore, toujours parce que les motifs sont différents, la définition de l'article 390, des lieux assimilés en fait de vol à une maison habitée. Le Code, en effet, n'a pas ajouté dans les articles 322 et 329, *ou servant à l'habitation;* il faut que la maison ou l'appartement soit réellement habité, parce qu'il faut que l'habitant assailli repousse un danger personnel. Si c'était un propriétaire accourant d'un autre lieu pour venir défendre contre l'attaque de malfaiteurs sa maison inhabitée, il y aurait bien lieu à faire application, suivant le cas, des principes par nous posés sur la légitimité complète ou incomplète de la défense privée (ci-dess., nos 417 et suiv.); mais ce ne serait plus la situation légale des articles 322 et 329 du Code pénal.

876. Cette circonstance agit encore de même dans le cas de fait

de chasse par le propriétaire ou possesseur, auquel il est permis de chasser ou faire chasser en tout temps, sans permis de chasse, « dans ses possessions attenant à une habitation et entourées d'une » clôture continue faisant obstacle à toute communication avec » les héritages voisins » (loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse, art. 2). Ici encore ce ne sera point par les définitions de l'article 390 du Code pénal sur les lieux assimilés en fait de vol à une maison habitée, ni par celles de l'article 391 sur les lieux considérés en fait de vol comme parc ou enclos, qu'il faudra interpréter les dispositions de la loi sur la police de la chasse; ce sera par les principes et par les motifs particuliers qui ont présidé à cette loi.

877. L'influence du lieu du délit doit se faire sentir d'une manière particulière en fait de contraventions de simple police, par suite du caractère propre à ces contraventions de n'être que d'intérêt ou d'importance locale. Ainsi l'autorité des règlements locaux de simple police s'arrête aux limites territoriales de la localité pour laquelle ils ont été rendus, et ce qui est contravention de simple police dans tel lieu cesse de l'être dans tel autre si les mêmes injonctions ou les mêmes prohibitions n'y ont pas été faites. Nous verrons une autre conséquence de ce caractère local quand nous traiterons des récidives de contraventions de simple police.

878. Indépendamment de l'influence qui se présente quelquefois quant à la pénalité, le lieu du délit en a toujours une décisive quant à la compétence des autorités ou des juridictions, ainsi que nous aurons à l'expliquer plus tard, en traitant de cette compétence.

879. Mais de toutes les considérations de lieu, soit eu égard à la pénalité, soit eu égard à la compétence des autorités et à la procédure, la plus importante, sinon par le nombre des affaires où elle se présente, car ce nombre est restreint dans la pratique, du moins quant à la largeur des principes qui s'y trouvent engagés et quant aux conséquences de droit à en déduire, c'est celle des délits commis sur le territoire ou hors du territoire national. Ce point demande un article à part.

§ 5. Des délits commis sur le territoire ou hors du territoire national.

1° *Suivant la science rationnelle.*

880. Les questions qui se trouvent engagées ici sont des questions de puissance de la loi pénale et de puissance de juridiction. Les éléments qui s'y présentent sont non-seulement des éléments de lieu, le territoire national ou le territoire étranger, mais aussi des éléments de personne, la qualité de national ou la qualité d'étranger soit chez l'agent, soit chez le patient du délit. Voilà pourquoi il nous a fallu attendre, pour aborder ce sujet, d'avoir dégagé par l'analyse la connaissance de l'un et de l'autre des

éléments qui y dominent (ci-dess., n° 535). — On a beaucoup mis en controverse parmi les jurisconsultes, dans l'ancienne jurisprudence, et même de nos jours, la question de savoir si la loi pénale est une loi territoriale ou une loi personnelle; on a fait intervenir les distinctions de statut réel et de statut personnel : nous laisserons de côté ces complications de mots et d'idées, qui, empruntées à une autre époque ou à d'autres branches du droit, n'ont fait qu'obscurcir le problème pénal. La science du droit pénal, science de droit public interne (ci-dess., n° 24), est plus simple, et si l'on s'en tient à ses principes fondamentaux la solution arrivera comme d'elle-même.

Deux situations sont à distinguer : celle des délits commis sur le territoire national, et celle des délits commis hors du territoire.

881. Pour les délits commis sur le territoire, aucune difficulté. Le droit de punir ici-bas une action contraire à la loi morale du juste appartient à l'État dont cette action froisse en même temps l'intérêt, à l'État dont la conservation ou le bien-être commun se trouverait compromis par l'impunité : c'est à ce titre que la justice humaine des sociétés est autorisée à se mêler d'infliger la punition des actes coupables (ci-dess., n^os^ 187 et suiv.). Or le premier et le plus gravement intéressé à cette punition entre les États, c'est celui sur le territoire duquel l'action coupable a eu lieu; c'est lui dont la vigilance a été mise en défaut, dont l'autorité est bravée, dont la protection a subi un échec, dont la population prend l'alarme et entre en défiance, au sein duquel surgit le danger du mauvais exemple, à moins que l'exemple de la peine publique marchant à la suite du délit ne vienne arrêter les uns et rassurer les autres; que le délinquant soit un national ou un étranger, que fait cette circonstance à la question? Du moment qu'il y a dans l'auteur de l'action moralement coupable un homme avec les conditions voulues de l'imputabilité et de la responsabilité pénales (ci-dess., n^os^ 220 et suiv.), le droit de punir cet homme existe, et il existe au profit de l'État lésé dans son intérêt de conservation ou de bien-être social par le délit. Laissant donc de côté toutes les raisons secondaires qui ont pu en être données, laissant de côté la phraséologie qui ne fait qu'affaiblir le raisonnement, on voit que c'est sur la base même fondamentale du droit pénal que vient s'asseoir cette vérité : que chaque État a le droit de punir les délits commis sur son territoire, sans distinction entre les délinquants nationaux ou étrangers. Et quelle loi y appliquera-t-il? Évidemment celle qui est tenue dans cet État pour juste et nécessaire, c'est-à-dire celle qui y est en vigueur, la loi de cet État. Objectera-t-on que cette loi peut être mauvaise? C'est le sort possible de toute loi positive : mais alors elle est mauvaise contre les nationaux non moins que contre les étrangers; vous faites le procès à la loi existante, vous ne prouvez rien contre le droit de punir qui appartient à l'État.

Quant à cette première situation, en science comme en fait, sauf les différentes manières de raisonner, tout le monde est d'accord sur la conclusion. C'est sous ce premier rapport qu'on peut dire, si l'on veut, que la loi pénale est essentiellement territoriale.

882. En ce qui concerne les délits commis hors du territoire, deux théories radicales et en sens inverse se sont produites.

Suivant l'une de ces théories, une action mauvaise étant mauvaise n'importe où elle ait été commise, le coupable mérite son châtiment n'importe où il se réfugie, et chaque État qui le tient en son pouvoir est en droit de lui infliger ce châtiment (1). Il est facile de voir que cette théorie n'est qu'une conséquence du système qui assied, pour les sociétés, le droit de punir sur l'idée seule de la justice absolue (ci-dess., n° 182) ; la condition de l'utilité ou de la nécessité sociale y est mise tout à fait de côté.

Suivant l'autre théorie, au contraire, la puissance pénale de chaque État est exclusivement restreinte aux actes commis sur son territoire ; du moment qu'il s'agit d'actes qui se sont passés au dehors, quels que soient ces actes et quels qu'en soient les auteurs ou les victimes, nationaux ou étrangers, quelles que soient les circonstances qui aient amené chez lui la présence de ces auteurs, et quelques plaintes qui lui en soient faites, le droit de punir n'existe pas pour l'État (2). C'est sous ce second rapport que les partisans de ce système diront que la loi pénale est exclusivement territoriale : le mot, comme on le voit, est à double sens ; il n'est pas étonnant qu'il en naisse des équivoques. Assise sur une limite toute matérielle, cette théorie ne donne satisfaction ni au principe de justice, ni à celui de la nécessité ou de l'utilité sociale, qui aurait souvent à en souffrir.

Celle-ci pas plus que la précédente n'est dans le vrai.

883. Notez bien que le problème n'est pas de savoir si un État peut aller punir sur le territoire d'un État étranger des actes coupables qui s'y sont passés, saisir les délinquants, entendre les témoins, exercer une autorité quelconque : qui mettrait en doute la négative ? Ce n'est pas la puissance pénale seulement, c'est

---

(1) M. Pinheiro-Ferreira me paraît, entre les publicistes, celui qui a émis cette théorie le plus radicalement. Son système se résume, en définitive, en ceci : Jamais extradition, mais punition de toute personne sur le territoire et d'après la loi de ce territoire, pour tous délits commis même au dehors. (*Cours de droit public*, t. 2, p. 32 et suiv., 179 et suiv.)

(2) « Le supplice, dit Beccaria (*Traité des délits et des peines*, § 29), ne saurait être infligé que dans le pays où le crime a été commis, parce que c'est là seulement, et non ailleurs, que les hommes sont forcés de prévenir un mal public par un mal particulier. Un scélérat dont les crimes précédents n'ont pu violer les lois d'une société dont il n'était point membre peut lui inspirer de la crainte ; l'autorité supérieure peut l'en exclure, mais elle n'a point le droit de lui infliger d'autre peine, parce que les lois ne punissent que le tort qui leur est fait et non la malice antérieure des actions. » Beccaria en était encore à la doctrine du contrat social et aux théories utilitaires.

toute puissance, tout droit de souveraineté interne, dont l'exercice, sauf quelques rares exceptions admises par le droit des gens, s'arrête pour chaque État à la limite des frontières : le principe est incontesté, et il n'est question d'y porter aucune atteinte. Le problème est de savoir si un État ne peut jamais punir chez lui, sur son territoire, des actes qui ont été commis au dehors. Le droit de punir appartient indubitablement à l'État sur le territoire duquel le délit a eu lieu, le problème est de savoir s'il n'appartient qu'à lui seul, et si d'autres États ne peuvent pas aussi en être investis. Je crains bien que la confusion entre deux idées aussi différentes ne soit pour beaucoup dans le sens attribué par quelques-uns à la maxime de la territorialité de la loi pénale.

884. Or, pour la solution de ce second problème comme pour celle du premier, c'est toujours à la théorie fondamentale du droit de punir qu'il faut recourir, c'est toujours le même principe et toujours la même conséquence, c'est toujours cette vérité que le droit de punir existe pour la société du moment que ces deux conditions se trouvent réunies : la justice et la nécessité sociale ; un acte méritant châtiment suivant la loi morale du juste, et un intérêt social autorisant l'État à s'immiscer dans l'application de ce châtiment (ci-dess., nos 187 et suiv.).

Prenant, en effet, ce point de départ, on conçoit qu'un État, lorsqu'un fait moralement coupable a eu lieu hors de son territoire, soit communément désintéressé dans la répression, et doive par conséquent y rester étranger.

Mais ne peut-il pas surgir une multitude de circonstances qui fassent naître pour lui un intérêt personnel de conservation ou de bien-être social à la punition méritée du coupable, et qui lui donnent dès lors le droit d'infliger cette punition ? — Si l'acte moralement coupable, bien que commis en pays étranger, a été dirigé contre l'État lui-même, contre sa sûreté, contre sa fortune ; s'il l'a été contre un de ses nationaux, auxquels cet État doit plus de protection, même au dehors ; ou par un de ses nationaux, sur lesquels il a plus d'autorité quelque part qu'ils aillent ; si le fait a été commis dans un certain rayon de ses frontières : par exemple, s'il s'agit d'attaques ou de vols sur grands chemins aux abords du pays ou à quelques lieues de distance ; si les produits du crime ont été apportés chez lui ; enfin, si dans tous ces cas, le coupable, national ou étranger, est venu et se trouve sur son territoire, où la présence de cet homme est un danger, une cause d'alarme pour la sécurité commune, de telle sorte qu'il importe de rassurer les habitants, de montrer à tous que l'État n'est pas impuissant et désarmé contre les malfaiteurs qui sont là sous sa main et sous son autorité ? — Certes, voilà des hypothèses dans lesquelles l'État, suivant la gravité des faits, peut avoir à la répression méritée un intérêt personnel de conservation ou de sécurité sociale,

et où par conséquent la théorie fondamentale elle-même du droit de punir nous dit que ce droit lui appartient.

885. Vainement objecterait-on que l'exercice de la souveraineté interne de chaque pays s'arrête aux limites du territoire : il ne s'agit pas, ainsi que nous venons de l'expliquer, d'aller faire chez autrui un acte quelconque de souveraineté; il s'agit d'exercer chez soi, sur son propre territoire, le droit de punir dont on est personnellement investi.

Vainement objecterait-on que c'est l'affaire de chaque État de garantir chez soi la paix et la sécurité publiques, et que nulle puissance étrangère n'a le droit de s'immiscer dans cette affaire : il ne s'agit pas de garantir la paix ou la sécurité d'un autre État, mais bien de garantir la sienne propre.

Vainement objecterait-on que les faits commis hors du territoire n'ont pu troubler la paix publique du pays : il est au contraire, des cas où de pareils faits, suivant leur nature ou les circonstances qui sont venues à la suite, bien que commis à l'étranger, peuvent troubler gravement la paix publique du pays; il s'agit précisément de distinguer et de déterminer quels sont ces cas.

Vainement enfin objecterait-on que l'État qui veut punir des faits commis hors de son territoire est dépourvu d'un grand nombre de moyens pour la constatation de ces faits ; qu'il ne peut ni faire ni ordonner aucune descente ou vérification sur le territoire étranger; ni assigner, avec le droit de commandement, les témoins qui s'y trouvent; qu'il est obligé de s'en remettre, pour ces actes d'instruction, aux secours officieux d'une puissance étrangère, à l'assistance mutuelle que les gouvernements peuvent se donner ou se refuser : cela est vrai; mais ce ne sont là que des difficultés d'exécution auxquelles il doit être pourvu de la manière la plus convenable possible, des difficultés dans l'exercice du droit, qui ne prouvent rien contre l'existence du droit en lui-même.

886. Ce droit, pour chaque État, de punir, dans certaines hypothèses, des actes criminels commis hors du territoire national se présente donc, non pas comme une exception aux règles fondamentales de la pénalité, mais comme une application même de ces règles. Ici, comme ailleurs, la tâche du criminaliste quant à la science rationnelle, et celle du législateur quant à la loi positive, consisteront à déterminer quels seront les actes à l'égard desquels et quelles seront les hypothèses dans lesquelles les deux conditions de la justice et de l'intérêt social se trouveront réunies pour justifier et pour commander l'exercice de la puissance pénale. — Quelques idées générales doivent présider sur ce point à l'appréciation des cas particuliers.

887. Une distinction première se présente, suivant que les délits commis hors du territoire de l'État l'ont été ou contre cet État lui-même, ou contre un État étranger, ou contre des particuliers.

888. S'ils l'ont été contre cet État lui-même, par exemple

contre sa sûreté intérieure ou extérieure, contre sa fortune publique, contre ses institutions ou ses autorités, il n'est pas besoin d'aller chercher pour lui d'autres motifs d'intérêt à la répression; attaqué directement et personnellement par le délit, c'est lui qui a le premier et le plus grand intérêt de conservation ou de sécurité sociale à ce que de tels actes ne restent pas impunis. Il passe même à cet égard avant l'État sur le territoire duquel les actes dirigés contre lui se sont accomplis, car cet État étranger n'y est engagé que d'une manière indirecte, il peut y être indifférent, ou même en être complice, suivant la nature de ces actes ou suivant les relations amicales ou hostiles existant entre les deux pays. — Et peu importe, dans cette première hypothèse, que le coupable soit un national ou un étranger, qu'il soit venu et qu'il puisse être saisi sur le territoire ou qu'il se tienne toujours au dehors : cette présence du délinquant sur le territoire de l'État attaqué par le délit peut être de grande importance pour l'efficacité de la poursuite, mais ce n'est pas elle qui ouvre l'intérêt social ni par conséquent le droit de punir

889. Au contraire, si les actes commis à l'extérieur l'ont été contre un État étranger ou contre des particuliers, la présence du délinquant est une condition indispensable entre toutes les autres pour faire surgir au profit d'un État hors du territoire duquel les faits se sont passés un intérêt social de répression; parce qu'alors seulement le délinquant, par cette présence au sein de cet État, pourrait y devenir, s'il y jouissait de l'impunité, une cause de péril, de trouble à la sécurité publique, de mauvais exemple et de scandale pour l'autorité du droit. La présence, dans cette seconde hypothèse, n'est plus seulement de grande importance pour l'efficacité de la poursuite, c'est elle qui ouvre l'intérêt social et par conséquent le droit même de punir.

Mais ici de nouvelles distinctions sont à faire.

890. S'il s'agit d'actes qui ne sont point contraires à la loi morale universelle, mais contraires seulement aux lois politiques ou aux lois spéciales de police de l'État étranger sur le territoire duquel ils ont eu lieu, la culpabilité n'étant qu'une culpabilité locale, malgré la présence du délinquant au sein du pays où il s'est réfugié, ce pays n'a pas à s'immiscer dans la punition. Chaque peuple a son organisation politique ou sociale et ses prescriptions de police intérieure, souvent contradictoires avec celles des autres; nul d'entre eux n'est appelé à sanctionner celles de ses voisins par l'application de sa propre législation pénale à des faits qui se sont passés ailleurs que chez lui. Hors du territoire où ils ont été commis, les délits politiques et ceux de police spéciale doivent donc être à l'abri de toute pénalité. Loin d'avoir à les poursuivre, les nations qui se respectent doivent se faire, au contraire, un devoir d'accorder asile aux réfugiés politiques de tous les partis, à la charge par ces réfugiés de s'abstenir en cet asile de tout acte

d'hostilité contre des puissances amies; elles doivent se faire un honneur de pourvoir même, autant que l'humanité l'exige et que les ressources financières de l'État le comportent, aux plus pressants besoins des réfugiés sur cette terre où l'hospitalité leur est donnée.

891. Même lorsqu'il s'agit d'actes contraires à la loi morale universelle du juste, si ces actes ont peu de gravité, ils cesseront aussi d'être punissables en dehors du territoire où ils auront été commis, parce qu'alors ce sera l'intérêt social qui fera défaut. On conçoit, en effet, que, pour que la seule présence chez une nation de l'auteur d'un acte illicite commis en pays étranger produise autour du coupable ce danger public, ce trouble à la sécurité, qui font naître pour l'État l'intérêt et par suite le droit de prononcer et d'appliquer la peine méritée, il faut que l'acte en question ait une certaine gravité; sinon, la nécessité sociale s'évanouissant, le droit de répression s'évanouit aussi. — Il est indubitable, par exemple, que, si la présence sur un territoire d'un homme qui a commis en pays étranger un assassinat, un meurtre, un incendie, un vol, un attentat par violence contre les mœurs, inspire de justes craintes à ceux qui l'entourent et donne naissance à un danger sérieux pour la société, il n'en sera pas de même de la présence de celui qui aura commis hors du territoire quelque délit d'injure verbale, ou de rixe sans gravité, ou de blessures involontaires. — Joignez à cela que les difficultés de l'application, dont il faut aller chercher les éléments de solution en pays étranger, se multiplient à mesure qu'il s'agit de faits de moindre importance, et que le législateur doit éviter de susciter, pour un minime intérêt, de tels embarras à la justice et à la diplomatie.

892. Cette distinction à l'égard de la gravité devra s'appliquer, par des motifs identiques, aux délits qui seraient commis hors du territoire d'un État, même contre cet État personnellement (ci-dess., n° 888). En effet, si le délit est tel qu'il eût été peu grave sur le territoire, encore moins le sera-t-il ayant été commis au dehors, et ce caractère d'exterritorialité, bien que l'acte fût dirigé contre l'État, fera disparaître l'intérêt de la répression, ou l'amoindrira de manière qu'il y ait plus d'avantage pour l'État à l'abandonner. Ceci sera vrai surtout dans la sphère des délits politiques, dont le danger diminue de beaucoup et souvent s'évanouit entièrement quand ces délits se passent hors des frontières.

893. En résumé, on voit que, pour marquer parmi les délits commis hors du territoire ceux qui, tant à raison de la justice qu'à raison de l'utilité sociale réunies, seront punissables, il faut tenir compte à la fois et de la nature et de la gravité des faits. Cette détermination, lorsqu'on arrive au détail de chaque délit en particulier, soit pour le criminaliste, soit pour le législateur, n'est pas sans difficulté.

894. Pour éluder cette difficulté, la pensée est venue à quelques-

uns de renvoyer la détermination à faire à des conventions diplomatiques entre l'État et les diverses puissances étrangères qui consentiraient à traiter avec lui sur ce point; et cet expédient a paru séduire quelques bons esprits. Nous disons éluder, car la difficulté ne serait pas résolue; elle passerait seulement du législateur au négociateur, d'une solution générale et uniforme à des solutions partielles, accidentelles et variables. Il n'en peut pas être ainsi de la pénalité. La puissance répressive, partie essentielle de la souveraineté interne, n'est pas objet de négociations internationales. Chaque peuple, quand il punit sur son territoire, tient son droit de lui-même et non d'aucune convention diplomatique quelconque avec une autre puissance. Il punit et il ne peut punir que parce que le fait en lui-même est coupable selon la morale et selon ses lois, et qu'en outre il a un intérêt direct, un intérêt propre à ce que l'auteur n'en reste pas impuni. Vouloir subordonner le droit de poursuite à l'existence d'une convention diplomatique, c'est donc vouloir amoindrir la souveraineté nationale; c'est, en outre, vouloir faire considérer la punition comme un service rendu à une puissance étrangère, tandis qu'elle ne peut être basée que sur la justice et sur la nécessité sociale de l'État même qui punit. Chaque État exerce ce droit, non pour rendre service à autrui, mais pour se garantir lui-même. S'il y a des cas de délits extérieurs tels, par leur nature et par leur peu de gravité, qu'il ne doive pas se préoccuper de la répression, et d'autres où il doive s'en préoccuper, c'est à lui à déterminer ces cas par son propre pouvoir législatif (1). Il est d'ailleurs inutile d'insister sur l'inégalité démoralisatrice que le système des conventions diplomatiques introduirait dans l'ordre des lois le moins susceptible d'inégalité, c'est-à-dire dans les lois pénales; puisque le même acte, au sein du même État, serait punissable ou non-punissable, suivant qu'il aurait été commis dans tel pays étranger ou dans tel autre, et suivant qu'il existerait ou qu'il n'existerait pas de traités stipulant ou promettant la punition.

Il ne faut pas confondre, à ce sujet, le droit même de punir, avec les facilités, avec le concours qui peuvent être demandés à la puissance étrangère sur le territoire de laquelle les faits se sont passés, pour arriver plus efficacement et plus sûrement, à l'aide de ce concours, à l'exercice de son droit. Sans doute, l'extradition des délinquants, l'assistance dans les actes d'instruction, sont de

(1) Ce n'est pas qu'il n'y ait souvent intérêt pour un État à demander à un État voisin la punition de certains délits, à insister par voie diplomatique pour que cette punition ait lieu, soit parce que le délit aura été dirigé contre lui-même, soit parce qu'il l'aura été contre un de ses nationaux, soit par toute autre cause; mais en cela il demande, il insiste de la manière d'une partie lésée recourant à l'autorité gouvernementale pour que justice lui soit rendue, ce qui n'empêche pas que le peuple qui punira ne puise son droit en lui-même et nullement dans le consentement d'aucun autre État.

bons offices internationaux, que les États, en l'absence de tout engagement particulier, sont libres de se rendre ou de se refuser, et qui peuvent dès lors faire l'objet d'une convention diplomatique; mais le droit de punir existe indépendamment de ces facilités, soit que l'État étranger les accorde, soit qu'il les refuse (ci-dess., nos 884 et suiv.) : ce serait une grave et dangereuse erreur que de confondre sous une même règle des cas si différents, et de conclure par similitude ou par analogie de l'un à l'autre.

895. Arrivés à ce point du raisonnement, et sous le bénéfice des observations générales qui précèdent, il ne reste plus qu'à examiner l'influence que peut avoir sur la solution du problème la qualité de national ou d'étranger chez l'agent du délit ou chez la personne qui en a été victime.

896. S'il s'agit d'un national ayant commis à l'extérieur un délit grave contre l'État même auquel il appartient, lié par des obligations personnelles plus étroites envers cet État dont il fait partie, ce national est plus coupable que ne le serait un étranger. D'un autre côté, investi au sein de cet État de droits privés et de droits publics, eût-il le soin de se tenir hors du territoire de manière à ne pouvoir être atteint dans sa personne, il pourrait toujours l'être dans ses droits, et la poursuite à son égard pourrait toujours avoir une certaine efficacité. Sa rentrée sur le territoire ne serait donc une condition nécessaire ni pour l'existence du droit de punir (ci-dess., n° 888), ni pour l'efficacité de la poursuite; appelé à comparaître devant la juridiction de son pays, s'il n'obéit pas à cet appel, il pourra être jugé par contumace.

897. S'il s'agit toujours d'un national, mais de délits d'une certaine gravité par lui commis à l'extérieur contre des particuliers, sa rentrée et sa présence sur le territoire sont nécessaires pour donner ouverture au droit de punir, par la raison que c'est cette présence seule qui fait naître l'intérêt social de répression (ci-dess., n° 889); qu'on remarque à son égard combien sera impérieuse la nécessité de cette répression : le national de retour sur le territoire du pays auquel il appartient a le droit d'y rester; la science rationnelle du droit public n'admet pas que le gouvernement puisse ni l'en exclure, ni le frapper d'une manière quelconque, si ce n'est par jugement; encore moins le livrer par voie d'extradition à une autre puissance. On peut livrer à l'étranger un étranger, mais on ne livre pas son propre national; de sorte qu'on en serait réduit, si les juridictions répressives étaient impuissantes et désarmées, à souffrir forcément le coupable au sein de l'État, sans pouvoir d'aucune manière l'expulser, le juger ni le punir, malgré le danger qu'il y apporterait et l'alarme qu'il y causerait. Une telle situation ne saurait se tolérer, et puisque la seule mesure possible à l'égard d'un délinquant national, pour garantir la société contre sa présence et son impunité, est de le faire juger par

les juges et suivant les lois avouées par la constitution du pays, il faut bien reconnaître que ce droit existe pour l'État.

898. La situation, le raisonnement et la conséquence sont les mêmes, que le délit commis à l'extérieur par le national l'ait été contre un autre national ou contre un étranger. Qu'importe, en effet, que l'assassin, l'incendiaire, le voleur, l'escroc que j'ai près de moi ait assassiné, volé, spolié par escroquerie, à Bruxelles, un Français, un Belge ou un Italien, qu'il ait brûlé la maison de l'un ou de l'autre? Sa présence n'en est pas moins pour moi une cause d'appréhension; je n'en ai pas moins intérêt, et tous les habitants avec moi, et l'État par conséquent, à être rassuré sur ce péril; et si ce coupable est un national, contre lequel aucune voie n'est ouverte si ce n'est celle de la justice nationale, il faut bien que l'État ait le droit de recourir à cette justice.

899. Il faut conclure de ces raisonnements que le droit de punir le national, dans certains cas, à raison des actes commis par lui en pays étranger, ne se déduit pas de ce que la loi pénale serait une loi personnelle, qui le suivrait en tout pays, comme le font les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes; mais ce droit provient essentiellement de cette double circonstance, que la punition, juste suivant la loi morale et suivant les lois en vigueur dans l'État, importe en outre, d'une manière suffisamment grave, à la conservation ou au bien-être social de cet État.

900. Si le délinquant qui a commis les actes à l'extérieur est un étranger, et que ces actes soient des délits d'une certaine gravité contre l'État, le droit abstrait de répression existe pour cet État directement attaqué à l'extérieur par le délit de l'étranger, même lorsque celui-ci continue à se tenir hors de ses frontières (ci-dess., n° 888); mais, si cet État offensé ne peut s'emparer de ce délinquant, comment exercerait-il efficacement son droit de punir? comment appliquerait-il à un étranger la procédure des jugements par contumace, n'ayant aucun moyen de contrainte ni de répression effective contre lui? Une telle procédure serait entièrement illusoire, et il n'y aurait aucune dignité pour l'État à l'entreprendre, n'ayant aucune sanction à y attacher. Le droit existe, il pourra servir de base à une demande d'extradition; mais il faudra en réserver l'exercice pour le moment où cet exercice pourra être efficace, soit parce que l'État aura saisi sur son territoire le délinquant étranger, soit parce que l'extradition lui aura été accordée (1).

901. Si les délits commis par l'étranger à l'extérieur sont des

(1) Pour l'étude de toutes les questions théoriques et pratiques qui se rattachent à l'extradition, nous ne saurions trop recommander l'excellent travail, *Traité de l'Extradition*, que vient de publier (Plon, 1874) M. Billot, docteur en droit, rédacteur au ministère des affaires étrangères. La position de l'auteur lui a permis de publier toutes les conventions d'extradition conclues par la France et actuellement en vigueur.

délits contre des particuliers, la présence de ce délinquant étranger au sein du pays où il s'est réfugié y pourrait être aussi, s'il y jouissait de l'impunité, une cause de mauvais exemple, de scandale pour l'autorité du droit, de péril et d'appréhension pour la sécurité de tous; mais, à son égard, d'autres moyens de se garantir existent. Puisqu'il est étranger, ne faisant pas partie de l'État sur le territoire duquel il se trouve, il n'a pas de droit social d'y rester. Quelque bienveillantes que soient les lois du pays envers les étrangers, quelques progrès qu'il soit désirable de voir réaliser sur ce point, le gouvernement peut, en suivant les formes tracées par ces lois, soit livrer cet étranger à la puissance sur le territoire de laquelle il a commis les faits qui lui sont reprochés, soit l'expulser du territoire. — Néanmoins, il peut se présenter des cas où ces mesures d'extradition ou de simple expulsion ne suffiront plus pour donner satisfaction aux intérêts nationaux. N'en sera-t-il pas ainsi si c'est contre un national même que l'étranger a commis son délit à l'extérieur et si ce délit est d'une haute gravité ? Chaque gouvernement doit une protection publique à ses nationaux, même hors du territoire; si quelqu'un de ces nationaux a été victime de crimes en pays étranger, il est du devoir du gouvernement et de ses agents diplomatiques ou consulaires, dans une multitude de cas, de s'en émouvoir, d'intervenir auprès des autorités locales, de réclamer au besoin et d'obtenir du gouvernement étranger la punition des coupables : comment donc, lorsque ce coupable étranger est sur son propre territoire, qu'il vient par sa présence y apporter le danger ou l'alarme publics qui marchent à la suite de son crime, en serait-il réduit à la simple faculté de le conduire hors de ses frontières ou de le livrer à une puissance qui le laissera, peut-être, dans l'impunité ? — Que chaque État se borne à ces mesures lorsqu'il s'agit de crimes commis en pays étrangers par un étranger contre un étranger, ou de faits n'ayant pas une haute criminalité, rien de mieux, puisque l'intérêt social n'en exige alors pas davantage. Mais du moment qu'il s'agit de crimes graves contre un de ses nationaux, l'État doit avoir une puissance plus efficace, et cette puissance c'est le droit de punir, s'il y a lieu, le criminel étranger qu'il saisit sur son propre territoire.

902. Ainsi, la qualité d'étranger dans le délinquant apporte, pour l'existence du droit de punir les faits extraterritoriaux, ces deux modifications : 1° condition d'une plus haute gravité dans les faits; 2° condition que ces faits aient été commis contre un national : parce que hors de là le droit d'expulser l'étranger ou de le livrer à l'extradition suffit à la garantie sociale. — Mais, la distinction n'étant assise que sur cette faculté d'expulsion ou d'extradition, si les lois du pays étaient telles que l'étranger y jouît à l'égal des nationaux du droit de ne pouvoir être ni expulsé ni livré, alors le droit de punir existerait à son égard

comme à l'égard des délinquants nationaux (ci-dess., nos 897 et suiv.).

903. Le plus grand scrupule qui reste au fond des esprits, lorsqu'on agite ces problèmes, contre l'application des lois pénales d'un pays à des faits criminels commis au dehors, surtout quand le délinquant est un étranger, c'est qu'il pourra arriver ainsi fort souvent que cet étranger soit puni en vertu de lois à lui inconnues soit dans leur texte, soit même dans leur existence, et que l'axiome « nul n'est censé ignorer la loi » ne peut raisonnablement s'appliquer à lui dans ces hypothèses. Mais, si l'on veut bien se reporter à ce que nous avons dit sur la signification véritable de cet axiome (ci-dess., nos 388, 571 et suiv.), si l'on veut bien réfléchir qu'il ne s'agit de punir que des actes contraires à la loi morale universelle (ci-dess., n° 890) et que des actes d'une haute gravité (ci-dess., nos 891, 901 et 902), ce scrupule s'évanouira. Le coupable étranger, lorsqu'il commet un crime contre une personne appartenant à une autre nation, peut ignorer les dispositions précises de la loi pénale de cette nation contre ce crime, mais il sait indubitablement, suivant sa conscience, qu'il commet une action criminelle et qu'il mérite un châtiment; dans le doute, il pouvait, avant d'agir, s'informer, se faire éclairer sur les dispositions de cette loi. Ainsi, lorsqu'il est en voyage, dès le premier jour, dès le premier moment qu'il met le pied sur le territoire d'un État étranger, il devient soumis pour tous ses actes à la loi pénale de ce territoire, sans rechercher en fait si cette loi lui est connue ou inconnue; sa conscience l'avertit, et il peut au besoin se faire dire quelle est la loi. De même, hors du territoire, avant d'agir contre un des nationaux d'un autre État, il doit réfléchir aux dispositions pénales de la législation de cet État, à laquelle il se verra peut-être exposé dans l'avenir à raison de cet acte; et s'il les ignore, il peut s'en informer : de même que s'il traitait avec cette personne étrangère, s'il faisait avec elle quelque contrat privé, quelque achat d'immeubles situés dans le pays de cette personne, il aurait grand soin de s'informer de la loi de ce pays relative à la capacité de cette partie contractante ou à la transmission de ces immeubles. Il y a plus : puisqu'il ne doit tomber sous le coup de la loi et des juridictions répressives de ce pays étranger qu'autant qu'il y sera venu et qu'il y aura été saisi, il peut encore, avant de venir alarmer cette société et porter le danger de sa présence sur ce territoire auquel appartient sa victime, il peut encore faire ses réflexions sur la loi qu'il y trouvera en vigueur et se faire apprendre quelles sont les peines dont pourra y être frappée l'action qu'il a commise contre un des nationaux de cet État.

904. Soit qu'il s'agisse des délits extraterritoriaux d'un national, ou de ceux d'un étranger, il peut arriver, et cela se rencontrera fréquemment, que la législation pénale du lieu où l'acte

aura été commis diffère de la législation pénale de l'État qui exercera le droit de punir ; que l'acte en question y soit frappé, par exemple, d'une peine plus forte, ou d'une peine moins forte, ou même qu'il y soit impuni. Quelle règle suivra-t-on dans ces divers cas?

Quelle que soit la solution, il faut poser en principe que les tribunaux d'un pays ne peuvent jamais être appelés à appliquer une autre loi pénale que celle de ce pays. Chaque peuple a ses peines, non-seulement décrétées, mais encore organisées d'une manière particulière : aucun ne doit se charger d'emprunter ni de mettre à exécution celles d'un autre peuple. Il y aurait d'ailleurs, dans la plupart des cas, impossibilité matérielle à cette application. Il ne faut pas oublier que le droit pénal fait partie du droit public interne (ci-dess., n° 24) ; c'est pour cela qu'il est propre exclusivement à chaque peuple qui se l'est donné, et qu'il faut repousser, d'une manière absolue, comme contraires à sa nature, les idées d'emprunt ou d'application des lois étrangères, qui doivent avoir lieu quelquefois en matière de droit privé. L'analogie, sur ce point, du droit privé au droit pénal serait fausse entièrement. On ne saurait donc approuver les dispositions de certains codes qui ordonnent, à l'occasion des crimes commis en pays étrangers, qu'en cas de divergence entre les deux législations la peine la plus douce ou la loi la plus douce soit seule appliquée. Nous devons, au contraire, et avant tout, tenir pour certain que les juges d'un pays ne peuvent jamais appliquer d'autre loi pénale que la loi pénale du pays, ni d'autres peines que les peines décrétées par cette loi.

Mais ne convient-il pas, dans certains cas, de faire modifier par la loi du pays elle-même la pénalité décrétée par cette loi, en considération de la loi étrangère en vigueur au lieu où les faits extraterritoriaux se sont passés? Voilà la question.

905. Si cette loi étrangère est plus sévère, il est généralement reconnu qu'on ne doit avoir aucun égard à cet excès de sévérité. En effet, puisque le législateur de l'État où s'exerce le droit de répression n'a pas trouvé moralement juste, ou, y eût-il justice morale, n'a pas trouvé nécessaire pour cet État de punir plus qu'il ne l'a fait l'acte en question, même commis sur son territoire, à plus forte raison n'est-t-il pas juste ou pas nécessaire qu'il le punisse davantage lorsque cet acte a été commis en pays étranger.

906. Si la loi pénale étrangère est moins sévère, surtout si elle laisse impuni le fait qui a été commis sur le territoire où cette loi est en vigueur, on ne peut se dissimuler que, les mœurs, l'opinion locale, l'entraînement du milieu dans lequel on agit ayant sur le plus ou moins de culpabilité une influence marquée, il y aurait injustice à ne tenir aucun compte de cette influence. Mais, aux yeux de l'État qui exerce le droit de punir, cette influence ne peut pas aller jusqu'à faire disparaître la criminalité absolue

d'un acte que la loi pénale de cet État a frappé comme contraire à la fois à la loi morale universelle et à l'intérêt de conservation ou de bien-être social : autrement cet État abdiquerait sa propre décision législative et sa propre puissance devant celles de la loi étrangère. Ce sera seulement la culpabilité individuelle du délinquant qui pourra s'en trouver affectée, et la loi devra ménager au juge une latitude, plus grande même que celle qui lui est laissée dans les cas de crimes commis sur le territoire, pour tenir compte de ces atténuations résultant des influences extraterritoriales.

907. Ces influences pourront avoir plus de poids encore si le délinquant est un étranger. A l'égard de celui-ci, il y aura même quelquefois deux lois étrangères à considérer : celle du lieu où le crime aura été commis, et celle de l'État auquel appartiendra le coupable ; car, si la culpabilité peut être atténuée plus ou moins par l'influence des mœurs, des coutumes et de la législation sur les lieux du crime, elle peut l'être aussi par celle des mœurs, des coutumes et de la législation sous l'empire desquelles le coupable aura été élevé. Mais le résultat légal, dans cette hypothèse comme dans la précédente, ne sera jamais qu'une modification de la culpabilité individuelle.

Ce n'est pas qu'il ne puisse se présenter tel cas particulier dans lequel, sous l'influence de ces mœurs ou de ces législations étrangères, la conscience du mal ayant manqué à l'agent, on doive juger que la culpabilité pénale s'est effacée entièrement. Mais ce ne serait là qu'une éventualité de fait, comme tous les cas de non-culpabilité dans tous les procès : éventualité à laquelle il pourra toujours être pourvu soit par l'absence de poursuites, soit par une déclaration de non-culpabilité.

908. Les actes commis en pays étranger pouvant être soumis, d'après la théorie qui précède, au droit de punir de plusieurs États, et par suite à plusieurs juridictions nationales différentes, si l'une de ces juridictions s'est emparée la première de ce fait et a prononcé définitivement, que devront faire les autres ? Sans doute, il sera vrai de dire que, suivant les règles du droit des gens, nul État n'est rigoureusement obligé de reconnaître, en ce qui le concerne, l'autorité des décisions rendues par les juridictions d'un autre État, et d'arrêter devant ces décisions l'exercice de ses propres droits. Ce qui se fait à cet égard n'a jamais lieu que par un sentiment bénévole de justice reconnue ou de convenance internationale. Ce sentiment doit prévaloir de nos jours, surtout dans les affaires criminelles. On ne pourrait raisonner ici par analogie de ce qui se passe relativement aux affaires civiles. Il ne s'agit d'ailleurs, en aucune manière, d'accepter le jugement pénal étranger et de le faire exécuter : il s'agit seulement d'arrêter devant ce jugement toute poursuite nouvelle qui pourrait être intentée pour le même fait.

On pourrait proposer, avec quelque apparence de fondement,

de faire certaines distinctions, et de laisser subsister, en tout ou en partie, le droit de poursuite dans plusieurs cas qui peuvent se présenter ; par exemple : — si le jugement rendu en pays étranger n'est qu'un jugement d'absolution, c'est-à-dire un jugement qui constate que dans ce pays le fait est impuni ; — si c'est un jugement de condamnation minime, qui ne prononce, conformément à la loi du pays, qu'une peine inférieure ; — ou si la peine portée par le jugement étranger n'a pas pu être exécutée, le condamné s'y étant soustrait en tout ou en partie. — Toutefois, une seule raison suffirait pour faire repousser le détail de ces hypothèses multiples, de ces nuances subtiles, savoir : la nécessité de rendre la loi pénale claire et d'éviter qu'elle ne devienne une loi casuiste. Mais il existe d'autres raisons plus déterminantes encore. Bonne ou mauvaise, il y a une sentence judiciaire : partant, plus d'impunité absolue ; l'impunité, si elle existe, n'est plus que le fait d'un événement accidentel. Sans doute, si le délinquant se présentait seulement devant la juridiction du pays avec la loi étrangère dont il exciperait pour sa justification, cette loi étrangère ne serait prise en considération que comme un élément possible d'atténuation de la culpabilité (ci-dess., nos 906 et suiv.) ; mais s'il s'y présente avec un jugement étranger qui a déjà prononcé définitivement sur les faits, il faut reconnaître que la situation est bien différente et qu'il n'y a aucune contradiction à décider pour ce cas autrement que pour le précédent. La juridiction du pays ne s'arrêtait pas dans ses poursuites devant la loi étrangère seule ; mais, lorsqu'à cette loi vient se joindre un acte de plus, savoir, un jugement définitif qui l'a interprétée et appliquée, elle s'arrête.

Quant aux résultats singuliers ou aux injustices de fait dérivant de cet effet accordé au jugement étranger, il est possible qu'il s'en produise quelques-uns. Mais qu'on veuille bien réfléchir que c'est là une conséquence inévitable dans tout système consacrant le respect de la chose jugée. La règle *Non bis in idem*, en matière criminelle, soit qu'on la restreigne aux décisions des juridictions nationales, soit qu'on l'étende à celles des juridictions étrangères, contient fréquemment le sacrifice de certains intérêts particuliers et accidentels, en vue d'un intérêt plus général et plus constant, celui de la fixité, de l'autorité des décisions judiciaires, et de la sécurité des personnes qui se trouvent sous l'abri de pareilles décisions.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

909. Pour les actes commis sur le territoire de la France, qu'ils l'aient été par des Français ou par des étrangers, contre l'Etat ou contre des particuliers ; que ces particuliers soient des Français ou des étrangers ; qu'il s'agisse de crimes, de délits de police correctionnelle ou de contraventions de simple police, la règle ration-

nelle indiquée ci-dessus (n° 881) est formulée en ces termes par l'article 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent » tous ceux qui habitent le territoire. » Il n'y a d'exceptions au principe de la responsabilité pénale, à raison des personnes, que celles que nous avons déjà exposées (ci-dess., n^os^ 497 et suiv.).

910. Pour les actes commis hors du territoire, la tendance pratique la plus commune dans notre magistrature, dans notre barreau, dans notre jurisprudence doctrinale, a été longtemps de les considérer comme ne pouvant être régulièrement punis en France. Cet axiome, que la loi pénale serait territoriale, en ce sens qu'elle ne pourrait être appliquée, même sur notre territoire, à des faits commis au dehors, a pris cours parmi nous comme un axiome de raison et de droit, soumis seulement à quelques rares exceptions; on s'est habitué à dire : « C'est un principe. »

Telle n'était pas cependant la règle qui avait prévalu dans notre ancienne jurisprudence, malgré l'état si divisé des puissances et des juridictions d'alors, et malgré les controverses, si importantes à cette époque, sur le statut réel et sur le statut personnel ; telle n'était pas non plus celle de notre législation intermédiaire, et particulièrement du Code *Des délits et des peines* du 3 brumaire an IV.

Cette opinion, sur laquelle il était temps de revenir, a pris sa base dans les dispositions du Code d'instruction criminelle de 1808, qui, dominées en effet par l'idée de la territorialité de notre loi pénale dans le sens exclusif dont nous venons de parler, n'apportaient à cette idée qu'un nombre de dérogations restreint et à titre exceptionnel.

911. Nous distinguerons d'abord, dans ces dispositions, entre les crimes contre l'État et les crimes contre les particuliers.

912. A l'égard des crimes contre l'État, le législateur de brumaire an IV, éveillé dans sa sollicitude par l'exemple d'événements récents, avait prévu ceux de contrefaçon, altération ou falsification, hors du territoire de la république, des monnaies nationales ou des papiers nationaux ayant cours de monnaie, et permis de juger et de punir en France même les étrangers qui les auraient commis (C. brum. an IV, art. 12). — Le Code d'instruction criminelle de 1808 y a ajouté les crimes attentatoires à la sûreté de l'État et ceux de contrefaçon du sceau de l'État ou de billets de banque autorisés par la loi (C. inst. crim., anc. art. 5). Les Français coupables, hors du territoire de France, de l'un ou de l'autre de ces crimes pourront être jugés et punis en France, d'après les dispositions des lois françaises, même par contumace ; les étrangers, seulement s'ils sont arrêtés en France ou si le gouvernement obtient leur extradition (C. inst. crim., anc. art. 5 et 6 ; ci-dessus, n^os^ 888, 896, 900). — S'il ne s'agit que de délits de police correctionnelle, délits politiques, délits contre la police

générale de l'État, ou même de crimes contre l'État autres que ceux énumérés dans l'ancien article 5 du Code d'instruction criminelle, les dispositions de ce Code n'y étant plus applicables, ces délits ou ces crimes, du moment qu'ils avaient été commis hors de notre territoire, échappaient à notre pénalité (1).

913. A l'égard des crimes contre les particuliers, une nouvelle distinction est à faire suivant que le coupable est un Français ou un étranger.

914. Notre ancienne jurisprudence française, et on peut dire l'ancienne jurisprudence européenne, malgré quelques controverses qui se rattachaient à la question de compétence entre le juge du domicile et le juge du lieu du délit, tenait pour constant qu'un national pouvait avoir à rendre compte devant la justice de son pays des actions criminelles par lui commises en pays étranger, et être puni à raison de ces actions, sans distinguer s'il les avait commises contre un de ses conationaux ou contre un étranger (2).

Le Code de brumaire an IV décréta cette responsabilité pour tous les délits punis de peines afflictives ou infamantes, lorsque le Français coupable d'un tel délit en pays étranger serait arrêté en France (3).

Le Code d'instruction criminelle de 1808 avait apporté à cette responsabilité de grandes restrictions. Pour que le Français puisse être poursuivi et jugé en France à raison de faits par lui commis hors du territoire de l'empire, il faut, dans le système de ce Code : — 1° Que ce fait constitue un *crime* : s'il ne s'agit que de *délits de police correctionnelle*, aucune responsabilité pénale ; le doute qu'on avait essayé de soulever sur ce point, à raison de l'insertion du mot *délit* dans l'article 24, n'est pas sérieux, le texte du Code est formel, et d'accord en cela, d'ailleurs, avec la disposition du Code de brumaire an IV. — 2° Que ce crime ait été commis *contre un Français* : s'il l'a été contre un étranger, pas de responsabilité pénale en France. — 3° Que le coupable soit *de retour en France* : c'est ce retour et sa présence sur notre territoire qui font naître pour nous l'intérêt social de

---

(1) *Code d'instruction criminelle*, anc. art. 5. « Tout Français qui se sera » rendu coupable, hors du territoire de France, d'un crime attentatoire à la » sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales » ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, » pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois » françaises. »

Anc. art. 6. « Cette disposition pourra être étendue aux étrangers qui, auteurs » ou complices des mêmes crimes, seraient arrêtés en France, ou dont le gou- » vernement obtiendrait l'extradition. »

(2) Jousse, t. 1, p. 424, n° 36, avec les autorités par lui citées.

(3) Code du 3 brumaire an IV, art. 11. « Tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la république, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France, lorsqu'il y est arrêté. »

répression (ci-dessus, nos 889 et 897). — 4° Que le Français offensé *rende plainte contre lui :* le législateur de 1808 a considéré cet intérêt social comme si peu marqué, que la plainte privée est nécessaire pour le faire surgir, de telle sorte que l'action publique se trouve enchaînée à l'initiative de la partie lésée. — 5° Enfin, que le coupable n'ait pas été déjà *poursuivi et jugé en pays étranger :* notre puissance pénale s'arrêterait, conformément aux principes rationnels, devant un jugement intervenu à l'étranger (ci-dessus, n° 908) (1).

915. Quant à l'étranger, il y avait plus d'incertitude dans notre ancienne jurisprudence. Il était bien admis que l'étranger qui se trouvait en France ne pouvait y être poursuivi à raison de faits criminels par lui commis en pays étrangers contre un étranger; mais, s'il avait commis ces faits contre un Français, les solutions étaient divergentes. Tout en admettant en certains cas les poursuites contre lui, on y faisait certaines distinctions tirées principalement du caractère de son séjour dans le royaume, suivant qu'il y avait établi son domicile, ou qu'il s'y était réfugié, ou qu'il ne s'y trouvait que passagèrement et pour ses affaires : distinctions sur lesquelles ni la doctrine des criminalistes ni la jurisprudence des parlements n'étaient bien fixées (2).

Le Code de brumaire an IV posait en règle l'irresponsabilité pénale de l'étranger en France pour les délits extraterritoriaux, n'importe contre qui ces délits eussent été commis. Seulement, s'il s'agissait de délits, contre les personnes ou les propriétés, de nature à emporter, suivant les lois françaises, peine afflictive ou infamante, l'étranger, sur la preuve des poursuites dirigées contre lui à raison de pareils faits dans les pays où il était accusé de les avoir commis, devait être condamné par les tribunaux correctionnels à sortir du territoire français, avec défense d'y rentrer, jusqu'à ce qu'il se fût justifié devant les tribunaux compétents (C. brumaire an IV, art. 13).

Aujourd'hui, dans le silence du Code d'instruction criminelle qui n'a point été modifié à cet égard, l'étranger reste non punissable en France pour les crimes ou les délits par lui commis hors du territoire, soit contre un étranger, soit même contre un Français, sauf le droit d'expulsion que le gouvernement peut exercer par mesure de police, sans que le tribunal soit appelé à y intervenir en aucune manière, comme il le faisait dans le système du Code de brumaire an IV, et sauf aussi la faculté d'extradition, qui appartient également au gouvernement (3).

---

(1) *Code d'instr. crimin elle*, anc. art. 7. « Tout Français qui se sera rendu » coupable, hors du territoire du Royaume, d'un crime contre un Français, pourra, » à son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas été poursuivi » et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui. »

(2) Jousse, t. 1, p. 422, nos 31 et suiv., avec les autorités par lui citées.

(3) Cette faculté d'expulsion par mesure de police, à l'égard des étrangers,

916. Les inconvénients de cette législation pénale ne pouvaient manquer de se faire sentir dans la pratique. — Un Français vole à Bruxelles la malle ou le portefeuille d'un autre Français, prend le chemin de fer et se hâte de rentrer en France; le volé prend la même voie, poursuit son voleur et le rejoint à la première entrée sur notre territoire, nanti encore des objets volés : sauf le droit civil de restitution ou de dommages-intérêts, aucun droit pénal n'existe contre lui; car son délit n'est qu'un délit de police correctionnelle. — Il a assassiné à Bruxelles un Belge et se sauve en France : le voilà en lieu d'asile; ni extradition ni expulsion, car il est Français, ni punition, car sa victime est un étranger. — C'est un Français qu'il a assassiné à Bruxelles et il est parvenu à rentrer en France; les héritiers du mort s'accommodent à prix d'argent et s'abstiennent de porter plainte; le fait est notoire, le mépris, l'indignation, l'alarme sont autour de lui : notre puissance pénale est désarmée. — Enfin, qu'on suppose un Français victime en pays étranger, de la part d'un étranger, d'un assassinat, d'incendie, de faux; ou une femme française victime de rapt, de viol : ce coupable étranger est en France; les Français, victimes de son crime, demandent justice, notre intérêt social la réclame : tout se bornera à la faculté, pour notre gouvernement, d'une extradition, si cette extradition lui est demandée, ou d'une expulsion par mesure de police, qui laisserait impunis ou punis d'une manière illusoire ou insuffisante peut-être les crimes commis contre un de nos nationaux.

917. Les vices de cette législation pouvaient se résumer en ces quatre termes : — pas assez d'autorité sur les nationaux en pays étranger; — pas assez de protection aux nationaux en pays étran-

---

n'a guère tardé, après le Code de brumaire an IV, à être rendue au gouvernement (loi du 28 vendémiaire an VI, art. 7). Aujourd'hui, la loi du 3 décembre 1849, *sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France*, l'a ainsi réglée :

Art. 7. « Le ministre de l'intérieur pourra, par mesure de police, enjoindre à tout étranger, voyageant ou résidant en France, de sortir immédiatement du territoire français, et le faire conduire à la frontière. — Il aura le même droit à l'égard de l'étranger qui aura obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France. Mais, après un délai de deux mois, la mesure cessera d'avoir effet, si l'autorisation n'a pas été révoquée suivant la forme indiquée par l'article 3 (c'est-à-dire par décision du gouvernement, qui devra prendre l'avis du conseil d'Etat). — Dans les départements frontières, le préfet aura le même droit à l'égard de l'étranger non résidant, à la charge d'en référer immédiatement au ministre de l'intérieur. »

Art. 8. « Tout étranger qui se serait soustrait à l'exécution des mesures énoncées dans l'article précédent ou dans l'article 272 du Code pénal (lequel autorise l'expulsion des vagabonds étrangers), ou qui, après être sorti de France, y serait rentré sans permission du gouvernement, sera traduit devant les tribunaux et condamné à un emprisonnement d'un mois à six mois. — Après l'expiration de sa peine, il sera conduit à la frontière. »

Art. 9. « Les peines prononcées par la présente loi pourront être réduites conformément à l'article 463 du Code pénal. »

ger ; — pas assez de protection à la société française contre des criminels qui résident en son sein et qui peuvent y rester impunis ; — pas de satisfaction suffisante aux sociétés étrangères qui ont pu être lésées par ces criminels sur leur territoire.

Ces vices produisaient leurs mauvais effets surtout dans les environs de nos frontières, où la ligne de séparation des territoires, plus idéale souvent que matérielle, n'empêche pas entre les deux populations limitrophes des communications et des relations quotidiennes, qui se trouvaient dépourvues, de notre part, de la protection de la loi pénale, quant au dehors. Aussi des réclamations nombreuses avaient-elles été adressées sur ce point, chaque fois que des faits nouveaux y donnaient lieu, tant par les puissances voisines que par nos autorités administratives ou judiciaires dans les départements frontières.

Ces vices devenaient plus manifestes encore en présence de la législation des autres puissances. — L'Angleterre, il est vrai, d'après sa *Common Law*, ou loi coutumière, suit toujours le principe que les actes commis hors du territoire n'y sont pas punissables, et les États-Unis ont hérité de la même coutume ; ce qui n'a pas empêché, néanmoins, que par des statuts ou lois spéciales sur la poursuite de certains délits, on ne se soit écarté souvent, dans ces deux pays, du principe coutumier. — Mais sur le continent de l'Europe, sans parler de l'ancienne jurisprudence générale, tous les codes modernes de droit pénal, mis en vigueur, surtout depuis 1830, dans les divers États, au nombre de plus de vingt, sans exception à notre connaissance, ont été rédigés en un sens contraire. Tous, avec des nuances sans doute, ont atteint plus ou moins les délits commis en pays étranger par les nationaux ou contre les nationaux. Les peuples qui avaient reçu de nous nos articles du Code d'instruction criminelle de 1808 les avaient modifiés ; et les divers pays limitrophes de la France nous offraient, à cet égard, une législation pénale plus efficace que la nôtre.

918. La question d'une réforme semblable à opérer dans les articles de notre Code d'instruction criminelle a été pendant plus de vingt ans à l'ordre du jour chez nous. Divers projets de loi ont été présentés dans ce but, à plusieurs reprises, par le gouvernement (1). Mais le premier, adopté par la Chambre des députés, le 14 avril 1842, a été, dans la session suivante, rejeté par la Chambre des pairs, le 22 mai 1843 ; le second, voté par le Corps législatif, le 4 juin 1852, envoyé au sénat après le vote, a été retiré par le gouvernement avant la décision du sénat (2).

---

(1) On peut voir, sur les détails de cette question, le mémoire de la Faculté de droit de Paris, dont j'ai eu l'honneur d'être le rapporteur : *Observations de la Faculté de droit de Paris*, consultée par M. le ministre de l'instruction publique, à la demande de M. le garde des sceaux, etc. Paris, 1847.

(2) Si j'ai été bien informé, le projet de loi aurait été retiré par suite de difficultés dans la négociation des conventions diplomatiques, surtout avec l'An-

Enfin, la loi du 27 juin 1866 a donné une très-grande extension à notre pouvoir répressif quant aux faits commis par un Français hors du territoire.

La distinction capitale à faire, d'après les nouveaux textes, est entre les crimes et les délits.

918 *bis*. *Crimes commis hors du territoire*. — Tous aujourd'hui peuvent, à l'égard du Français qui s'en serait rendu coupable, tomber sous le coup de la pénalité française, qu'ils soient contre la chose publique ou contre les particuliers, sans distinguer si la partie lésée est un Français ou un étranger, sans condition aucune de plainte ni de dénonciation ; le nouveau texte est général et n'y met aucune de ces restrictions (1).

Toutefois, il y a de grandes différences encore entre les crimes qui faisaient l'objet de l'ancien article 5 du Code d'instruction criminelle et tous autres crimes.

En effet, l'énumération contenue dans l'ancien article 5 a passé dans l'article 7 actuel, et les dispositions de 1808 ont été maintenues à l'égard des crimes attentatoires à la sûreté de l'État, à la contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi (2).

Cette énumération est limitative ; tous autres crimes, fussent-ils contre la chose publique, en sont exclus. En résumé, l'État par les crimes dont il s'agit est attaqué : — soit dans sa sûreté (voir ces crimes au Code pénal, art. 75 à 108), — soit dans les actes de sa puissance au moyen de la contrefaçon du sceau de l'État, — soit dans des éléments très-importants de la fortune publique.

Les différences à signaler, quant à la responsabilité pénale en France à raison de ces sortes de crimes commis hors du territoire, sont les deux suivantes :

---

gleterre, au sujet des actes commis à l'étranger par des étrangers, qui pourraient être punis en France. Que le fait soit vrai ou non, des traités sur ce point seront toujours une source d'embarras et d'inégalités. Le projet de loi avait été fidèle aux principes rationnels en en repoussant l'idée quant aux actes des Français; mais, par un motif d'équité et afin que les étrangers fussent mieux avertis, il avait cru devoir admettre la nécessité de pareils traités quant aux actes des étrangers. C'était toujours soumettre à des conventions internationales un droit qui en est indépendant. L'intervention de pareilles conventions ne se comprend que pour certaines contraventions spéciales, et c'est dans cette mesure qu'elle a été consacrée par le législateur de 1866. (V. p. 404, not. 1).

(1) C. I. C., art. 5, § 1er (loi du 27 juin 1866) : « Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France. »

(2) C. I. C., art. 7 (loi du 27 juin 1866) : « Tout étranger qui, hors du territoire de la France, se sera rendu coupable, soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises s'il est arrêté en France ou si le Gouvernement obtient son extradition. »

1° Peuvent être poursuivis, non-seulement les Français, mais encore les étrangers ;

2° Le Français peut être poursuivi présent ou absent, au besoin par contumace (nouv. art. 5) (1).

Tandis que pour l'étranger, contre lequel une semblable procédure serait illusoire, le Code y met cette condition qu'il se trouvera au pouvoir de nos autorités, soit parce qu'il aura été arrêté en France, soit parce que le gouvernement français aura obtenu son extradition (art. 7).

A raison de tous autres crimes que ceux spécifiés en l'article 7 actuel, commis hors de notre territoire : — 1° l'étranger n'est pas punissable en France ; — 2° le Français ne peut y être poursuivi avant son retour (art. 5 actuel, paragraphe final, ci-dessus rapporté).

Délits de police correctionnelle commis hors du territoire. — Ni le Code de brumaire an IV, ni celui de 1808 n'avaient édicté de responsabilité pénale à l'égard des délits de police correctionnelle commis hors du territoire ; la nouvelle loi (2) punit le français qui s'est rendu coupable d'un délit hors du territoire de la France.

Elle n'établit aucune distinction ni quant à la nature ni quant à la gravité des délits : qu'ils soient contre la chose publique ou contre les particuliers, Français ou étrangers, que la peine en soit grave ou légère, du moment que c'est une peine de police correctionnelle, tous entrent dans la généralité de ce texte. Les délits politiques, les délits de presse ou de tout autre mode de publicité y sont très-certainement compris : on a voulu formellement, bien que les faits aient eu lieu en pays étranger, pouvoir les punir en France (3).

Toutefois, les derniers termes du nouvel article 5 (§ 2), d'après un amendement introduit par la commission du Corps législatif, auquel a adhéré le conseil d'État, et qui a passé dans la loi, mettent à cette généralité une restriction ainsi formulée : « *Si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.* » C'est une imitation du Code pénal prussien (4), dont la disposition

---

(1) C. I. C., art. 5, paragraphe final (loi du 27 juin 1866) : « Aucune poursuite n'a lieu avant le retour de l'inculpé en France, *si ce n'est pour les crimes énoncés en l'article 7 ci-après.* »

(2) C. I. C., art. 5, § 2 (loi du 27 juin 1866) : « Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, *si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.* »

(3) En Belgique, en Hollande et en Italie, sauf les crimes spécifiés en notre article 7, il n'est question, pour la responsabilité territoriale, que de crimes ou de délits *contre les particuliers.* (Loi belge du 30 décembre 1836, art. 1 et 2 ; — Cod. de proc. crim. des Pays-Bas de 1838, art. 8 et 9 ; — Cod. pén. de 1859 pour les Etats Ital., art. 6.)

(4) La restriction s'applique même, dans ce Code, non-seulement aux délits,

a été reproduite par le Code de l'Allemagne du Nord de 1870 (art. 4, 3°).

Il a été bien expliqué dans la discussion devant le Corps législatif, tant de la part de la commission que de la part du gouvernement, qu'il s'agit du même fait, d'un fait identique, et non pas seulement similaire. — « C'est dans ce sens, a dit le vice-président du conseil d'État sur une interpellation précise à ce sujet, c'est dans ce sens que l'article a été compris; il ne peut pas l'être autrement. Il faut que le fait, pour être poursuivi en France, soit de nature à avoir pu être puni par la législation étrangère. »

Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait identité ni même analogie de peine; il suffit que le fait fût punissable dans le pays où il a été commis : d'une peine supérieure, égale ou inférieure à la nôtre, peu importe; du moment qu'il y était punissable, la condition est remplie.

Cette restriction a été présentée comme un remède suffisant à la trop grande généralité qui engloberait tous les délits, par les trois considérations suivantes : 1° une certaine communauté de réprobation contre le fait en question, puisque ce fait se trouve frappé de peine et par la loi du pays où il a eu lieu et par celle de France; — 2° une certaine satisfaction à la justice, puisque le Français, ayant échappé à la pénalité du lieu où il a commis le délit, retrouvera en France la pénalité française; — 3° une réduction très-notable, quoique indirecte, en ce qui concerne la poursuite des délits contre la chose publique, soit politiques, soit de presse ou autres semblables, soit de police générale ou d'intérêts fiscaux. Beaucoup, en effet, de ces délits, ne concernant exclusivement que la chose publique française, se trouveront par cela même en dehors des prévisions pénales de la loi étrangère; et pour d'autres, dont le caractère peut être plus étendu, chacun, en choisissant le pays dans lequel il ira voyager ou s'établir, par exemple l'Angleterre, les États-Unis, la Suisse, la Belgique, choisira en même temps la mesure des libertés publiques dont il ira jouir, même à l'égard de l'action pénale française.

La preuve à faire, devant nos juridictions, que le fait tombe sous le coup de notre loi pénale incombe, suivant les principes du droit commun, nettement proclamés dans la discussion, au ministère public poursuivant; et cette preuve sera à deux branches : — 1° que le fait, en le prenant tel qu'il s'est passé en pays étranger, est, non pas un fait analogue ou similaire, mais identiquement le fait même prévu et érigé en délit de police correctionnelle par notre loi; — 2° que ce même fait, non pas par

---

mais encore aux crimes. — En Autriche, on peut poursuivre les Autrichiens, pour tous crimes et délits, sans ces restrictions. (Cod. pén. de 1852, §§ 36 et 235.) Il en est de même pour les Portugais, dans le projet de Code portugais (art. 3).

analogie ou similitude, mais en le prenant tel qu'il a eu lieu en pays étranger, était punissable dans ce pays.

Nous croyons qu'à raison de l'absence de toute distinction dans notre article, soit quant à la nature, soit quant à la gravité des délits; à raison de la différence tranchée entre les intérêts lésés, surtout entre ceux de la chose publique étrangère et ceux de la chose publique française; à raison de la difficulté des preuves à tirer d'un pays étranger pour des faits dénués souvent d'importance; à raison enfin de ces complications, pour nos magistrats, de législations et de jurisprudences pénales étrangères mêlées à la législation et à la jurisprudence pénale française, l'application de notre article n'aura lieu qu'au moyen de la très-grande latitude laissée au ministère public de poursuivre ou de ne pas poursuivre.

Le droit d'intenter la poursuite, en cas de délit contre un particulier français ou étranger, est soumis à deux restrictions (1) : la partie lésée n'a plus la faculté, qu'elle a chez nous en thèse générale, de citer elle-même directement devant le tribunal de police correctionnelle celui dont elle prétend avoir à se plaindre; la poursuite ne peut être intentée que par le ministère public; — le droit même du ministère public est subordonné à la condition préalable d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle de l'autorité du pays où le délit a été commis. La condition d'une plainte existait, dans le Code de 1808, pour les crimes commis par un Français; mais aujourd'hui elle n'existe plus. Toutes les fois qu'il s'agit de crimes quels qu'ils soient, ou de délits contre la chose publique, le ministère public a le droit d'intenter l'action de propre mouvement.

Règles communes aux crimes et aux délits. — Nous signalerons sous ce rapport les quatre règles suivantes :

1° Sauf le cas des crimes limitativement spécifiés en l'article 7, et régis à part; pour tous les autres cas, crimes ou délits, le Français ne peut être poursuivi avant son retour en France (art. 5, § final, ci-dessus, pag. 400, not. 1). C'est au ministère public à prouver ce retour.

2° Pour tous les cas sans exception, il ne peut être poursuivi, s'il a été jugé définitivement, à raison du même fait, à l'étranger (2) : c'est à l'inculpé à prouver l'existence de ce jugement,

---

(1) C. I. C., art. 5, § 4 (loi du 27 juin 1866) : « En cas de délit contre un particulier français ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis. »

(2) C. I. C., art. 5, § 3 : « Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger. »

quel qu'ait été d'ailleurs ce jugement : acquittement, absolution ou condamnation.

Le projet du gouvernement exigeait en outre, à l'imitation de certains Codes étrangers, notamment du Code de l'Allemagne du Nord (art. 5), du Code autrichien et du Code sarde (1), que la peine eût été subie ou prescrite ; mais ce surcroît d'exigence a été supprimé avec raison dans l'élaboration définitive de la loi ; il a paru suffisant de s'en tenir là-dessus à la disposition analogue de l'ancien texte de 1808.

3° Dans tous les cas, même lorsqu'il s'agit de délits de police correctionnelle, à l'égard desquels le ministère public est obligé de prouver que le fait objet de ses poursuites était punissable aussi à l'étranger, c'est exclusivement d'après la loi française, avec application des seules dispositions de cette loi, que les crimes ou les délits poursuivis en France doivent y être jugés. — Entre autres conséquences qui en découlent, nous signalerons celles relatives à la prescription de l'action publique, laquelle prescription devra être réglée exclusivement par la loi française et non par celle du pays étranger.

4° Enfin, dans le nouvel article 6 du Code d'instruction criminelle a été introduite une disposition importante, commune aussi à tous les cas, et relative à la détermination des juridictions devant lesquelles les faits commis en pays étranger pourront être poursuivis ; nous aurons à l'expliquer quand nous traiterons des juridictions.

Sauf le cas des crimes spécifiés en l'article 7 et régis à part, la loi nouvelle n'ayant rien statué à l'égard de l'étranger qui aurait commis hors de notre territoire des crimes ou des délits même contre des Français, nous restons à ce sujet dans le droit antérieur. Les mesures ouvertes contre cet étranger, s'il se trouve chez nous, se bornent au droit d'expulsion que le gouvernement peut exercer par mesure de police (loi du 3 décembre 1849, art. 7 et suiv.), ou au droit d'extradition, si le gouvernement devant lequel il est responsable en fait la demande (2).

Observons d'ailleurs que, dans ces derniers temps, les traités de la France avec les pays voisins, ont donné à ce droit une grande extension. Tandis que les traités antérieurs ne stipulaient l'extradition que pour les crimes, la convention franco-belge du 20 avril 1869 l'a stipulée pour la première fois à raison d'un assez

(1) Suivant le projet de Code italien (art. 5, § 2), si le coupable a été jugé et puni dans le pays où il a commis le méfait, la durée de la peine déjà effectivement subie est tenue en compte par rapport à la nouvelle répression encourue.

(2) Un certain nombre de Codes de pénalités modernes appliquent même à l'étranger, en semblable cas, sous des conditions et avec des limites plus ou moins étroites, variant d'un Code à l'autre, la puissance pénale du pays. Nous citerons en exemple le Code pénal autrichien, de 1852, §§ 39 et 40, pour les crimes seulement, et le Code pénal pour les Etats italiens, de 1859, art. 8 et 9.

grand nombre de délits. Mêmes stipulations avec la Bavière, le 29 novembre 1869; avec la Suisse, le 12 janvier 1870; avec l'Italie, le 12 mai 1870 (voir le texte de ces conventions dans le *Traité de l'extradition* de M. Billot).

Même dans les cas prévus par l'article 7, l'extradition de l'étranger ne pourrait être ni réclamée de nous, ni obtenue par nous, s'il s'agissait d'un crime politique : réserve faite à peu près dans tous les traités. Il ne pourrait être question d'extradition que pour les crimes portant atteinte à la fortune de l'État.

Contraventions forestières, rurales, etc. — La loi nouvelle, dans son article 2 (1), qui ne fait point partie du Code d'instruction criminelle, autorise en matière de contraventions des poursuites, dont le caractère anormal doit faire restreindre la disposition dans les limites expresses que marquent les termes de la loi de 1866 : — 1° seulement à l'égard des délits ou contraventions mentionnés, c'est-à-dire forestiers, ruraux, de pêche, de douanes, de contributions indirectes, et pas d'autres; — 2° seulement à l'égard de nos États limitrophes, et pas d'autres; — 3° seulement lorsqu'il y a réciprocité légalement et publiquement constatée.

Nous sortons ici des règles ordinaires du droit pénal. Notre puissance pénale sera employée à garantir et à sanctionner des intérêts de police et des intérêts fiscaux qui ne touchent en rien à la chose publique française; mais nous le ferons à charge de revanche, afin que nos intérêts similaires soient protégés aussi, de leur côté, par la puissance étrangère.

Remarquez que même dans ce cas, pour ces délits ou contraventions à des lois de police ou à des lois fiscales étrangères, le Français sera jugé en France « *d'après la loi française*, » le texte le dit expressément. — Nous croyons aussi, quoique le texte n'en dise rien, qu'il ne peut être jugé en France qu'à son retour, et seulement s'il n'a pas été jugé définitivement pour le même fait en pays étranger.

919. Dans quelque système qu'on se place, les différences entre les délits commis sur le territoire ou hors du territoire d'un État étant bien marquées, il y a à déterminer ce qu'on entendra par territoire, et quels seront les lieux qui, sous le rapport de l'application de la loi pénale, pourront y être assimilés.

920. Nous pouvons dire avec exactitude que le territoire d'un État, dans le sens rigoureux et dans la valeur complète du mot,

---

(1) Loi du 27 juin 1866, art. 2. « Tout Français qui s'est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douane ou de contributions indirectes, sur le territoire de l'un des Etats limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France, *d'après la loi française*, si cet État autorise la poursuite de ses régnicoles pour les mêmes faits commis en France.

« La réciprocité sera légalement constatée par des conventions internationales ou par un décret publié au *Bulletin des lois*. »

est l'espace de notre globe sur lequel un État a le droit de propriété internationale, le droit d'empire et de souveraineté interne. — Ces deux droits, le droit de propriété, le droit d'empire, sont parfaitement distincts l'un de l'autre aux yeux de l'analyse scientifique ; mais communément ils se réunissent et marchent ensemble sur le même territoire, et le droit de souveraineté territoriale, lorsqu'il est complet, les comprend tous les deux (1).

921. Quelquefois, néanmoins, ils peuvent être séparés ; — un État peut avoir le droit d'empire, soit d'une manière générale, par rapport à tous ceux qui s'y trouveront, soit d'une manière relative, par rapport seulement à un certain ensemble de personnes émanées de lui et placées sous son autorité, en des lieux qui n'appartiennent en propriété à personne. — Il peut se faire aussi qu'un État concède sur son propre territoire, soit transitoirement, soit d'une manière permanente, le droit d'empire sur certaines personnes, à raison de certains objets, à un autre État, qui aura ainsi, quant à ces personnes et quant à ces objets, le droit d'empire en des lieux dont il n'aura pas la propriété internationale. — L'état de guerre, les occupations et les possessions intérimaires qui peuvent en résulter, lesquelles ne sont pas la propriété, peuvent produire temporairement, avec plus ou moins d'étendue, de semblables résultats. — Enfin, il peut se faire que, sur des espaces qui ne lui appartiennent pas et qu'il ne prétend pas s'approprier, un État, ne trouvant que des peuplades barbares, que des hordes grossières, sans institutions organisées et sans exercice d'un droit d'empire qui puisse faire obstacle à celui des autres peuples et donner en même temps des garanties de justice et de protection, doive par cela même garder en de tels espaces son propre droit d'empire, quant à certaines personnes qui dépendent de lui.

922. Bien qu'on ne puisse qualifier véritablement de territoire d'un Etat que l'espace sur lequel cet État a les deux droits réunis de propriété internationale et d'empire, néanmoins, il faut remarquer qu'en ce qui concerne notre question de droit pénal, le droit essentiel, le seul droit décisif, c'est le droit d'empire ; car c'est lui qui donne le pouvoir de faire, dans les lieux où ce droit est exercé, des injonctions ou prohibitions, d'édicter les peines à appliquer en cas de violation, de faire juger les violations et exécuter ces peines. D'où il suit qu'aux délits commis sur le territoire il faut assimiler entièrement, sous le rapport de la puissance pénale, les délits commis en des lieux où un État exerce le droit d'empire, quoique n'ayant pas la propriété internationale de ces lieux : dans les limites, bien entendu, de ce droit d'empire, c'est-à-dire par

(1) Voir l'analyse qui en a été faite avec soin dans l'ouvrage : *Des moyens d'acquérir le domaine international et de l'équilibre européen*, par Eugène Ortolan, docteur en droit, attaché au ministère des affaires étrangères, pag. 13 et suivantes, nos 12 et suivants.

rapport seulement aux personnes, aux objets ou à l'étendue de pouvoir qui s'y trouvent compris.

923. Mais quels seront les lieux auquels on reconnaîtra le caractère de territoire d'un État, c'est-à-dire d'un espace soumis à la fois à la propriété internationale et à l'empire de cet État? et quels seront ceux où, sans avoir le droit de propriété internationale, un État pourra avoir avec plus ou moins d'étendue un droit d'empire? Laissant de côté tout ce qui est uniquement de fait dans cette question, tout ce qui ne se réfère qu'à la détermination matérielle des frontières que les événements historiques et les causes légitimes d'acquisition assignent à chaque peuple, c'est en droit que nous devons donner la réponse. Or, le droit dans lequel il faut chercher cette réponse n'est autre ici que le droit public international, dont nous aurons à combiner les règles avec celles de la pénalité. Diverses hypothèses sont à examiner : d'abord quant à la mer, et ensuite quant à la terre.

924. Malgré des prétentions et des controverses à reléguer désormais dans le domaine de l'histoire, il est bien reconnu unanimement aujourd'hui, non-seulement en science rationnelle, mais aussi en droit positif entre les nations, que cette partie des mers qu'on nomme la pleine mer, la haute mer, n'est susceptible ni de droit de propriété ni de droit d'empire au profit d'aucun peuple.

Elle n'est pas susceptible d'un droit de propriété, par deux raisons toutes deux également décisives et radicales : — l'une, qu'il est impossible à qui que ce soit de la posséder, c'est-à-dire de l'avoir de fait en sa puissance, d'être à même d'y exercer à chaque instant et à volonté son action, et d'en écarter toute action étrangère. — L'autre, que, la possession en fût-elle possible, la destination générale que Dieu lui a donnée dans la création s'oppose à de pareils droits de propriété. Élément dont la liberté est nécessaire pour la communication des hommes et des peuples entre eux, elle sert à l'accomplissement d'une loi de la nature humaine aussi essentielle dans l'ordre moral que la respiration peut l'être dans l'ordre physique; elle est, comme l'atmosphère, le patrimoine de toute l'humanité, au nombre de ces choses dont les jurisconsultes romains disaient que la propriété n'en est à personne, et l'usage commun à tous.

Elle n'est pas susceptible non plus d'un droit d'empire international, car, n'appartenant en propriété à personne et étant commune en usage à tous, il faudrait, pour qu'un État pût y avoir un droit de commandement, de police, de juridiction à l'égard des autres, que cet État pût se dire personnellement le supérieur, le souverain de ceux auxquels il commanderait, sur lesquels il exercerait son empire : or, l'égalité de droit entre les États est un principe fondamental du droit des gens.

925. La liberté, la franchise de la pleine mer étant démontrée, et les deux raisons sans réplique sur lesquelles se fonde cette

liberté étant assises, une opération de logique suffit pour en déduire quelles sont les parties de la mer qui ne jouissent pas de la même condition, c'est-à-dire qui peuvent être l'objet d'un droit de propriété internationale, d'un droit d'empire ou de souveraineté interne : ce sont celles où cessent à la fois de s'appliquer l'une et l'autre de nos deux raisons.

926. Il sera facile de reconnaître ainsi comment les ports et les rades, les golfes et les baies, lorsqu'elles sont telles que la puissance effective de l'État peut les dominer et les soumettre à une véritable possession, les mers intérieures totalement enclavées dans le territoire d'un même État, se trouvent sous la propriété et sous l'empire de l'État au territoire duquel ils sont annexés et font partie intégrante de ce territoire.

927. Il sera également facile d'expliquer comment, suivant la science rationnelle et la coutume universelle du droit public international, sanctionnées par un grand nombre de traités, la partie de la mer qui baigne les côtes d'un État est soumise à l'empire de cet État jusqu'à la distance que peuvent dominer d'une manière continue les forces de cet État par les moyens d'action établis sur le rivage ; laquelle distance suffirait, par réciprocité, pour que le rivage fût menacé par les moyens d'action qui seraient dirigés de la mer contre lui : situation qui implique à la fois pour l'État un danger possible d'attaque et un pouvoir effectif de protection. D'où il suit qu'au delà de la limite de ses terres, chaque État voisin de la mer a comme une ceinture d'eau sur laquelle son droit de puissance se prolonge, et que sa frontière terrestre est suivie d'une frontière maritime. Il sera facile d'expliquer comment, à part quelques divergences peu sérieuses, cette distance doit être marquée, suivant la logique même du raisonnement et suivant l'opinion commune, par la plus forte portée des armes de guerre, aujourd'hui la plus forte portée du canon, selon les progrès communs de l'art à chaque époque. La partie de la mer comprise depuis la côte jusqu'à cette distance porte le nom de *mer territoriale,* et l'on dit vulgairement des navires ou des personnes qui s'y trouvent qu'ils sont *dans les eaux* de l'État auquel les côtes riveraines appartiennent.

928. De savoir si l'État peut se dire véritablement propriétaire de cette mer territoriale, ou s'il y a seulement un droit d'empire sans droit de propriété, c'est une question controversée entre les publicistes. La raison de cette controverse vient de ce que, si le motif physique qui s'oppose à l'appropriation de la mer, l'impossibilité d'une possession effective, ne se rencontre plus ici, le motif moral, la liberté nécessaire de navigation et de communication de peuple à peuple, continue de subsister. Aussi les publicistes qui attribuent à l'État la propriété de la mer territoriale ne la lui attribuent-ils que grevée d'une servitude de libre navigation pour tout navire inoffensif. Mais quant à nous, en ce qui concerne

le problème pénal, cette controverse est indifférente, tout le monde s'accordant pour reconnaître à l'État sur la mer territoriale un droit d'empire et de juridiction (1).

929. Les préceptes du droit international qui précèdent étant posés, si l'on s'en tient uniquement à l'influence des lieux, il faudra dire que les délits commis en pleine mer sont commis hors du territoire; tandis que les délits commis dans les ports ou rades, dans les golfes ou baies annexes des côtes, ou dans l'étendue de la mer territoriale, seront traités comme des délits commis dans les limites du territoire. Et cela est parfaitement vrai, en règle générale.

930. Mais ici un autre principe de droit public intervient, et, se combinant avec celui tiré de la seule considération des lieux, peut amener des complications qui ont besoin d'être examinées de près.

L'État, qui n'est autre chose qu'un être *collectif*, une agrégation de personnes organisées pour l'exercice des facultés et de l'activité communes, indépendamment et au-dessus de son existence territoriale a une existence personnelle. Une partie de son territoire peut lui être enlevée, l'État subsiste; eût-il perdu ce territoire tout entier, l'État, s'il a pu se mouvoir et se transporter ailleurs, est toujours vivant. L'État, chez les peuples nomades ou émigrants, marche avec la tribu. L'État, même chez les nations sédentaires, peut avoir des fractions, des émanations de lui-même qu'il envoie au dehors. Telles sont les armées, les corps de troupes en marche ou en stationnement hors du territoire; les essaims de population publiquement enrôlés et organisés pour aller s'installer au nom de la mère patrie sur des territoires nouveaux; les vaisseaux de guerre ou bâtiments de l'État, forteresses mobiles, portant en leur sein une partie de la puissance publique, avec un personnel constitué d'officiers, marins, fonctionnaires publics, agents militaires ou administratifs de la nation; tels sont même, quoique à un degré moins prononcé, les navires de commerce, qui, bien qu'ils soient équipés par des particuliers, dans des vues de spéculations privées, ne peuvent naviguer sans être nationalisés, c'est-à-dire placés sous la nationalité de l'État, couverts par son pavillon, conformément aux conditions que marquent les lois du pays pour l'existence et pour la preuve de cette natio-

(1) Qu'il me soit permis de renvoyer ici à deux ouvrages dont les auteurs me touchent de si près : — *Règles internationales et diplomatie de la mer*, par mon frère, Théodore Ortolan, capitaine de vaisseau, 4e édition, tome Ier, chapitres 7 et 8; — *Des moyens d'acquérir le domaine international et de l'équilibre européen*, par mon fils, Eugène Ortolan, docteur en droit, attaché au ministère des affaires étrangères, pages 25 et suivantes. On y trouvera, dans le premier surtout, l'indication des principales autorités à consulter et à confronter entre elles sur ces questions de propriété et d'empire, relatives aux diverses parties de la mer.

nalisation ; dont l'équipage, enrégimenté sous les règles et dans les formes prescrites par ces lois, est soumis à une police et à une discipline spéciales ; dont les capitaines et les officiers ont reçu de l'État leur commission, avec un certain pouvoir et une certaine responsabilité de commandement.

Être juridique, être métaphysique, l'État marche avec ces fractions, avec ces corps détachés de lui-même. Cette proposition, qu'il est en eux ou avec eux, au point de vue personnel, est rigoureusement exacte. Lorsqu'on dit, en parlant des armées, que là où est le drapeau là est la patrie, ce n'est pas la patrie matérielle, la patrie territoriale que l'on veut dire : c'est la patrie morale, la patrie vivante, la patrie être collectif, personne publique, qui tient sa place et joue son rôle dans la grande famille des nations. De même, lorsqu'on dit du navire de guerre qu'il est la continuation du territoire de la patrie, une partie flottante de ce territoire, on se sert d'une image qui frappe l'esprit, qui suscite, en l'alliant à l'amour de la patrie, l'amour du navire, le dévouement à sa défense, à la défense des intérêts et de l'honneur national qui y sont attachés. Mais ce n'est là qu'une figure de langage, qu'une de ces fictions dont nous avons déjà dit notre sentiment sous le rapport du droit (ci-dess., n° 521). Bien que le navire de guerre offre véritablement aux regards et aux sens un corps matériel flottant dont l'État a la propriété internationale, un espace mobile sur lequel s'exerce la souveraineté de cet État, et que dès lors on soit autorisé à en conclure, en droit, qu'il est, sous ce double rapport, dans la même condition que le territoire : cependant ce qu'il porte avec lui, ce n'est pas le territoire véritable, tel que l'image dont on se sert tenderait à le faire supposer, c'est une fraction personnelle de l'État lui-même. Les délits commis au sein de semblables fractions, dans le rayon que dominent l'activité et le fonctionnement de ces corps détachés de la personne de l'État, ne sont pas commis en réalité sur le territoire, mais ils sont commis au sein de l'État, sous la puissance et sous la juridiction de l'État.

931. Ceci étant bien entendu, et la réalité mise ainsi à la place de la fiction, si l'on suppose que de semblables fractions organisées de l'État se trouvent sur un espace qui ne soit soumis à l'autorité d'aucune autre puissance, il ne se présente pas de complication : l'autorité de l'État dont ce corps fait partie s'exerce sans conteste ; les délits commis au sein de ces corps ou dans le rayonnement de leur activité doivent être traités comme des délits commis sur le territoire. Telle est la situation des vaisseaux de guerre et des navires de commerce en pleine mer. Telle serait celle des équipages ou d'une partie des équipages de ces navires ; ou bien d'un corps d'armée ou de troupes que l'on supposerait en marche ou en stationnement sur des terres désertes, où ne se serait établie encore la domination d'aucune puissance, ou bien où l'on ne

trouverait que des peuplades barbares, n'offrant aucune garantie de justice ni d'institutions publiques locales (1).

932. Mais, si l'on suppose que ces fractions organisées de l'État pénètrent dans un espace soumis à l'empire d'un autre État, par exemple un corps d'armée sur le territoire, un vaisseau de guerre, un navire de commerce dans un port, dans une rade ou dans la mer territoriale d'une puissance étrangère, alors un conflit de souverainetés se produit : d'une part, la souveraineté de l'État qui marche avec la fraction organisée, avec le corps détaché de cet État; d'autre part, la souveraineté de l'État qui commande sur ce territoire, dans ces ports et rades ou sur ces eaux. De ces deux souverainetés quelle sera celle qui s'effacera devant l'autre ; et si des délits sont commis au sein de ces corps ou dans le rayonnement de leur activité, par laquelle de ces deux puissances pénales ces délits seront-ils régis ?

933. Si les faits en question ne sont que des délits militaires, des délits de fonctions, des délits de service ou de *discipline* exclusivement propres à l'organisation intérieure de ces corps détachés, aux devoirs particuliers qui lient les personnes composant ces corps envers l'État qui les y a placés, la solution n'offre encore aucune difficulté. Elle est uniformément reconnue et pratiquée. Les puissances étrangères, n'ayant aucun intérêt, n'ont aucun droit de s'immiscer dans la répression de pareils faits. L'armée ou le corps de troupes en pays étranger, le vaisseau de guerre, même le navire de commerce, dans les ports ou eaux territoriales d'un autre État, restent pour tous les délits de la nature de ceux que nous venons d'indiquer sous la loi pénale de leur pays, comme si les faits s'étaient passés sur le propre territoire de ce pays. Et peu importerait, sous ce rapport, que ce fût au sein même du corps détaché ou dans le rayonnement de son activité, par exemple que ce fût à bord du vaisseau ou à terre que le délit de service ou de discipline eût été commis, que l'inférieur eût refusé d'obéir aux ordres du supérieur, qu'un soldat ou qu'un marin eût injurié son officier ou lui eût manqué disciplinairement : du moment que le lien de fonctions et de subordination existait, le motif et la décision sont les mêmes. La science rationnelle du droit des gens et celle du droit pénal sont parfaitement d'accord sur ce premier point.

934. Si, au contraire, les faits en question constituent des délits de droit commun, s'il s'agit, par exemple, de blessures, d'homicides, de vols commis soit par les personnes composant ces corps détachés les unes contre les autres, soit par ces personnes

(1) C'est ainsi que la Cour de cassation a pu le juger à l'occasion d'un homicide commis sur la personne d'un Français par des indigènes, dans le pays de Cayor, voisin de nos établissements de la côte occidentale d'Afrique. (Arrêt de rejet du 17 mai 1839, ch. crim.)

contre les habitants, soit par les habitants contre ces personnes, c'est alors véritablement que surgit le conflit, et avec ce conflit la difficulté des solutions.

935. En ce qui concerne les vaisseaux de guerre ou bâtiments de l'Etat, la coutume du droit des gens est constante. A moins de vouloir rendre impossibles les communications entre les peuples par le moyen de ces vaisseaux, communications si utiles cependant, et qui ont à se produire chaque jour, on ne pouvait soumettre la souveraineté que représente le navire de guerre, partie lui-même de la puissance publique et militaire de son pays, à la souveraineté du pays dans les eaux duquel ce navire vient mouiller. C'eût été vouloir soumettre l'une de ces puissances à l'autre. Il y avait d'ailleurs une manière fort simple et fort équitable de régler le conflit. Le navire de guerre, considéré comme une forteresse mobile, comme un établissement public de l'État auquel il appartient, ainsi que les canots et embarcations qui en dépendent, restera sous la souveraineté exclusive de cet État; les lois, les autorités, les juridictions du pays dans les eaux duquel il se trouvera lui demeureront étrangères; en termes techniques on dira qu'il jouit du privilége de l'*exterritorialité* (ci-dess., n° 521); tandis que, hors de ce navire et de ses embarcations, ce sera la souveraineté exclusive de ce pays qui conservera son empire.

D'où il suit, pour nous, quant au point qui nous occupe, que les délits commis par qui que ce soit et contre qui que ce soit à bord des navires de guerre étrangers mouillés dans nos ports ou dans nos eaux territoriales, ou bien à bord des canots et embarcations appartenant à ces navires, devront être traités comme délits commis hors de France; tandis que commis hors du bord, sur nos terres ou dans nos eaux, même par des hommes de ces navires, ils seront traités comme délits commis en France : la réciproque étant exactement vraie à l'égard de nos vaisseaux de guerre ou bâtiments de l'État en pays étranger.

936. En ce qui concerne les navires de commerce, cette considération : d'un côté, qu'ils ne sont pas une propriété internationale, une partie même de la puissance publique de leur pays, une représentation de sa souveraineté en exercice; et de l'autre, qu'ils sont placés néanmoins sous la nationalité de ce pays, qu'ils en sont comme une habitation flottante portant en son sein l'organisation et le régime des lois qu'ils en ont reçues (ci-dess., n° 930), cette considération a jeté les esprits en des perplexités contraires, suscité des hésitations, et fait chercher quelque autre tempérament à l'aide duquel le droit d'empire de la puissance locale se trouvât plus ménagé.

L'usage dominant et qui doit finir par prévaloir unanimement dans la coutume du droit des gens, est celui que nous suivons en France. Nous posons en règle, suivant les expressions d'un avis

du conseil d'État du 20 novembre 1806 : « Qu'un vaisseau neutre ne peut être indéfiniment considéré comme lieu neutre, et que la protection qui lui est accordée dans les ports français ne saurait dessaisir la juridiction territoriale pour tout ce qui touche aux intérêts de l'État. » En conséquence, un navire de commerce étranger étant mouillé dans nos ports ou eaux territoriales, nous laissons à la puissance pénale et à la juridiction de l'État auquel appartient le navire, non-seulement les délits de service ou de discipline purement intérieurs, à l'égard desquels nous sommes évidemment dénués de tout intérêt (ci-dessus, n° 933), mais encore les crimes ou délits de droit commun commis à bord de ces navires entre gens de l'équipage seulement, toutes les fois « que le secours de l'autorité locale n'est pas réclamé, ou que la tranquillité du port n'est pas compromise. » Mais, du moment que le crime ou le délit commis à bord l'a été par une personne ou contre une personne étrangère à l'équipage, ou du moment que s'il l'a été entre gens de l'équipage seulement, le secours de nos autorités est réclamé, ou que la tranquillité du port s'en est trouvée compromise : en un mot toutes les fois qu'il se présente dans l'affaire quelque chose qui touche aux intérêts de l'État, notre puissance et notre juridiction pénales s'y appliquent (1). Par réciprocité, nous réclamons le même traitement et l'observation du même droit à l'égard des faits commis à bord de nos navires de commerce dans les pays étrangers. C'est dans ce sens que sont conçues les instructions publiques pour nos agents diplomatiques ou consulaires et que sont réglés les pouvoirs de police ou de discipline attribués à nos officiers de marine quant à ces navires (2) ; et c'est dans ce sens que nos tribunaux devront juger la question de savoir si les faits dont il s'agit seront traités comme délits commis hors du territoire ou sur le territoire. — En termes techniques, on dira, chez ceux qui admettent un pareil

(1) Avis du conseil d'État du 20 novembre 1806, dans lequel se trouve formulée cette doctrine, suivie depuis constamment dans nos ordonnances et dans notre jurisprudence pratique.

(2) Ordonnance du 29 octobre 1833 sur les fonctions des consuls dans leurs rapports avec la marine commerciale; et ordonnance du 7 novembre 1833 sur les fonctions des consuls dans leurs rapports avec la marine militaire. — De nombreux traités de commerce et de navigation de la France avec divers autres Etats contiennent un article spécial pour sanctionner cette doctrine. — Nous la trouvons reproduite dans l'instruction des 1er et 13 janvier 1834 pour les consuls du royaume de Grèce.

Rapprocher de ces documents la loi spéciale du 23 juin 1846 *relative à la répression des infractions au règlement général du 23 juin 1843 sur les pêcheries entre la France et la Grande-Bretagne :* Art. 12. « Tout individu à bord d'un bateau de pêche français qui se sera rendu coupable contre un Français ou contre un Anglais, dans les mers situées entre les côtes de France et celles du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, d'un fait qualifié crime par la loi française, sera jugé, dans les formes ordinaires, par la Cour d'assises du département où est situé le port auquel appartient le bateau. »

langage, que le navire de commerce jouit pour certains faits du privilége d'*exterritorialité*, et pour d'autres n'en jouit pas. — Dans une affaire où s'agitaient ces questions, portée en 1859 devant la Cour de cassation, le procureur général, M. Dupin, a tenu à revendiquer hautement et énergiquement, dans son réquisitoire, comme étant, en cas pareil, le principe général et non l'exception, notre droit de juridiction territoriale; et la Cour a pris pour base, dans la rédaction des considérants de son arrêt, cette largeur de principe, qui est incontestable. Mais, en fait, aucune affaire ne saurait jamais offrir pour la juridiction territoriale plus de justes motifs de s'en mêler, que n'en offrait celle-là. Le second d'un navire américain mouillé dans le port du Havre avait tué, de sa main, un homme de son équipage et en avait blessé un autre grièvement, dans des circonstances telles qu'il avait soulevé contre lui non-seulement les hommes de son navire, mais même les équipages des nombreux navires mouillés dans le port. Pour se soustraire aux représailles dont le menaçait cette surexcitation, il était venu spontanément se remettre entre les mains de l'autorité française, et l'émotion populaire, surtout lors de l'enterrement de l'homme tué avait nécessité une intervention énergique de cette autorité et l'organisation d'un service de police spécial (1). Certes, toutes les circonstances de nature à faire maintenir le droit de notre juridiction se trouvaient ici réunies. Nous ne voyons, en somme, rien à conclure de l'arrêt de la Cour de cassation au delà des doctrines jusque-là pratiquées parmi nous, lesquelles peuvent se résumer en ceci : que notre droit de juridiction territoriale ne saurait être dessaisi pour tout ce qui touche aux intérêts de l'État.

Si des traités publics, comme il en existe en effet quelques-uns, avaient réglé ce point, ce seraient, à l'égard des nations parties contractantes, les dispositions de ces traités qui devraient être observées. Celles qui existent sont d'ailleurs conformes à la doctrine que nous venons d'exposer.

937. Si le navire de commerce servait lui-même d'instrument à la préparation ou à l'exécution de quelque délit contre l'État dans les eaux duquel il se trouve, ou contre les habitants, par exemple d'un complot contre l'État, d'un pillage de propriétés, il résulte du principe même posé au paragraphe précédent que la puissance pénale de cet État y serait applicable. Ce n'est point là une exception à la règle, ce n'en est que l'application (2).

Il va sans dire que dans toute conjoncture, le droit de défense

---

(1) Voir le DROIT, *Journal des tribunaux*, nos des 1er et 2 mars 1859.

(2) L'affaire du *Carlo Alberto*, bateau à vapeur de commerce sarde, nolisé à Livourne dans le but de servir à l'exécution d'un complot contre le gouvernement français et arrêté à la Ciotat, où plusieurs de ses passagers furent saisis sur son bord, en a donné un exemple en 1832. (Arrêt de cassation du 7 septembre 1832.)

légitime, soit pour l'État menacé, soit même pour les particuliers, existe (ci-dess., nos 417 et suiv., 517, 518 et 534), mais nous ne parlons pas ici de cette défense, nous parlons du droit de punir (1).

938. Les hypothèses relatives à la mer ou aux différentes parties de la mer ainsi régies, il nous reste à parcourir celles qui se réfèrent à la terre, au sol même du territoire.

La première est celle des armées ou des corps de troupes en marche ou en stationnement sur le territoire d'une puissance étrangère. Il ne se présente plus ici, comme dans les vaisseaux de guerre, un espace mobile et circonscrit, appartenant en propriété internationale à la puissance dont ces armées portent le drapeau. C'est avec le territoire, avec le sol étranger lui-même que l'armée est en contact immédiat, et c'est sur ce sol que les actes de cette armée ou des individus qui la composent s'accomplissent. Cette situation rend moins facile la solution du conflit entre les deux souverainetés. La science théorique du droit international, bien que cet événement se présente fréquemment dans la pratique, s'en est moins préoccupée, et l'on ne rencontre pas à cet égard, chez les publicistes, un corps de doctrine rationnelle arrêté, comme à l'égard des vaisseaux de guerre.

Deux cas divers sont à distinguer : celui dans lequel l'armée se trouve sur un territoire ami ou neutre, et celui où elle se trouve sur un territoire ennemi.

939. Si l'armée se trouve sur le territoire d'un État ami ou neutre, ce ne peut être que par le consentement exprès ou tacite de cet État. Une telle concession de passage ou de stationnement à des troupes étrangères, même alliées ou neutres, est une chose grave sous bien des rapports pour les intérêts du pays où ces troupes vont passer ou stationner; elle demande grande réflexion; mais, lorsqu'elle a lieu, l'État qui la fait en accepte par cela seul les conséquences nécessaires. Nous pensons que la meilleure pratique, quant à l'objet qui nous occupe, serait que le traité autorisant cette introduction de troupes réglât la question de juridiction pénale; marquant les cas qui seraient concédés à la puissance dont les corps armés seraient admis sur le territoire, et ceux qui demeureraient exclusivement réservés à la puissance territoriale. — Mais, en l'absence de semblables conventions, il faut bien que quelques principes de raison internationale servent à résoudre les difficultés.

Aucune controverse n'existe quant aux délits de service ou de discipline exclusivement propres à l'armée. Nous avons déjà dit

(1) On lira avec fruit sur toutes ces questions, dans les *Règles internationales et diplomatie de la mer*, par M. Théodore Ortolan, capitaine de vaisseau, les chapitres 9 et 10 sur les navires de commerce et sur les navires de guerre, et surtout le chapitre 13 sur la juridiction internationale, tome 1, 4e édition.

comment le droit de punir de pareils délits reste attribué exclusivement à la puissance à laquelle appartient l'armée (ci-dessus, n° 933). L'État qui concède le passage concède même par cela seul à cette puissance la faculté d'exercer ce droit dans les lieux où se trouve l'armée, de faire quant à ces délits, sur le territoire étranger, acte d'empire et de juridiction (1). Il faudrait une clause expresse pour qu'il en fût autrement ; et encore, à moins de supposer un corps de troupes fort peu nombreux, ou un passage de bien courte durée, de telles clauses seraient-elles inconciliables avec les nécessités mêmes de l'existence d'une force armée, et, par conséquent, inacceptables. Dans tous les cas, elles ne sauraient jamais empêcher l'existence même du droit de punir les délits de service ou de discipline commis durant le passage ; elles feraient seulement obstacle à l'exercice de ce droit jusqu'à la sortie du territoire étranger.

Mais, si l'on suppose des délits de droit commun entre personnes composant l'armée, ou de la part de ces personnes contre les habitants, ou de la part des habitants contre ces personnes, alors naît le conflit international qu'il s'agit de régler. — Nous croyons, d'une part, que la puissance qui commande sur le territoire ne peut pas être considérée comme dépouillée des droits de sa souveraineté interne quant à la répression de ces sortes de délits. C'est une puissance amie ou neutre, qui, en concédant le passage, n'a pu entendre, à moins de stipulation expresse, faire une pareille renonciation. On ne peut nier que les faits ne se soient passés sur son territoire : or, ces faits étant supposés des délits de droit commun, soit qu'ils aient été commis par une personne de l'armée contre un habitant, soit par un habitant contre une personne de l'armée, l'intérêt public de répression existe pour cette puissance : l'idée de justice et d'utilité sociale se réunissent pour lui attribuer le droit de punir. Il en sera ainsi, même à l'égard des délits commis entre personnes de l'armée seulement, s'ils ont été de nature à compromettre la tranquillité des lieux et la sécurité de la population. — D'un autre côté, cependant, si les délits en question ont été commis au sein de l'armée ou dans le rayon immédiat de son activité, on est autorisé à dire qu'ils ont été commis au sein de l'État dont cette armée n'est qu'une émanation, qu'un corps détaché (ci-dess., n° 930) ; l'intérêt public de répression existe aussi pour cet État, et se réunissant à l'idée de justice, lui confère également le droit de punir. Pour l'une de ces puissances, le délit est commis sur son territoire ; pour l'autre, il est commis au sein de l'État : chacune, en principe abstrait, a le droit de punir, et l'on peut dire que c'est seulement dans l'exercice de ce droit que devront se faire les concessions. — La puissance territoriale devra s'abstenir de ré-

(1) Wheaton, *Éléments du droit international*, tome 1, page 123.

clamer le jugement des délits, même de droit commun, entre personnes composant l'armée lorsque la tranquillité des lieux n'en aura pas été compromise; en autorisant le passage elle a donné indirectement l'autorisation de faire acte d'empire et de juridiction, durant ce passage, sur le personnel de l'armée, à raison de ces délits par lesquels ses propres intérêts ne seront pas mis en péril. La puissance qui commande l'armée devra s'abstenir du jugement des délits commis par les habitants, même contre quelqu'un de l'armée : la concession qui lui a été faite ne saurait s'entendre d'un droit d'empire et de juridiction à exercer même sur ces habitants. Elle renfermera ses actes d'autorité dans le personnel de l'armée, à raison des délits commis au sein de cette armée ou dans le rayon immédiat de son activité. Sur les points restés en commun, c'est-à-dire sur les délits commis par quelqu'un de l'armée contre un habitant, ou sur les délits commis entre gens de l'armée, mais de nature à compromettre la sécurité des lieux et de la population, lorsque l'une de ces souverainetés se sera saisie la première, l'autre, à moins de raison majeure, devra s'abstenir. L'exercice de la puissance pénale pourra, en ces diverses occasions, faire l'objet de négociations, de réclamations entre les deux souverainetés, plutôt comme affaire de convenances internationales que comme droit absolu. Le droit de punir existe des deux parts; mais quant à l'exercice de ce droit sur le territoire où passent les troupes, l'État auquel appartiennent ces troupes ne doit pas oublier que ce n'est qu'une concession qui lui est faite, laquelle, à moins de clause formelle, ne peut s'entendre d'une renonciation qu'aurait faite la puissance territoriale à ses pouvoirs, même dans des cas où ses propres intérêts et ceux de sa population seraient engagés.

940. Si l'armée se trouve sur un territoire ennemi, ce n'est plus dans le consentement de l'État auquel appartient ce territoire que l'armée occupante puise son droit, c'est dans le fait même de l'occupation de guerre et dans l'étendue que la puissance occupante veut y donner. L'occupation seule, qui n'est qu'une prise de possession, ne suffit pas sans doute pour produire la conquête, pour transférer la propriété, pour substituer une souveraineté à l'autre; mais on sait qu'elle suffit pour les actes de fait, pour les actes de gestion et d'administration publique qui ne sont que des actes possessoires, que des actes intérimaires; or, l'exercice de la juridiction pénale est au nombre de ces actes. Suivant donc l'étendue que la puissance occupante aura donnée à cette juridiction, l'exercice en aura lieu par cette puissance tant que durera l'occupation. Communément et dans les moindres termes, elle comprendra les délits, même de droit commun, commis par les personnes composant l'armée soit entre elles, soit contre les habitants, et même ceux des habitants contre quelqu'un de l'armée, parce que sur ce point il n'y a plus une suffisante justice à attendre de

la souveraineté ennemie dont le territoire est envahi (1). Dans la plupart des cas, ce sont, du reste, les règlements exceptionnels des juridictions militaires ou même de l'état de siége qui sont alors appliqués.

941. Notre pratique, en France, ne s'éloigne guère des principes généraux que nous venons d'exposer. — Soit sur un territoire ami, soit sur un territoire ennemi, les armées ou divisions d'armées marchent avec leurs juridictions militaires, ou, s'il s'agit d'un corps de troupes moins considérable, ce corps se rattache à la juridiction militaire de la division à laquelle il appartient (2). — En pays ami ou neutre, tout militaire sous les drapeaux, marchant avec son corps, doit être traduit, pour les délits dont il serait prévenu, au conseil de guerre de sa division (3). — En pays ennemi, indépendamment des militaires, des individus attachés à l'armée et à sa suite, des embaucheurs et des espions, les habitants eux-mêmes du pays ennemi occupé par l'armée seront traduits au conseil de guerre pour les délits dont la connaissance est attribuée à ces conseils (4).

Mais, pour apprécier la question sous sa double face, il faut renverser l'hypothèse, et supposant une armée amie ou ennemie sur le territoire de la France, voir quels seraient les droits de juridiction pénale à reconnaître à cette armée ou à lui dénier.

942. Ce pouvoir exceptionnel de répression en temps de guerre, par suite d'une occupation militaire, contre les délits, même de droit commun, commis sur le territoire occupé, n'étant qu'une conséquence de la possession et du commandement intérimaires pris par les forces occupantes, ne dure que tant que dure l'occupation elle-même, et seulement comme attribution de la juridiction exceptionnelle qui en était intérimairement investie. Ainsi, l'occupation ayant pris fin et la juridiction intérimaire ayant cessé, on ne saurait traiter ces délits comme s'ils avaient eu lieu, en réalité, sur le territoire de la puissance occupante et les poursuivre comme tels devant les juridictions ordinaires de cette puissance. C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation, en décidant qu'un Français n'avait pas pu légalement être accusé, en 1817, devant la cour d'assises des Pyrénées-Orientales, à raison d'une tentative d'assassinat qu'on lui imputait d'avoir commise, dans l'été de 1811, contre un Catalan, sur le territoire de Catalogne, à une époque où ce territoire était occupé par les troupes et administré par les autorités françaises (5).

943. La différence de civilisation, la séparation des croyances

(1) Les questions délicates que soulève l'occupation étrangère ont été soumises en août 1874 au congrès de Bruxelles, qui n'a pu s'entendre sur leur solution.
(2) Loi du 13 brumaire an V, et décret du 21 février 1808.
(3) Décret du 21 février 1808.
(4) Loi du 22-29 octobre 1790, article 3, et du 13 brumaire an V, article 13.
(5) Arrêt de cassation du 22 janvier 1818.

religieuses, des institutions publiques et des mœurs privées entre les peuples musulmans et les peuples chrétiens, séparation bien plus profonde encore autrefois qu'elle ne l'est aujourd'hui ; l'utilité commune qu'il y avait cependant pour l'empire ottoman et pour la France à rendre possibles et sûres nos relations commerciales avec les parties de cet empire communément désignées sous le nom d'Échelles du Levant ou de Barbarie, ont depuis longtemps amené entre cet État et nous une situation tout exceptionnelle en droit international, quant aux pouvoirs de répression pénale, de police et de juridiction sur le territoire de la Porte dans ces Échelles. D'après une série de traités ou capitulations qui remontent jusqu'à la première moitié du seizième siècle, sous François Ier, les délits des Français entre eux, quoique commis sur ce territoire, restent soumis à la loi et aux autorités françaises ; un usage constant y a joint, en outre, les délits des Français même contre un sujet de la Porte (1). Une loi spéciale, du 1er juin 1836, a réglé en conséquence les pouvoirs de police et de juridiction qui seront compétents pour ces sortes de délits, suivant qu'il s'agira de contraventions de simple police, de délits de police correctionnelle ou de crimes, en mettant ces pouvoirs, autant que possible, en harmonie avec le système de nos institutions judiciaires actuelles (2).

Des raisons analogues ont fait admettre de semblables stipulations entre la France et la Chine, lorsqu'à la suite de l'expédition anglaise les cinq ports (*Canton, Emoui, Fou-Chou, Ning-Pô et Chang-Haï*) ont été ouverts par le chef du Céleste-Empire au commerce des barbares (c'est nous, ainsi que les autres Européens ou étrangers, qui sommes ici les barbares) (3) ; et plus tard, lorsque par le traité qui a mis fin à la dernière guerre contre la Chine, de nouvelles parties du territoire nous ont été ouvertes avec le même privilége (4). — De même entre la France et le sultan de Mascate, prince musulman, sur la côte d'Arabie (5). — Les pouvoirs de police et de juridiction pour ces deux classes de

---

(1) Traités de 1535, 1569, 1581, 1604, article 18, 5 juin 1673, article 16, 28 mai 1740, article 15, et 25 juin 1802, purement confirmatif des précédents.

(2) Loi du 28 mai-1er juin 1836 *relative à la poursuite et au jugement des contraventions, délits et crimes commis par des Français dans les Échelles du Levant et de Barbarie.* — Cette matière avait été réglée précédemment par un édit de juin 1778.

(3) Traité entre la France et la Chine, conclu le 25 septembre 1844; échange des ratifications à Macao, le 25 août 1845; insertion au *Bulletin des lois*, le 22 novembre 1845.

(4) Nouveau traité avec la Chine, du 27 juin 1858, art. 38; suivi de la convention de paix, additionnelle audit traité, conclue le 25 octobre 1860 ; le tout promulgué par décret du 12 janvier 1861.

(5) Traité entre la France et l'iman de Mascate, conclu le 17 novembre 1844; échange des ratifications le 4 février 1846 ; insertion au *Bulletin des lois* le 22 juillet 1846.

délits ont été également réglés par une loi du 8 juillet 1852, dans un système analogue à celui de la loi du 1er juin 1836.

Enfin, il faut y joindre d'autres traités survenus depuis, dans le même sens, avec le royaume de Siam (1), et avec l'empire du Japon (2).

Il résulte de ces traités et de cette législation que les crimes ou délits commis par des Français dans les Échelles du Levant ou de Barbarie, dans les parties du territoire chinois qui nous sont ouvertes, dans les États de l'iman de Mascate, dans le royaume de Siam, ou dans les États du Japon, tombent sous le coup de nos lois pénales, comme s'ils étaient commis sur notre territoire.

944. L'exception résultant du passage des armées, ou formellement stipulée de certains peuples à raison des différences tranchées de civilisation, doit-elle être étendue d'une manière générale aux délits commis dans les lieux où réside un ambassadeur ou autre envoyé diplomatique, ou dans ceux où siége un consul? A tout le moins faut-il l'étendre à ceux commis dans l'hôtel de l'ambassade ou dans la maison du consulat?

945. Si l'on se reporte aux motifs qui commandent à l'égard des ambassadeurs et autres agents diplomatiques certains priviléges exceptionnels quant à leur personne, et même certaines garanties quant à leur hôtel (ci-dess., n° 514 et suiv.), on verra qu'aucun de ces motifs ne peut conduire à une telle conséquence. Nous avons déjà parlé du privilége accordé à leur personne et montré comment ils doivent être à l'abri de l'action pénale de l'État auprès duquel ils sont accrédités, et cela non-seulement dans leur hôtel ou dans le lieu de leur résidence, mais par tout le territoire de cet État; mais ce privilége par cela seul qu'il est personnel, ne s'étend qu'à eux et au cercle étroit des personnes qui leur sont attachées et qui en jouissent avec eux, suivant les règles déjà exposées (ci-dess., nos 525 et suiv.). Aucun de leurs nationaux, en dehors de ce cercle, fût-ce dans le lieu de leur résidence, ne saurait y prétendre. Quant à leur hôtel, sans doute la sécurité des missions internationales exige que l'autorité du pays ne puisse s'y introduire, s'y livrer à des perquisitions, à des arrestations, au moyen desquelles les papiers, les documents, les secrets de la mission pourraient être pénétrés. Sans doute, cette introduction de l'autorité dans l'hôtel, si elle était nécessaire, ne pourrait s'accomplir que du gré de l'ambassadeur, et, en cas de refus de sa part, avec l'intervention des formes voulues pour résoudre de semblables difficultés diplomatiques. Mais là se bornent les concessions à faire à la nécessité et à la sécurité des relations inter-

(1) Traité conclu le 15 août 1856, entre la France et le royaume de Siam; promulgué en France, par décret du 28 décembre 1857.

(2) Traité conclu le 9 octobre 1858, entre la France et le Japon; promulgué en France, par décret du 21 mars 1860.

nationales. Il serait par trop fort, après avoir admis dans les mots la fiction de l'*exterritorialité* de l'hôtel (ci-dess., n° 521), de pousser le culte de cette fiction jusqu'à dire que les crimes commis dans l'hôtel par qui que ce soit seront censés commis sur le territoire du pays auquel appartient l'ambassadeur. Il n'y a pas à conclure ici par analogie de ce qui se fait à l'égard des vaisseaux de guerre; aucune parité n'existe entre un tel vaisseau, forteresse mobile de l'État, fraction organisée de sa puissance militaire, qui apparaît occasionnellement et temporairement dans les eaux d'un autre État, et l'hôtel de l'ambassade, partie des constructions de la ville, établi en permanence au sein du pays, sur le sol même du territoire. Toute idée de fiction à part, les motifs de raison ne sont pas les mêmes et ne peuvent conduire aux mêmes conséquences. Laissant donc de côté les exemples anciens, ou ceux plus récents qui pourraient être fournis par des peuples ne sachant pas faire respecter leur souveraineté intérieure, ou respecter celle des autres, nous tenons pour constant, en science rationnelle, que l'hôtel de l'ambassade n'est pas assimilé, quant à la répression des délits commis dans l'intérieur de cet hôtel, au territoire de l'État étranger représenté par l'ambassadeur, et que cet État n'est pas en droit de revendiquer le droit de répression comme si ces délits avaient été commis sur son territoire.

Ces principes rationnels sont ceux qui doivent être suivis en notre pratique. Ainsi, pour nous, sauf toujours le respect obligé des priviléges relatifs à la personne, et celui des priviléges relatifs aux actes de visite, perquisitions, arrestations ou autres opérations de la force publique en exercice, en ce qui concerne le droit même de punir, nous traiterons, d'une part, comme commis en pays étranger les délits qui auront eu lieu dans l'hôtel de nos ambassadeurs ou agents diplomatiques à l'étranger; et, d'autre part, comme délits commis sur notre territoire ceux qui auront eu lieu dans l'hôtel des ambassadeurs ou agents diplomatiques en France. C'est ce que la cour de cassation a jugé avec raison, par l'arrêt du 11 juin 1852, déjà mentionné (ci-dess., n° 528).

946. Nous en dirons autant des palais ou autres lieux habités par des princes souverains ou autres chefs de gouvernement, qui se seraient rendus de leur personne sur le territoire d'un Etat étranger (ci-dess., n°s 531 et suiv.). Le temps n'est plus où l'exreine de Suède Christine pouvait se croire le droit de condamner elle-même à mort et de faire exécuter Monaldeschi, dans la galerie des Cerfs, au palais de Fontainebleau (1).

(1) La cour de France fut loin, même alors, de considérer cet acte comme l'exercice d'un droit; et si, par des ménagements personnels, elle n'agit pas comme on devrait agir aujourd'hui pour en obtenir satisfaction, elle en témoigna du moins son mécontentement. Christine, du reste, n'avait plus le titre de reine qu'*ad honorem*.

947. Autant, à plus forte raison, des lieux où sont établis des consuls, et de la maison du consulat (ci-dess., n° 529). Il n'y a rien à conclure contre cette proposition des pouvoirs de police ou de juridiction qui sont conférés à ces agents, et que la souveraineté territoriale leur permet d'exercer à l'égard de leurs nationaux. Ces pouvoirs, quant au caractère territorial ou extraterritorial des délits, sont renfermés dans les règles du droit commun international à ce sujet (ci-dess., n°s 933 et suiv.). Pour qu'une plus grande extension y fût donnée, il faudrait des dispositions expresses de traités. Ce qui a lieu, à cet égard, pour les Échelles du Levant, pour le territoire de la Chine, pour les États de l'iman de Mascate, pour le royaume de Siam et pour l'empire du Japon, est spécial à ces localités et ne doit pas être généralisé.

948. Mais, par la raison même que les ambassadeurs ou agents diplomatiques et ceux qui participent à leur privilége sont placés pour les actes qu'ils viendraient à commettre dans le pays où la mission est accréditée, en dehors de l'action pénale de ce pays, par la raison que cette irresponsabilité ne peut pas être chez eux absolue, que c'est une irresponsabilité locale seulement; qu'il y a droit pour l'État sur le territoire duquel l'acte aurait été commis d'en requérir par voie diplomatique, et devoir pour l'État auquel appartiennent ces agents d'en procurer la punition (ci-dessus, n° 516), il faut bien que ce dernier État ait le pouvoir de faire infliger cette punition conformément à ses propres lois. D'autres déduiront sans hésiter cette conséquence de la fiction même de l'*exterritorialité*; pour nous, nous la faisons sortir des motifs de raison sur lesquels est basé tout ce droit particulier des ambassades. Ces motifs suffisent pour faire décider que nos agents diplomatiques, et tous ceux qui participent à leur privilége, seront pénalement responsables, en France, des délits par eux commis dans le pays de leur mission, comme si ces délits avaient eu lieu sur notre territoire (1).

949. Il faut en dire autant, suivant nous, par des motifs bien faciles à formuler, de tout fonctionnaire ou de tout agent public exerçant ses fonctions en pays étranger, en ce qui regarde les délits d'office, les délits de fonctions, qui sont la violation même des obligations par lui contractées envers l'État de qui il tient sa charge, quand bien même ces délits ne rentreraient pas dans la classe des crimes prévus par l'article 5 de notre Code d'instruction criminelle (ci-dess., n° 912).

950. Les questions sur ce que c'est que le territoire et sur les lieux assimilés au territoire étant résolues, il reste à déterminer dans quels cas on pourra dire d'un délit qu'il y aura été commis. — La réponse peut offrir quelque difficulté lorsque, le délit pré-

(1) Sur toutes ces questions de territoire, relatives aux ambassades ou consulats, voir les autorités déjà citées, page 210, note 1.

sentant l'ensemble de faits multiples, depuis le projet, la résolution arrêtée, la préparation, les actes d'exécution, jusqu'aux actes postérieurs ayant pour but de procurer l'impunité du délinquant ou de réaliser les profits du délit, quelques-uns de ces faits se seront accomplis sur le territoire et les autres en dehors, et réciproquement.

951. Sans anticiper ici sur des notions qui trouveront leur place ailleurs, nous dirons, en somme, que parmi tous ces faits, ceux auxquels il faut s'attacher pour répondre à la question sont ceux qui par eux-mêmes sont suffisants pour constituer le délit qu'il s'agit de poursuivre. C'est donc aux principes que nous exposerons bientôt à ce sujet qu'on doit se reporter.

Les projets, les résolutions arrêtées, les actes préparatoires eux-mêmes, s'ils ne sont pas tels qu'ils forment déjà par eux-mêmes un acte puni par notre loi pénale, ne pourront pas être qualifiés de délits commis en France, du moment que les actes d'exécution se seront passés au dehors.

952. Quant à ces actes d'exécution, si on les suppose multiples, il suffira que l'un d'entre eux ait eu lieu chez nous pour que le délit puisse être qualifié de délit commis en France. Ainsi, le meurtre commis par un coup de feu d'un territoire étranger sur une personne en France, ou du territoire français sur une personne à l'étranger, est, dans les deux cas, commis en France, parce que le fait d'avoir tiré l'arme, ou le fait de la balle qui est venue atteindre la victime, sont l'un et l'autre des faits matériels d'exécution. Même motif et même solution pour la menace d'assassinat, d'empoisonnement ou d'incendie, avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu déterminé, adressée par écrit soit de France à une personne à l'étranger, soit de l'étranger à une personne en France. Même solution pour la publication d'un écrit diffamatoire en France, bien que la personne diffamée se trouve en pays étranger; mais il n'en serait pas de même du cas inverse, c'est-à-dire de la publication en pays étranger d'un écrit diffamatoire contre une personne demeurant en France, tant que cette publication n'aurait pas franchi notre frontière, parce que, ici, il n'y aurait eu en France aucun fait matériel d'exécution.

953. Si, les actes d'exécution ayant commencé en France, le délit est continué en pays étranger avec des circonstances qui l'ont aggravé, ces circonstances aggravantes, faisant corps avec le délit et n'en étant que l'accessoire, feront corps également avec lui dans la poursuite, comme si le tout avait eu lieu en France.

954. Si, tous les faits d'exécution ayant été accomplis et achevés en pays étranger, ce ne sont que des faits postérieurs qui ont eu lieu en France, par exemple, les objets volés y ont été apportés après coup, le cadavre de la personne homicidée y a été caché, ces objets ou ce cadavre ou le délinquant y ont été recélés; de tels faits postérieurs, survenus après l'entier achèvement du délit, ne

peuvent faire que le délit lui-même ait été commis en France et qu'il puisse y être traité comme tel. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que ces actes n'eussent été eux-mêmes que des moyens d'exécuter le délit, qu'ils fissent partie eux-mêmes des actes d'exécution : ce qui n'est pas notre hypothèse. Quant à la question de savoir si ces actes postérieurs, qui bien certainement ont été commis en France, mais qui se lient intimement à un délit extraterritorial, pourraient, dans le cas où notre loi pénale les incrimine, y être poursuivis, elle ne pourra être résolue qu'après l'exposition des règles de notre droit pénal sur la connexité et la complicité.

955. Enfin il n'est pas nécessaire de démontrer comment les délits continus, autrement dits successifs, soit qu'il s'agisse de la continuité physique (ci-dess., nos 742 et suiv.), soit qu'il s'agisse de la continuité morale (ci-dess., nos 758 et suiv.), par cela seul qu'ils ont eu lieu en France à un moment quelconque de leur perpétration, sont des délits commis en France, parce qu'à chacun de ces moments le délit existe (ci-dess., nos 743 et 758). — Tandis, au contraire, qu'il n'en est pas ainsi des délits d'habitude, s'il ne s'est pas passé en France un nombre de faits suffisants pour constituer l'habitude, le tout néanmoins conformément aux règles spéciales propres à chacun de ces délits (ci-dess., nos 762 et 764).

§ 6. Du mal du délit.

1° *Suivant la science rationnelle.*

956. Le délit est un fait complexe : quand on y a considéré d'une part l'agent, avec la force mise par lui en activité, d'autre part le patient contre qui cette force est dirigée, il faut arriver à l'effet produit par cette force, au mal résultant du délit (ci-dess., n° 218).

957. Ce mal, nous le savons, est de deux sortes. — En premier lieu, un mal direct : la lésion du droit et des intérêts que souffre la personne directement atteinte par le délit, mal privé dans les délits contre les particuliers, mal public dans les délits contre l'État. — Et en second lieu, un mal indirect, mal social et général, que nous avons déjà analysé : l'alarme de la population, le défaut de confiance dans la loi et dans l'autorité qui se montreraient impuissantes à garantir la société contre de tels actes, le danger des récidives et celui du mauvais exemple (ci-dess., nos 192 et suiv.). Ce mal social indirect, nous l'avons démontré, est une des causes fondamentales de la pénalité publique (ci-dess., nos 546 et suiv.) ; mais lui-même n'existe qu'à cause du mal direct contenu dans le délit.

958. En effet, c'est, en définitive, dans le résultat directement préjudiciable au droit d'autrui, dans le mal injustement produit par l'agent, que viennent se résumer les délits. C'est à raison de ce résultat final qu'il est important de s'en garantir ; que l'alarme, que le danger du mauvais exemple existent ; c'est par la nature de ce mal que les délits se distinguent les uns des autres et qu'ils se dénomment : vol, incendie, destructions ou dégradations de propriétés ;

séquestration de personnes, adultère, coups ou blessures, homicide, etc.; c'est principalement par la gravité de ce mal qu'ils sont tenus pour plus ou moins graves (ci-dess., nos 537 et suiv.).

959. Nul ne nie cette influence prépondérante du mal sur l'appréciation caractéristique et sur la mesure des divers délits; mais il y a le mal que le délinquant avait en vue, et le mal qui a été produit en réalité; l'un et l'autre peuvent être en désaccord : quelle sera la règle du droit pénal en pareil cas?

960. Ici se présente entre le droit civil, quant à l'obligation de réparer le préjudice, et le droit pénal, quant à l'obligation de subir une peine publique, une différence majeure, qu'il importe de signaler. — L'obligation de réparer le préjudice n'existe que si préjudice il y a, et ne se mesure que sur le montant de ce préjudice effectif; la moindre faute de la part de l'agent suffit pour faire naître cette obligation de réparation, et, que la faute soit plus ou moins grave, l'obligation de réparation n'augmente ni ne diminue. — Au contraire, quant à la pénalité, indépendamment du mal produit par le délit, le manquement au devoir de la part de l'agent, autrement dit la faute, la culpabilité morale (ci-dess., n° 225), entre en ligne de compte et devient le principal élément de mesure : c'est là le propre de l'idée de punition; c'est par là surtout que cette idée diffère essentiellement de celle de réparation.

961. Cela posé, aucun antagonisme n'existe, et ces deux éléments, le mal réellement produit et la culpabilité morale, marchent en accord, lorsque le mal produit est bien celui que le délinquant avait en vue. — Mais, s'il y a diversité entre l'un et l'autre, soit que le mal produit n'ait pas été dans les intentions de l'agent ou ait dépassé ces intentions, soit, au contraire, que le mal que l'agent avait en vue n'ait pas été réalisé, ou qu'il ne l'ait été qu'en partie, alors naissent les difficultés.

962. Dans tous les cas, il est bien tenu pour certain entre tous que c'est la culpabilité morale, soit intentionnelle, soit non intentionnelle, qui forme la première condition de la peine, et que cette peine peut être encourue même quand aucun mal direct n'aurait été produit, c'est-à-dire quand la personne contre laquelle étaient dirigés les actes de l'agent n'en aurait éprouvé aucun préjudice effectif. En effet, indépendamment de l'idée de justice absolue, même au point de vue utilitaire, si le mal direct n'a pas été réalisé, il aurait pu l'être, il pourrait l'être une autre fois; et cela suffit pour faire naître le mal indirect social et général, l'alarme publique, le défaut de confiance dans la loi et dans l'autorité qui resteraient indifférentes à de tels actes, le danger des récidives et du mauvais exemple. Les deux éléments servant de base à la pénalité humaine, le juste et l'utile, se trouvent donc réunis pour faire prononcer la peine.

963. Mais faut-il s'en tenir là, et la circonstance que le mal a eu lieu ou n'a pas eu lieu, qu'il a été plus ou moins considé-

rable, sera-t-elle indifférente ; la mesure de la peine se basera-t-elle uniquement sur la culpabilité morale, sur le mal intentionnel ? — Sans entrer pour le moment dans l'examen des hypothèses diverses de la question, à ne considérer et à ne poser encore que le principe général, tout se réunit pour démontrer que le mal effectif doit entrer pour sa part dans cette mesure.

964. Tous les éléments du délit, en effet, ceux déduits de la personne de l'agent, de la personne du patient, des rapports entre l'une et l'autre de ces deux personnes, des diverses modalités de l'exécution, des événements qui ont précédé ou accompagné cette exécution, tout cela influe sur la mesure de la peine (ci-dess., n° 229) : comment le mal produit, qui est aussi un des éléments du délit, n'entrerait-il pas en ligne de compte ?

Le délit sans le mal produit est incomplet ; un des éléments manque, l'élément final : on ne peut le nier. Je vois la force mise en activité, je ne vois pas l'effet. — Le délit avec un mal plus ou moins grand contient en soi un élément plus ou moins grave : on ne peut le nier. Je vois la force mise en activité, et je vois un effet plus ou moins préjudiciable résultant de cette force. — Comment l'absence ou l'existence de cet effet, son intensité plus ou moins grande, seraient-elles sans influence sur la question de pénalité ?

965. Il en sera ainsi si on se place dans la théorie de la justice absolue, qui n'est pas de ce monde ; mais cela est impossible dans la théorie de la justice pénale humaine, laquelle est assise, ainsi que nous l'avons démontré (ci-dess., n^os^ 176 et suiv.), sur deux idées combinées, toutes les deux indispensables pour que cette justice puisse punir, toutes les deux à mettre en compte pour l'appréciation des délits, pour la mesure et pour la limite de la peine : le juste et l'utile, la lésion du droit et la lésion des intérêts. Or le mal direct produit par le délit fait partie essentiellement de la lésion des intérêts ; le mal indirect lui-même, c'est-à-dire le trouble, l'alarme publique, le danger du mauvais exemple, se ressent en plus ou en moins de l'étendue plus ou moins grande du mal direct qui a été réellement produit : donc ce mal doit nécessairement entrer en compte pour la mesure et pour la limite de la peine.

966. Le délit que peut frapper la justice humaine n'est pas un fait purement spirituel ; il participe de la double nature de l'homme, il est de l'ordre moral et de l'ordre physique à la fois : or, ce serait retrancher une grande partie de sa nature physique que de vouloir faire abstraction du résultat matériel des actes de l'agent, du préjudice éprouvé en réalité par la personne lésée et par la société. Ce sont toujours nos aspirations immatérielles vers la théorie de la justice absolue.

967. Tout délit est à envisager sous un double aspect : dans la personne de l'agent et dans la personne du patient. Dans la pre-

mière, il est violation d'un devoir, et dans la seconde, violation d'un droit, lésion d'un intérêt (ci-dess., nos 536 et 568). Or, que le mal produit par le délit soit plus ou moins grand, que le mal que le délinquant avait en vue se réalise plus ou moins, ou même qu'il ne se réalise pas, il se peut faire que la violation du devoir existe toujours au même degré, mais, à coup sûr, la violation du droit, la lésion de l'intérêt ne sont plus les mêmes : donc il y a quelque chose de moins dans le délit, et par suite il doit y avoir quelque chose de moins dans la pénalité.

968. Enfin, et c'est en ceci que nous résumerons la démonstration : le mal directement produit par le délit est l'événement final que l'on impute à l'agent, du moment que cet agent réunissait en lui les conditions voulues pour l'imputabilité, dont on dit qu'il est la cause première, la cause efficiente et responsable, et qu'on porte en conséquence à son compte pénal (ci-dess., nos 220 et suiv.). Or, si ce mal est plus ou moins grand, son compte évidemment est plus ou moins chargé ; si le mal n'a pas eu lieu ou s'il n'a eu lieu qu'en partie, son compte est diminué d'autant. On imputera à l'agent la faute qu'il a commise et qui aurait pu amener ce mal, l'intention qu'il avait de le produire, quand cette intention a existé chez lui, les actes qu'il a faits pour y parvenir; mais comment lui imputer la mort d'un homme, l'incendie d'une maison, la soustraction de la chose d'autrui, qui n'ont pas eu lieu ? comment affirmer qu'il est la cause première, la cause efficiente d'un mal qui n'a pas existé ? Le calcul d'imputabilité est donc modifié lui-même profondément par l'existence ou la non-existence, par l'intensité plus ou moins grande du mal résultant du délit.

969. Ceux qui veulent qu'il en soit autrement, et qui prétendent ne s'attacher qu'au mal que le délinquant avait en vue, qu'au mal intentionnel, ceux-là se jettent dans la théorie de la justice absolue, retranchent une grande partie de la nature physique du délit, méconnaissent la double personnalité dont le délit se constitue, en ne l'envisageant que dans la personne de l'agent et laissant de côté ce qu'il est dans la personne du patient ; ceux-là enfin dressent à faux le compte d'imputabilité, soit en y omettant des éléments qui doivent y figurer, soit en y portant comme accomplis des événements qui ne l'ont pas été. Et comme ils ne sont pas dans le vrai, il leur est impossible d'être constants dans leurs idées : en contradiction avec eux-mêmes, tantôt, suivant la diversité des hypothèses, ils appliqueront un système, et tantôt ils en appliqueront un autre.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

970. Tel est, en notre droit positif, le caractère de notre Code pénal. Quelquefois il a voulu que la mesure de la peine fût basée sur le mal que le délinquant avait eu en vue, sans tenir compte

du mal produit ou non produit ; d'autres fois sur le mal produit, sans égard à l'intention du délinquant ; d'autres fois enfin sur la considération de l'un et de l'autre. Parcourons les hypothèses diverses dans lesquelles le problème peut se présenter.

971. La plus simple est celle dans laquelle le mal que le délinquant avait eu vue a été produit ; il y a accord entre l'intention et le résultat, égalité de mal dans l'intention et dans le fait. Régulièrement, c'est dans cette prévision que la peine morale des divers délits a été édictée par notre Code ; c'est par là que les délits sont distingués les uns des autres, qu'ils reçoivent leur nom et qu'ils se placent à leur rang dans l'échelle de la pénalité. Il n'y a dans notre droit positif à cette manière de procéder, qui est celle prescrite par la science rationnelle (ci-dess., n° 958), que quelques rares exceptions (ci-dess., n^os^ 1042, 1047 et suiv.).

972. Mais, sans sortir de cette hypothèse, combien de délits ne rencontre-t-on pas qui, restant toujours le même délit, sont susceptibles néanmoins de présenter, tant dans l'intention du délinquant que dans le fait, un préjudice variable ! Il en est ainsi, par exemple, du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance, de la banqueroute frauduleuse, des dégradations ou destructions de propriétés, de la fausse monnaie, du faux en écriture publique ou privée, dans lesquels les valeurs enlevées, obtenues, détournées ou détruites, peuvent être plus ou moins importantes ; de l'injure, de la diffamation, de la calomnie, dans lesquelles les actes injurieux, les faits imputés diffamatoirement ou calomnieusement peuvent être plus ou moins graves. — Une de ces sortes de délits étant donnée, le mal qu'y a voulu faire et qu'y a fait en réalité le délinquant doit entrer indubitablement en compte pour la mesure de la pénalité : l'idée de justice et l'idée d'utilité se réunissent pour l'exiger. Cependant deux observations sont à faire à cet égard.

La première, que la loi positive ne pouvant pas, à moins de devenir une loi casuiste, semblable aux lois des barbares, suivre de point en point les variations de ce mal et marquer elle-même une peine différente pour chacune de ces variations, par exemple pour toutes les sortes d'objets volés ou pour toute la série des sommes que peut comprendre le vol, doit se borner à prévoir les nuances les plus saillantes : elle pourra établir certaines catégories générales dans l'étendue ou dans le montant du préjudice, ou bien construire, pour les cas qui en seront susceptibles, quelque formule proportionnelle ; mais quant au surplus, l'appréciation doit en être nécessairement rejetée dans l'office du juge, suivant la latitude laissée par la loi pour la détermination de la peine en chaque cause.

La seconde observation, c'est que, puisqu'il s'agit d'un même délit, dans lequel il y a toujours violation d'un même genre de devoir, lésion d'une même nature de droit et d'une même sorte

d'intérêt, et que la différence dont nous parlons ne porte que sur la quantité de la lésion ; car un vol, par exemple, quelle que soit la chose volée, est toujours vol ; cette différence de quantité n'entre dans la mesure de la peine qu'en sous-ordre, comme variation d'un même délit, après l'appréciation morale du délit en lui-même suivant la nature et l'importance du devoir et du droit violés ; de telle sorte que dans les cas de grands crimes et de culpabilité élevée, l'influence comparative s'en trouve nécessairement affaiblie.

973. Nous rencontrons dans notre Code pénal un grand nombre de dispositions dans lesquelles, une même sorte de délit étant donnée, le Code a fait varier la peine suivant le mal plus ou moins grand produit par ce délit : quelquefois la peine corporelle (1), quelquefois l'amende seulement ; fréquemment la formule est de prononcer une amende proportionnelle aux restitutions et dommages-intérêts, c'est-à-dire à la valeur représentative du préjudice (2). Tout le système pénal des amendes édictées par le Code forestier repose sur cette idée de la graduation des amendes suivant l'étendue du mal produit (3).

---

(1) C. pén., art. 156, fausse feuille de route : peine d'emprisonnement, du bannissement ou de réclusion, suivant que le porteur n'a touché indûment du Trésor public aucuns frais de route, ou qu'il a touché moins de cent francs, ou qu'il a touché cent francs ou au delà; — art. 238, 239, 240, évasion de détenus : peine corporelle plus ou moins élevée, suivant la gravité du délit ou du crime pour lequel l'évadé était détenu; — art. 250, 251, 252, bris de scellés appliqués à des papiers et effets de prévenus, accusés ou condamnés : peine corporelle plus ou moins grave, suivant la gravité du crime objet de la détention ou de la condamnation; — art. 361, 362, 363, faux témoignage en justice, peine corporelle plus ou moins grave, suivant qu'il a été porté en matière criminelle, en matière de police correctionnelle, en matière de simple police ou en matière civile; — art. 445, 446, 447, abatage ou mutilation d'arbres, destruction de greffes : durée de l'emprisonnement calculée à raison de chaque arbre ou de chaque greffe.

(2) C. pén., art. 135, remise en circulation, après en avoir vérifié les vices, de monnaies étrangères contrefaites ou altérées qu'on avait reçues pour bonnes : amende proportionnelle à la somme représentée par les pièces remises en circulation. — Amende proportionnelle, dans sa quotité ou dans son *maximum*, au montant des restitutions et indemnités, en sus de la peine corporelle, dans les cas des articles suivants : art. 169 à 172, soustractions commises par des dépositaires publics; art. 406, abus des faiblesses d'un mineur pour lui faire souscrire des obligations, quittances ou décharges; art. 408, abus de confiance; art. 437, destruction d'édifices, ponts, digues, etc.; art. 444 à 455, 456 et 457, dévastations de récoltes et autres détériorations, destruction ou dommages en fort grand nombre, énumérées dans ces articles, et relatifs pour la plupart à l'agriculture.

(3) Cod. forestier, art. 21, 29, 34, 54, 55, 75, 77, 78, 110, 144, 147, 192, 194, 109 : amendes graduées sur le montant des adjudications indûment obtenues; sur la valeur des bois indûment ajoutés à l'adjudication; sur le nombre d'arbres coupés ou enlevés en contravention, suivant leur essence et leur circonférence; sur le nombre de charretées ou tombereaux, de charges de bête de somme ou de charges d'homme d'objets enlevés en contravention; sur le nombre de voitures, bestiaux, animaux de charge ou de monture introduits en contravention, ou non marqués quand ils doivent l'être, ou n'ayant pas de clochettes

974. C'est surtout en fait de contraventions ou de délits de police correctionnelle que notre législation contient des dispositions semblables; rarement en fait de crimes. A défaut de texte de loi, c'est au juge à faire entrer dans la mesure de la peine cette considération de la quotité du mal produit, suivant la latitude que lui en donnent soit le *maximum* ou le *minimum* quand il en existe, soit la déclaration de circonstances atténuantes.

975. Parmi les cas où l'office du juge est ainsi appelé à suppléer autant que possible au silence de la loi, nous citerons, entre les crimes, ceux de fausse monnaie, de banqueroute frauduleuse; entre les délits de police correctionnelle, ceux de diffamation, de dénonciation calomnieuse (1), d'escroquerie; mais surtout les divers genres de crimes ou de délits de vol, qui tiennent tant de place dans notre statistique criminelle, et qui sont si susceptibles de varier par le montant des sommes ou par la valeur des objets volés.

976. Notre législateur a sacrifié à l'idée de simplicité toute distinction à cet égard parmi les vols. Loin de suivre la vieille maxime : « Et qui emble soixante sols plus doit estre puny que celui qui emble un oyson » (ci-dess., n° 797, note 2), il n'a fait entrer pour rien dans la fixation de la peine par lui édictée la valeur des choses soustraites (2). Mais il a laissé au juge le pouvoir de tenir compte de cet élément au moyen de la latitude entre le

---

quand ils doivent en avoir, d'après la qualité plus ou moins nuisible de ces bêtes, et d'après l'âge des bois où elles ont été introduites.

(1) Les délits de dénonciation ou d'accusation calomnieuse ont été placés pendant longtemps, suivant les mœurs de l'antiquité et suivant le principe vindicatif des pénalité d'autrefois, sous la règle du talion. Le Code pénal de 1810, en frappant, dans son article 371, le délit de calomnie, avait établi une certaine proportion entre la peine et la gravité du fait calomnieusement imputé. Mais, par suite du système de la loi du 17 mai 1819, cet article 371 s'est trouvé abrogé; le délit de calomnie a disparu des qualifications légales de notre droit positif, et il est venu se confondre dans celui de diffamation (art. 13 et suiv., et art. 26 de la loi de 1819). Il n'est resté à ce sujet dans notre Code pénal que l'article 373, relatif à la dénonciation calomnieuse. Or, ni le Code pénal à propos de la dénonciation calomnieuse (art. 373), ni la loi de 1819 à propos de la diffamation (art. 16 et suiv. de cette loi) n'ont édicté de variation de peine à raison du plus ou moins de gravité des faits calomnieusement dénoncés ou diffamatoirement imputés. Seulement, le juge trouvera dans la peine légale un *maximum* et un *minimum* suffisamment espacés pour qu'il lui soit permis de tenir compte de cet élément important du délit.

(2) Dès que le législateur entre dans ces distinctions, il se présente, quant à l'appréciation de la valeur, des difficultés de principes sur lesquelles il a besoin de se fixer et de fixer la jurisprudence : — La valeur à prendre en considération est-elle celle que le voleur a cru voler ou celle qu'il a volée réellement? la valeur vénale ou la valeur d'affection? la valeur au moment du vol ou celle survenue plus tard? Qui peut dire que rien de tout cela soit étranger, dans l'esprit du juge, à la mesure de la peine? Mais quant au législateur qui fixe des chiffres, il doit prendre, en ces distinctions, l'idée dominante et la plus simple : la valeur réellement volée, valeur vénale et au moment du vol.

maximum et le *minimum*, ou de celle que peut ouvrir la déclaration de circonstances atténuantes.

Tant qu'il ne s'agit que d'escroqueries ou de vols restés dans la classe des délits de police correctionnelle, cette latitude est plus que suffisante, et le juge, moyennant un emploi judicieux de son pouvoir, est à même de satisfaire convenablement à la proportion. — Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de vols qualifiés, c'est-à-dire de vols élevés au rang de crimes à raison de certaines circonstances aggravantes qui s'y rencontrent : c'est alors que les inconvénients de ce système se font sentir; et ces inconvénients sont révélés par nos statistiques criminelles.

977. Ces statistiques, en effet, ont consacré chaque année, depuis 1836, deux tableaux à constater, autant que possible, la nature et la valeur approximative des objets volés dans ces sortes de vols qui sont jugés par les cours d'assises. On y voit, en prenant le résultat général des vingt-cinq années écoulées depuis 1836 jusqu'en 1860, que le préjudice total causé par les vols qualifiés crimes, dont l'importance a pu être indiquée, s'est élevé, durant ces vingt-cinq années, à près de 47 millions de francs, ce qui fait en moyenne beaucoup plus d'un million et demi de francs par an (1). Ces chiffres, si l'on procède par moyenne, donnent une somme de 485 francs pour le montant de chaque vol. Mais une telle manière d'opérer serait bien trompeuse si on croyait pouvoir en déduire l'idée exacte du préjudice dans chaque fait. En effet, même en laissant à part les cas extraordinaires, tels que ceux d'un vol de 8 millions en 1856, et de deux autres de 500 et 700 mille francs en 1860, il suffit de quelques sommes, même moins importantes, pour élever la moyenne, tandis qu'une grande disproportion existe, en réalité, sous ce rapport, d'un vol à l'autre. Ainsi, on voit par les mêmes tableaux que 18,351 affaires de vols qualifiés, de moins de 10 francs, ont été soumises aux cours d'assises durant cet intervalle, et 34,926 de vols de 10 francs à 50 francs. Réunies ensemble, ces deux catégories de vols, de moins de 10 francs et de 10 francs à 50 francs, formaient plus de la moitié de tous les vols qualifiés : 526 pour 1,000 (2). En pré-

(1) Tableaux LX et LXI dans la statistique de 1860, et tableaux correspondants dans les années antérieures. Voir aussi le rapport précédant cette statistique, page XLII. — Les chiffres constatés sont : 46,635,420 francs durant ces vingt-cinq années; soit en moyenne 1,865,420 francs par année. Ils ne sont pas complets, 13,323 vols qualifiés étant restés en dehors de ces constatations. — Toutefois, ainsi qu'on le verra dans la note suivante, le nombre des petits vols diminue sensiblement aujourd'hui dans les cours d'assises, par suite de la correctionnalisation dont nous allons parler.

(2) Si on compare les résultats de 1851 à 1860, de 1861 à 1865, avec ceux des années antérieures, on trouve qu'il y a eu, durant ces dernières années, augmentation dans le montant annuel des vols, dans la moyenne afférente à chaque vol, et enfin que le nombre proportionnel des vols au-dessous de

sence d'un préjudice pécuniaire si minime, et de peines aussi élevées que celles de la réclusion, des travaux forcés à temps ou même à perpétuité, il arrive fort souvent que le jury ne se borne pas à déclarer l'existence de circonstances atténuantes, qu'il serait autorisé, certes avec grande raison, à voir dans la valeur minime des objets volés; mais qu'il répond négativement à la question des circonstances aggravantes, quoique l'existence de ces circonstances ait été bien démontrée, afin de réduire le vol aux proportions d'un délit de police correctionnelle, ou même qu'il déclare l'accusé non coupable, quoique la culpabilité soit certaine. Ces inconvénients, joints à ceux des lenteurs et des frais de la procédure par jury, de la prolongation des détentions préventives, pour des vols d'un intérêt pécuniaire si mince, sont tels, qu'on s'est demandé, dans la pratique, s'il ne vaudrait pas mieux conseiller aux juges d'instruction ou aux chambres d'accusation de prendre eux-mêmes l'initiative, et de se montrer faciles à écarter, de leur propre chef, en semblables cas, la mention des circonstances aggravantes, afin de renvoyer ces sortes d'affaires devant les tribunaux correctionnels, et d'en rendre ainsi mieux assurée la répression devenue moins rigoureuse (1). On a inventé pour ce genre d'opérations le barbarisme de *correctionnaliser* les affaires, et nous rapporterons, en traitant de la compétence des cours d'assises, un exemple, judiciairement constaté, de ce mode d'opérer, qui a amené une bien singulière situation. Ces fraudes bien intentionnées n'en sont pas moins des fraudes; elles ne témoignent que de l'imperfection de la loi. Le procédé le plus simple et le plus moral serait que la loi fît elle-même quelques distinctions entre les vols suivant la valeur des objets volés; comme l'ont fait un grand nombre de codes étrangers, notamment les codes allemands. Les enseignements de la statistique montreraient, par le résultat de l'expérience même, les chiffres qui pourraient être pris avec le plus d'utilité pour limites dans ces distinctions. Il est à remarquer cependant, tant nous sommes imbus de l'idée contraire, que la loi du 13 mai 1863 portant modification à plusieurs articles du Code pénal n'est entrée en rien, à l'égard de l'impor-

---

50 francs a diminué. Voici les chiffres pour ces deux périodes, par moyennes annuelles :

	Montant de tous les vols, par an:	Par chaque vol :	Vols de moins de 50 francs :
De 1836 à 1850. . . .	1,279,870 fr.	309 fr.	550 sur 1,000
De 1851 à 1860. . . .	2,743,470 fr.	749 fr.	486 sur 1,000
De 1861 à 1865. . . .	2,998,404 fr.	1,060 fr.	462 sur 1,000

(1) Voir dans nos statistiques criminelles de chaque année les tableaux LX et LXI, qui ont varié quelquefois de numéros, et dans la statistique de 1850, publiée en 1852, le rapport préliminaire, pages XLVI à XLVIII. « Dans la pratique, dit le rapport qui précède la statistique de 1865, « les cours d'assises ne sont guère « saisies de la connaissance des vols qui n'ont causé qu'un préjudice insigni- « fiant. »

tance des choses volées, dans cette voie, bien que la plupart des modifications qu'elle a consacrées consistent à substituer, pour un certain nombre de faits, l'emploi des peines correctionnelles à celui des peines criminelles.

Les documents statistiques dont nous venons de rendre compte sont spéciaux aux vols qualifiés, déférés aux cours d'assises; ils n'ont pas été recueillis pour les simples vols de police correctionnelle.

978. La seconde hypothèse est celle dans laquelle le mal qui a été produit n'était en aucune manière dans l'intention du délinquant, ou a dépassé cette intention. — Comme il arrive dans les divers cas où, par imprudence, par maladresse, par inobservation des règlements, on a occasionné quelque accident préjudiciable, un incendie, des blessures, la mort de quelqu'un, dont on est peut-être le premier et le plus fortement affligé (ci-dess., n° 384, 2°); — ou bien lorsque, commettant quelque délit, ce délit a eu des conséquences plus funestes qu'on ne voulait (ci-dess., n°s 389 et suiv.); — ou bien enfin lorsque, commettant un délit au risque de tout ce qui pourrait en advenir, le résultat sur lequel la volonté du délinquant n'a plus eu aucune influence, a été plus ou moins grave, plus ou moins préjudiciable (ci-dess., n° 393).

C'est un point qui se trouve déjà traité par ce que nous avons dit au sujet de l'intention (ci-dess., n°s 377 et suiv.). Nous savons que ce résultat, ce mal effectivement produit devra être pris en considération, suivant les principes rationnels du droit pénal, et imputé à l'agent tantôt à titre de faute non intentionnelle, tantôt même comme s'il l'avait voulu. De telle sorte que, les intentions et les actes de cet agent ayant été les mêmes, si aucun mal n'en est survenu, il n'y a pas de peine ou la peine est moindre; si quelque mal en est arrivé, l'agent est puni plus ou moins gravement, suivant la gravité de ce mal. Il profite ou souffre, dans la proportion voulue par la raison du droit, de l'heur ou du malheur des événements, parce que ces événements, tels qu'ils se sont passés, lui sont imputés, c'est-à-dire qu'on est autorisé à affirmer qu'il en est la cause première, la cause efficiente et responsable (ci-dess., n° 968).

979. Nous savons également que notre Code pénal a tenu compte de ces résultats, et qu'il l'a fait même avec une sévérité rigoureuse, facile à imputer à l'agent les suites de son action comme s'il avait voulu les produire (ci-dess., n°s 405 et suiv., avec les notes). Ainsi, dans certains crimes d'incendie, de destruction d'édifices, navires, ponts ou chaussées, de dérangement de la voie ferrée, que quelqu'un se trouvant sur les lieux ait péri : peine de mort; s'il n'y a pas eu de blessures, ou si, les blessures ayant eu lieu, elles n'ont pas été suivies de mort, peine inférieure : le médecin, en sauvant la vie au blessé, la sauve aussi au coupable. Que, par suite de certaines infractions en ma-

tière de police sanitaire, une invasion pestilentielle ait eu lieu, peine de mort; si l'invasion ne s'en est pas suivie, peine inférieure. Que, par suite du délaissement d'un enfant au-dessous de sept ans dans un lieu solitaire, l'enfant ait péri, peine de mort; si l'enfant n'a pas péri, peine inférieure, correctionnelle ou criminelle, suivant les conséquences qu'aura eues ce délaissement. Ainsi, à la suite de coups ou blessures, que le mal ait entraîné une incapacité de travail personnel de plus de vingt jours ou seulement de vingt jours ou au-dessous; que le malade, par sa constitution robuste, y ait résisté, qu'il ait été sauvé par quelque hasard, par la promptitude ou par l'habileté des secours reçus, ou qu'il ait succombé : peine correctionnelle ou peine criminelle, jusqu'à la peine du meurtre, suivant l'événement. De même, en cas d'administration de substances nuisibles à la santé, quoique non mortelles, et dans bien d'autres cas encore. Notre législateur n'a pas hésité à subordonner la punition ou la gravité de la punition à des événements accidentels, qui sont la suite des actes de l'agent, mais qui, par des causes indépendantes de la volonté de cet agent, dont il profitera ou dont il souffrira néanmoins, ont pu tourner plus ou moins mal (1).

---

(1) Code pénal, art. 181 et 182, juge ou juré, en matière criminelle, qui s'est laissé corrompre : peine plus ou moins grave, suivant qu'il y a eu condamnation ou non, et suivant que cette condamnation a été elle-même plus ou moins grave. — Art. 191, ordres ou réquisitions de la part d'un fonctionnaire contre la perception d'une contribution légale, l'exécution d'une loi, etc. : peine plus ou moins élevée, suivant les crimes qui ont pu survenir par suite desdits ordres. — Art. 231, violences contre certains fonctionnaires : peine plus ou moins élevée, suivant qu'il en est résulté ou non effusion de sang, blessures ou maladie, mort dans les quarante jours ou après. — Art. 309 et 311, coups ou blessures volontaires : peine correctionnelle ou criminelle plus ou moins forte, suivant qu'il en est résulté ou non maladie ou incapacité de travail pendant plus de vingt jours, mutilation, ou mort sans intention de la donner — Art. 313, chefs ou provocateurs de réunions séditieuses avec rébellion ou pillage : peine plus ou moins forte, suivant les crimes ou délits qui auront pu être commis dans la réunion par autres que par eux. — Art. 316, crime de castration : travaux forcés à perpétuité ou peine de mort, suivant qu'il en est résulté ou non la mort, et que cette mort a eu lieu dans les quarante jours ou après. — Art. 317, administration volontaire de substances nuisibles à la santé, mais non mortelles : peine correctionnelle ou peine criminelle, suivant qu'il en est résulté ou non une maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours. — Art. 319 et 320, maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, ayant occasionné homicides, blessures ou coups involontaires : peine correctionnelle plus ou moins élevée, suivant qu'il y a eu mort ou non; pas de peine fort souvent s'il n'en est résulté aucun malheur. — Art. 349, 350, 351, délaissement en un lieu solitaire d'un enfant au-dessous de sept ans accomplis : peine correctionnelle ou peine criminelle plus ou moins forte, suivant le résultat préjudiciable qui en est advenu à l'enfant. — Art. 382, 385, vol à l'aide de violence : peine plus ou moins forte, suivant que la violence a laissé ou non des traces de blessures ou de contusions. — Art. 430, 431, fournisseurs ayant fait manquer le service dont ils sont chargés : outre la peine corporelle, amende dont le *maximum* est calculé sur le quart des dommages-intérêts. — Art. 434, 435, 437, incendie ou destruction par l'effet d'une mine ou autrement de cer-

980. Enfin, la troisième hypothèse est celle dans laquelle le mal constitutif du délit que l'agent avait en vue de produire n'a pas été réalisé. Cette hypothèse nous conduit à l'examen du problème pénal de la tentative, qui demande une étude à part.

CHAPITRE IV

DE LA TENTATIVE ET DE L'ATTENTAT.

§ 1. De la tentative.

1° *Suivant la science rationnelle.*

981. Le délit fort souvent est le résultat d'une volonté spontanée, exécutée aussitôt que formée, mais plus souvent encore l'agent, avant de l'accomplir, suit une progression d'actes successifs, qu'il importe d'examiner.

Une première série de ces actes se passe toute dans le mystère de l'activité psychologique de l'homme : la pensée traverse l'esprit, elle s'aiguillonne en désir, le désir se fixe en projet, le projet devient une résolution arrêtée : ce sont les actes internes.

Une seconde série appartient à l'activité extérieure. — La résolution arrêtée, quoiqu'elle se cache le plus souvent, peut néanmoins se manifester au dehors, en paroles, en écrits, par menaces, par confidences et communications, surtout lorsque l'agent cherche des complices ; elle peut même avoir été arrêtée après délibération et par concert entre plusieurs, ce qui la fait passer dans les actes extérieurs. — Le projet résolu, l'agent prend ses mesures pour l'exécution : il examine les lieux et les personnes, il cherche et obtient les renseignements, il se procure, il dispose les instruments et les moyens, il se transporte sur les lieux, il est prêt à exécuter : ce sont les actes préparatoires. — L'agent passe aux actes d'exé-

---

tains objets : peine capitale ou non capitale, suivant qu'il en est résulté ou non la mort de quelqu'un se trouvant dans les lieux. — Art. 458, actes d'imprudence ou de négligence ayant occasionné un incendie involontaire : pas de peine le plus souvent s'il n'en est rien résulté. — Art. 460, 461, fait d'avoir, au mépris des défenses de l'administration, laissé communiquer avec d'autres ses animaux ou bestiaux infectés de maladie contagieuse : peine correctionnelle plus ou moins forte, suivant qu'il en est résulté ou non contagion parmi les autres animaux. — Loi du 3 mars 1822, *sur la police sanitaire*, art. 8 et 10 : peines criminelles plus ou moins fortes, quelquefois même peine de mort contre certaines violations de cette loi, suivant qu'il en est résulté ou non invasion pestilentielle. — Loi du 15 juillet 1845, *sur les chemins de fer*, art. 16, dérangement volontaire de la voie de fer ou obstacle volontairement posé : réclusion, travaux forcés à temps ou peine de mort, suivant qu'il en résulté ou non des blessures ou un homicide; art. 20, maladresse, imprudence ou inobservation des règlements : peine correctionnelle plus ou moins forte, suivant qu'il en est résulté des blessures ou morts.

cution, c'est-à-dire qu'il se met à l'œuvre du délit, qu'il emploie son activité à produire le mal du délit; mais dans cette exécution elle-même combien de nuances, soit qu'elle se résume en un seul acte, destiné par sa nature et par ses effets ordinaires à amener à lui seul le résultat, soit qu'elle exige des opérations multiples, que l'agent y insiste, s'y emploie en efforts redoublés et consacre une nouvelle succession d'actes à l'achever!

982. Après le dernier acte d'exécution, le rôle de l'agent, quant à la production du délit, est terminé; mais quel va être l'effet de ses actes? quelles lésions de droits, quel préjudice en va-t-il résulter? Il s'ouvre là une troisième série de faits, qui ne se réfère plus à l'exercice même de l'activité de l'agent, mais qui se rapporte aux conséquences de cette activité, et qui conduit jusqu'à la consommation du délit, c'est-à-dire jusqu'à la réalisation du mal qui en était le but final.

983. Or, dans cette gradation, dans cette succession possible des faits, jusqu'à quel point l'agent est-il allé? jusqu'à quel point l'effet préjudiciable a-t-il été produit? et quelle doit être la loi pénale pour chaque terme distinct de la progression? telles sont les questions qui s'élèvent pour le criminaliste.

984. Quand le mal qui constitue la fin du délit, mal qui doit être indiqué par conséquent dans la définition même du délit, a été produit, par exemple la mort dans l'homicide, la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui dans le vol, on dit que le délit est *consommé*. — C'est là incontestablement le délit complet, le délit défini par la loi pénale, celui contre lequel la peine est édictée, en quelque sorte le type du délit. Les autres termes, qui s'en approchent plus ou moins mais sans l'atteindre, n'en sont incontestablement, en fait, que des diminutifs. Il s'agit de savoir comment ils devront être traités en droit.

985. Les actes internes, fussent-ils avoués, et la preuve n'en peut être saisie autrement que par un aveu, par une confidence quelconque, par le propre témoignage écrit ou non écrit de la personne en qui ils se sont passés, puisque c'est dans le for intérieur que ces actes ont lieu; les actes internes, que cette personne ait renoncé à y donner suite par une répudiation morale de ses mauvaises pensées, ou parce qu'elle a vu quelque obstacle s'élever, ou parce que l'occasion ne s'est pas présentée, ne sauraient en aucun cas tomber sous le coup de la pénalité humaine (ci-dess., n° 570); c'est d'une autre justice qu'ils relèvent: nous n'avons plus à y revenir.

986. La menace, l'association et le concert par suite desquels la résolution a été arrêtée entre plusieurs peuvent, en certains cas, présenter par eux-mêmes, surtout lorsqu'ils se réfèrent à des crimes graves, des caractères assez immoraux et assez nuisibles pour constituer un délit, nous l'avons dit (ci-dess., n°s 799 et suiv.); mais c'est alors un délit spécial, un délit distinct de celui

annoncé par la menace ou dont la résolution a été concertée et arrêtée entre plusieurs, et bien inférieur. Trop d'intervalle sépare encore le projet, même résolu, même annoncé au dehors, même arrêté entre plusieurs, de la réalisation, pour qu'il puisse y avoir, en science rationnelle, le moindre doute à cet égard ; quelle que soit encore la cause qui ait fait que l'agent ou les agents se soient arrêtés à ce point. — La menace est plus particulièrement encore sous ce rapport dans une classe à part ; car c'est moins à cause de la résolution qu'elle annonce, qui pourrait ne pas être sérieuse, qu'à cause de l'alarme, de l'intimidation qu'elle produit, de l'outrage qu'elle contient et du but coupable dans lequel elle est faite, que le législateur est autorisé à l'incriminer (ci-dess., n° 802).

987. Lorsque l'agent en est venu aux actes préparatoires, un pas de plus est fait vers le délit, mais le délit n'est pas encore commencé. Que l'agent soit, par une cause quelconque, arrêté à ce point, on aura toujours à se demander, sous le rapport de sa culpabilité intentionnelle, s'il aurait persisté ou non dans sa résolution, s'il aurait usé des moyens par lui disposés ou s'il ne les aurait pas abandonnés ; et dans tous les cas, ce qui est certain, en fait, c'est qu'il n'en a pas usé. — Cependant il peut arriver deux choses : ou que les actes préparatoires se réfèrent à un crime tellement grave et dangereux pour la société que le législateur soit autorisé à les punir en leur qualité d'actes préparatoires, à raison même du crime dont ils étaient et dont il faudra prouver qu'ils étaient la préparation, comme acheminement vers ce crime ; mais ce devra être, à coup sûr, d'une peine bien inférieure à celle du crime lui-même. — Ou bien il pourra arriver encore que ces actes accomplis comme préparatifs d'une action coupable constituent par eux-mêmes, indépendamment du délit auquel ils se réfèrent, un autre délit prévu et pénalement réprimé par la loi : comme si, par exemple, pour se préparer à commettre un assassinat, quelqu'un volait un fusil au voisin, fabriquait de la poudre en contravention avec les lois sur cette fabrication, ou s'armait d'un poignard en contravention avec les lois sur les armes prohibées. Ces préparatifs formeront alors un délit punissable en lui-même, sans qu'il soit même nécessaire de prouver le but criminel dans lequel ils étaient faits. — Dans l'un et dans l'autre cas, l'acte préparatoire n'est pas même le commencement du crime dont il est la préparation ; préparation et commencement sont deux choses distinctes.

988. Du moment que l'agent en est venu aux actes d'exécution, cet agent est entré dans le délit même défini par la loi ; on peut dire que ce délit est commencé.

989. Ici se présente une expression rendue technique en droit pénal, dont il importe de bien déterminer le sens, celle de tentative. — Il y a entre ces deux termes *intention* et *tentative* une corrélation d'idées que nous croyons utile de faire remarquer.

L'intention (de *tendere in*) est le fait psychologique, le fait intérieur de la tendance, de la direction de notre volonté, et, par suite, de nos actions ou de nos inactions, vers un résultat à produire (ci-dess., nos 249, 377 et suiv.). La tentative (de *tentare*, fréquentatif de *tenere*, tâter, porter la main à diverses reprises (1), est le fait d'avoir mis la main aux actes extérieurs tendant à la production de ce résultat (*ad tentare*).

Il suit de là que la tentative n'existe, en droit pénal, que lorsqu'il y a un acte ou une série d'actes, non-seulement extérieurs, mais actes de mainmise, tendant à l'accomplissement du délit. — D'où la conséquence que ni la menace, ni la résolution concertée et arrêtée entre plusieurs, ni la provocation par paroles ou par écrit à commettre un délit, ne sauraient être qualifiées de tentative; une telle qualification serait contraire à la nature même des choses, serait une falsification des faits et des termes : il n'y a pas encore eu mise à l'œuvre.

Lorsque l'agent en est venu aux actes préparatoires, peut-on dire qu'il y ait tentative? A la rigueur, et dans l'acception la plus large du mot, on le pourrait, car il y a eu mainmise à des actes extérieurs ayant pour but de parvenir à l'accomplissement du délit. Nos anciens ont usé du mot dans ce sens, en l'affaiblissant par l'épithète d'*éloignée*, tentative éloignée.

Mais, à vrai dire, les actes préparatoires ne tendent pas à produire par eux-mêmes le mal du délit; ils ne sont qu'un préalable, qu'une préparation à agir; ce n'est pas au délit lui-même que l'agent a mis la main, il ne l'y mettra que par le premier acte d'exécution. La véritable tentative commence avec ce premier acte, et elle s'avance de plus en plus vers le but à mesure que l'agent est plus près d'achever cette exécution. Ce sera dans ce sens, déduit des données mêmes de la science rationnelle, que nous emploierons le mot de tentative.

990. La tentative peut être inachevée ou achevée : — inachevée, ou, en d'autres termes, *suspendue*, lorsque l'agent, avant d'avoir mené à fin les actes d'exécution, s'est arrêté volontairement ou a été arrêté contre son gré dans le cours de ces actes; — *achevée*, lorsque, les actes d'exécution ayant été accomplis en entier par l'agent, le mal du délit n'a cependant pas été produit. Ce dernier cas se désigne encore par le nom de délit *manqué*.

Comment régira-t-on, en droit pénal, la tentative et les nuances diverses qu'elle présente? Le problème n'est plus aussi simple

(1) De là *tentacules*, appendice ou membrane, chez certains animaux, destiné à toucher, à tâter les objets; — de là, par locution figurée, *tentateur*, *tentation*, *tenter*, comme fait de tâter, de porter la main à plusieurs reprises, pour exciter, pour pousser quelqu'un à faire ou à ne pas faire quelque chose; — et tant d'autres dérivés.

que celui concernant les actes par lesquels elle est précédée, ni les solutions aussi unanimes.

991. Si la tentative inachevée a été suspendue par la volonté de l'agent, cette suspension étant le fait de l'agent, lui sera imputée à bien, on ne recherchera pas le mobile interne de cette volonté de s'arrêter : est-ce repentir, ou bien prudence, appréhension de quelque danger que la réflexion a fait entrevoir, crainte du châtiment? Qui peut sonder les cœurs ici-bas? il est l'auteur de la suspension, la cause efficiente et volontaire, on la porte à son compte, à sa décharge. — Mais cela suffira-t-il pour qu'aucune peine ne lui soit appliquée à raison des faits déjà par lui accomplis jusqu'au moment où il s'est arrêté? Les règles communes de la justice pénale ne sauraient donner cette conclusion. Le délit n'en a pas moins été commencé, les faits antérieurs n'en ont pas moins été commis. Fût-ce repentir, il ne suffit pas à un délinquant de se repentir après un acte coupable pour en faire disparaître la culpabilité. Le repentir, effaçant la faute et servant même de mérite à l'âme qui en est pleine, est chose de régénération divine et de sublimité chrétienne, mais non de justice terrestre. Ce peut être un motif au juge d'atténuer la mesure individuelle de la peine, mais, sauf cette atténuation, la peine des faits accomplis est encourue. — Cependant là-dessus une autre observation, toute basée sur l'utilité sociale, se présente : n'importe-t-il pas, en vue de cette utilité, de donner au délinquant qui a commencé l'exécution d'un délit un intérêt majeur à s'arrêter; et cet intérêt ne se trouvera-t-il pas de la manière la plus efficace dans l'impunité qui sera offerte à ce délinquant, si la loi pénale promet de tenir pour non avenu, quant à la peine, le délit que de lui-même il aura renoncé à achever? C'est à cette règle que se fixent les législations positives; et la science rationnelle, non pas de la justice absolue, mais de la justice pénale des sociétés, n'a rien à y reprendre. Nous connaissons la condition inférieure de cette justice : l'impunité qu'elle décrète ici est décrétée par des motifs d'intérêt public, et elle n'est pas accordée au repentir seulement, elle est offerte même à l'intérêt du délinquant, qu'elle provoque (1). — Toutefois cette impunité n'est accordée qu'en ce qui touche le délit que l'agent avait commencé à exécuter et dont il s'est départi; si les actes d'exécution déjà par lui accomplis constituent en eux-mêmes un délit achevé, par exemple, si, ayant voulu tuer, il s'arrête après le premier coup, qui n'a fait qu'une blessure, qu'il donne ou fasse donner secours au blessé et que celui-ci ne meure point, le délinquant ne sera point puni à rai-

(1) C'est évidemment dans une pure pensée d'intérêt social que le Code pénal de l'Allemagne du Nord (art. 46, 2°) assimile au cas de désistement volontaire celui où, à une époque où l'infraction n'était pas encore découverte, l'agent a contribué par ses propres efforts à en prévenir la consommation.

son du crime du meurtre auquel il a renoncé, et qui n'a pas été produit, mais il le sera pour blessure et suivant la gravité de cette blessure, laquelle forme en soi un délit complet (1).

992. Si la tentative inachevée a été suspendue par des causes indépendantes de la volonté de l'agent, la peine du délit commencé est encourue, mais doit-elle être égale à celle du délit consommé ? Deux motifs s'opposent à cette égalité :

L'un tiré de la personne de l'agent, de la mesure même de la culpabilité : c'est que l'agent n'a pas achevé tous les actes d'exécution. — Sans doute la suspension, provenant d'une cause étrangère à sa volonté, ne saurait lui être imputée à bien, on ne peut lui en faire un mérite ; mais que conclure de là ? Qu'aucune rémission ne lui sera faite, comme dans le cas précédent, pour les actes par lui accomplis : c'est de toute justice. Mais quant aux actes ultérieurs, quelle que soit la cause qui l'ait arrêté, toujours est-il que, ni physiquement ni moralement, on ne peut dire qu'il les ait commis : or est-il permis à la justice humaine de punir quelqu'un pour des actes qu'il n'a pas faits ? Mais, dira-t-on, s'il n'eût été arrêté, il les aurait faits : c'est une hypothèse très-probable sans doute, mais est-il permis de punir sur une hypothèse ? Il a voulu ou, pour mieux dire, il aurait voulu faire ces derniers actes ; mais la volonté suffira-t-elle pour qu'on fasse entrer dans le calcul de la peine ces derniers actes qui n'ont pas existé ? avec cela n'arrive-t-on pas directement à punir, dans ces derniers actes, la pensée, la volonté seule ? En réalité, l'agent n'a pas mené à fin tous les actes d'exécution, la possibilité de s'arrêter volontairement existait encore pour lui ; il est peu probable qu'il en eût usé, je l'accorde : mais peut-on, en fait de châtiment, tourner la probabilité contre lui ?

993. Nous sommes, quand nous nous laissons aller à apprécier par instinct, par sentiment et non par raisonnement, la gravité de la tentative, entre deux tendances contraires : une tendance venant de notre nature complexe, à la fois physique et morale, qui nous fait voir que les actes ultérieurs n'ont pas eu lieu, que la tentative suspendue même fortuitement n'est pas égale au crime consommé ; qu'elle en est une partie, mais qu'elle n'en est pas le tout, et que dès lors elle ne saurait être punie également ; — puis une tendance tout immatérielle, qui nous fait dire : Le délinquant avait l'intention de persévérer dans les actes d'exécution, de mener à fin le délit, en son âme et moralement la culpabilité entière existe, il doit donc subir la peine entière du délit. C'est là de la justice absolue, dégagée de l'élément des faits et du temps, une justice hors de notre portée. Même dans

(1) « Si l'agent, dit l'article 73 du projet de Code italien, s'est volontairement arrêté dans l'accomplissement entier des actes d'exécution, il encourra la peine de l'acte exécuté, si cet acte constitue un délit. »

cette donnée toute spiritualiste, en la solution que nous prétendons en tirer, nous ne sommes pas justes. Nous partons de l'hypothèse que l'agent avait l'intention et qu'il aurait eu l'intention jusqu'au bout d'achever son délit : or cela, Dieu seul le sait, Dieu seul qui lit dans la pensée et dans l'avenir, qui peut voir quelle eût été la volonté ultérieure du coupable et ce qui serait arrivé au gré de cette volonté si les événements n'avaient pas tourné d'une autre manière. Est-il possible de jeter en une telle voie les tribunaux humains? C'est une aspiration vers la justice absolue, avec l'impuissance de l'exercer.

994. Le second motif est tiré du résultat des actes de l'agent : c'est que le mal constitutif du délit n'a pas eu lieu. Ce second motif a déjà été justifié en principe général (ci-dess., nos 963 et suiv.) ; nous allons le discuter plus en détail dans l'hypothèse qui suit.

995. Si la tentative a été achevée par l'agent, mais que l'effet en ait été manqué ; par exemple, le coup de feu destiné à donner la mort a été tiré, mais la personne sur laquelle il était dirigé n'a pas été atteinte, ou bien elle n'a été que blessée, et les soins de l'art ont fini par la ramener à la vie ; le poison a été jeté dans les aliments et donné, mais la personne qui l'a pris a été sauvée par sa constitution, par un contre-poison administré à temps, par l'habileté du traitement médical ou par une cause accidentelle quelconque : la peine du délit manqué sera certainement encourue, mais sera-t-elle égale à celle du délit consommé ?

La première raison qui existait dans le cas précédent pour l'infériorité de la peine, c'est-à-dire la raison tirée des actes mêmes de l'agent, n'existe plus ici. L'agent a fait tout ce qui était en lui pour achever le délit ; il a mené les actes d'exécution jusqu'au bout ; il n'avait plus rien à y ajouter ; son rôle quant à la production du délit était terminé.

Mais il reste la seconde raison, celle tirée du résultat des actes de l'agent : l'effet constitutif du délit n'a pas été produit. Le délit est achevé quant à l'agent, mais il ne l'est pas quant à la victime, quant à la société, quant au mal qui en constituait la fin ; le préjudice social et le préjudice privé sont moindres ; celui-ci peut être même nul. Toute la démonstration que nous avons faite en principe général (ci-dess., nos 963 et suiv.) revient ici pour faire voir que la peine doit être moindre.

996. Faisons le compte du coupable suivant les règles scientifiques les plus sévères de l'imputabilité. — Nous lui imputerons, comme en étant la cause première, la cause efficiente (ci-dess., nos 220 et suiv., n° 968), tous les actes qu'il a faits pour arriver à la consommation du délit ; dans ce compte figureront ces actes extrêmes, ces derniers actes d'exécution qui manquaient dans la tentative inachevée mais qui se trouvent ici : son compte sera

donc plus chargé que dans le cas précédent. Mais nous ne pourrons lui imputer, comme en étant l'auteur, comme en étant la cause efficiente, le mal constitutif du délit, puisque ce mal n'a pas eu lieu. Son compte sera donc moins chargé que dans le délit consommé. — Prétendre lui porter ce mal en compte, comme s'il avait eu lieu réellement, en disant : Mais il l'avait voulu, mais il a fait tout ce qui était en lui pour l'atteindre, mais il n'a pas tenu à lui qu'il ne fût réalisé, mais c'est un accident, mais c'est un hasard s'il ne l'a pas été : c'est toujours, en définitive, vouloir, par une raison d'intention, compter comme advenus des faits qui ne l'ont pas été, et punir, quant à ce mal, la volonté pour le fait; c'est toujours vouloir s'abstraire de la réalité des faits physiques par la prédominance des faits moraux ; c'est toujours notre aspiration vers l'immatériel, notre noble ambition d'échapper à notre nature terrestre par le souffle de spiritualisme qui est en nous ; toujours la théorie de la justice absolue, qui ne peut pas être celle des sociétés.

997. Les meilleurs esprits, je ne parle pas dans la pratique, mais dans la théorie, dans la science pure, ont bronché sur ce point. Parmi ceux-là mêmes qui ont tenu le plus fortement à faire reconnaître l'infériorité de peine applicable à la tentative suspendue, par comparaison avec celle du délit consommé, plusieurs s'arrêtent dans cette voie devant le délit manqué, égalant ce délit manqué au délit consommé, ou bien restant en hésitation, sans solution précise et sans démonstration. Nous attribuons ces incertitudes ou ces contradictions à ce que la théorie fondamentale du droit pénal est mal assise dans ces esprits, ou vaguement entrevue, ou bien à ce que, n'en ayant pas arrêté la formule avec netteté, on l'abandonne après l'avoir énoncée comme une généralité, sans en déduire les conséquences qu'elle contient. Pour nous, qui marchons avec elle pas à pas, et qui lui demandons constamment la solution de nos problèmes, nous voyons ces solutions en sortir toujours fermes et concordantes.

998. C'est au sujet de cette tentative achevée, dont l'effet a été manqué, que la double tendance à laquelle nous obéissons instinctivement se fait sentir. — Si, de deux coupables de meurtre, dont l'un a tué sa victime, tandis que l'autre a vu la sienne survivre au crime ou peut-être n'en avoir pas été atteinte, le premier éprouve des remords plus cuisants et le poids du mal irréparable qu'il a causé, tandis que l'autre se sent plus léger dans ses remords à la pensée du mal qui n'a pas été fait, c'est que les maux dont nous sommes la cause productrice retombent sur nous, et que nous sentons bien que notre compte d'imputation s'en trouve chargé. Si le sentiment public, à l'aspect de ces deux coupables, obéit à ces différences, se portant à plus de sévérité, à plus d'animadversion contre l'un que contre l'autre, ce n'est pas par des considérations subtiles sur une compensation à établir entre le

mal de la peine et les jouissances indues du crime, que l'un aurait éprouvées, tandis que l'autre les aurait désirées sans les obtenir. Ceci est trop recherché et trop fréquemment faux pour entrer dans le sentiment public. C'est par un motif bien plus simple, bien plus réel : c'est que le public, instinctivement et sans y réfléchir, fait très-bien le calcul de l'imputabilité, et met sur le compte de l'un une mort accomplie, qu'il ne peut pas mettre sur le compte de l'autre.

D'autres fois, il est vrai, le sentiment public, inconséquent avec lui-même, obéira à la voix intérieure du spiritualisme, se refusant à l'idée que celui qui a montré la persévérance dans le crime, qui a fait tous ses efforts pour y réussir, et dont la culpabilité morale est la même, puisse profiter des hasards de fait ou des causes étrangères à sa volonté qui ont sauvé sa victime. Ce sont les oscillations de notre nature entre les deux éléments complexes dont elle est composée : la vérité, pour la justice d'ici-bas, n'est que dans la combinaison de ces deux éléments. Ce qu'il y a de singulier, c'est que nul n'hésitera cependant à calculer la responsabilité pénale sur l'heur ou le malheur des événements dans les cas de faute, d'imprudence, de préjudice ayant dépassé l'intention du délinquant, ou de délits commis à tout hasard de ce qui pourrait en arriver (ci-dess., nos 978 et 979). C'est surtout dans les cas les plus graves, présentant des détails émouvants, où l'acharnement du coupable à achever son crime est mis en saillie, que nous hésitons. Mais, si graves qu'on les suppose, ces nuances des faits d'exécution, dont il faudra tenir compte assurément dans la mesure de la culpabilité individuelle, pourront-elles entrer en balance avec la mort d'un homme effectuée d'une part et non effectuée de l'autre ; avec l'incendie ayant consumé d'une part les édifices, et amené la ruine des familles, tandis que de l'autre, il a été éteint avant que nul en ait souffert; sans parler du même contraste qui peut se reproduire dans chaque délit? « Toujours est-il vrai, suivant l'observation d'une cour d'appel, lors des travaux préparatoires de notre Code pénal (1), que la consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives. »

999. Platon voulait, lorsqu'un homme cherchant à en tuer un autre n'avait fait que le blesser, qu'on respectât le bon génie dont l'intervention secourable avait épargné à l'un le malheur de la mort et à l'autre celui du forfait accompli, et que par conséquent le coupable fût condamné seulement à s'exiler dans quelque cité voisine, après réparation du préjudice qu'il avait pu causer (2). Nous traduisons en raisonnement la poésie de Platon.

1000. Mais l'imagination poétique est ondoyante et pleine de

(1) Observations de la cour d'appel de Rennes.
(2) Platon, *Traité des lois*, liv. ix.

fantaisie : le raisonnement, s'il est exact, est inflexible et toujours un dans sa conclusion. Ce respect du bon génie, que Platon prescrivait d'avoir dans la tentative de meurtre ordinaire, il ne le voulait plus dans celle de meurtre par le fils contre son père, par l'esclave contre son maître, ou par les frère et sœur l'un contre l'autre. Notre raisonnement subsiste pour les crimes atroces comme pour ceux qui le sont moins. Pour les uns comme pour les autres, il est vrai que la tentative inachevée est inférieure à la tentative achevée dont l'effet a été manqué, et celle-ci inférieure au crime consommé ; parce que, pour les uns comme pour les autres, il est toujours vrai que la partie n'est pas égale au tout, et que le compte d'une personne ne peut pas comprendre, par fiction spiritualiste, comme s'ils avaient eu lieu, des actes qu'elle n'a point faits ou des maux qui ne sont point arrivés.

1001. Si c'est par une raison d'impossibilité que l'agent n'a pas produit le mal du délit qu'il avait en vue, le cas prend le nom de délit *impossible*, et demande un examen particulier. Et d'abord il y a des impossibilités différentes : quelle sera celle dont il s'agit ici ? Parcourons les hypothèses diverses.

1002. L'agent porte un coup de poignard à celui qu'il veut assassiner et qu'il croit endormi : cet homme était déjà mort ; l'agent n'a frappé qu'un cadavre.

Il tire dans l'obscurité un coup de fusil sur quelque objet qu'il prend pour l'homme auquel il en veut : cet homme ne se trouvait pas même sur les lieux, ni aucun autre ; l'agent n'a visé et atteint qu'un tronc d'arbre.

Une femme se croyant enceinte, dans l'intention de se faire avorter, prend des substances abortives : aucune grossesse n'existait, aucun avortement possible par conséquent. Ce cas, moins fantastique que les précédents, s'est vu dans la pratique (1).

L'agent coupe des arbres dans une propriété qu'il croit à autrui : cette propriété lui était échue en vertu d'un legs ; à son insu il a coupé des arbres sur son propre fonds. Il soustrait frauduleusement quelque objet mobilier qu'il croit à autrui : cet objet, à son insu, lui appartenait ; c'est sa propre chose qu'il a soustraite.

L'impossibilité provient dans tous ces cas de l'objet même du délit. Cette sorte d'impossibilité est radicale, absolue : pour qui que ce soit et par quelque moyen que ce soit, il ne saurait y avoir homicide d'un homme déjà mort ou d'un tronc d'arbre, avortement d'une femme qui n'est pas enceinte, vol d'une chose qui est à soi. — J'en ai lu quelque part un exemple, qui paraîtra drôlatique sans doute et dont je ne garantis pas la réalité. Un soir, à la nuit tombante, dans les environs de Lyon, se présente devant une auberge, demande à y être reçu, un conducteur d'ours. Pour

(1) *Gazette des tribunaux* des premiers jours d'octobre 1849.

l'homme on aurait bien quelque place, mais pour l'ours, dont les gens de l'auberge ne laissent pas que d'être effrayés, il n'y en point. Enfin, sur les instances du conducteur, voici l'expédient que trouve l'aubergiste : il a un porc, destiné à être tué le lendemain ; ce porc sera extrait de sa loge, casé pour la nuit dans une cour, et l'ours ira prendre sa place, bien enchaîné, dans la loge à porc. Ainsi fut-il fait. Mais voilà que, bien avant dans la nuit, des cris, des appels au secours mêlés à des hurlements partis de la loge, mettent tout le monde en sursaut. Armes, lumières en main, l'on accourt, et l'on trouve, étreint fortement dans les pattes de l'ours, un homme : c'était un maître larron qui, voulant profiter de la nuit noire et du dernier moment pour enlever le porc, qu'il savait à point, se sentant tout à coup saisi, presque étouffé en de grands bras velus et secoué comme par le diable, criait miséricorde tant qu'il pouvait (1). N'y avait-il pas, dans cette affaire, vol impossible faute d'objet ?

1003. Je passe à des hypothèses d'un autre genre. L'agent, dans quelque partie reculée des campagnes, est persuadé qu'à l'aide de certains sortiléges on peut donner la mort : cela s'est vu de nos jours, même en France ; le voilà qui, de concert avec la personne à laquelle il croit ce pouvoir surnaturel, se livre aux pratiques du sortilége, prononce les paroles magiques qu'on lui dicte, et appelle la mort sur celui à qui il en veut, convaincu qu'il va le faire mourir : nous prenons en pitié et en regret une telle superstition, sans que l'idée d'asseoir là-dessus un procès criminel nous puisse venir.

L'agent met dans un breuvage une substance inoffensive croyant y mettre un poison : comme la femme de ce menuisier de Margès, petit village de la Drôme, qui demande à un pharmacien de l'arsenic pour détruire les rats ; le pharmacien refuse, à moins de certaines formalités qui doivent être remplies : et quelques jours après il en parle au mari qui passait : « Ah ! la malheureuse ! elle veut m'empoisonner ! Il faut l'éprouver. » L'épreuve est faite ; d'accord avec le mari, le pharmacien livre un sel sans caractère nuisible en place d'arsenic, et la femme poursuit, jusqu'au dernier acte, jusqu'aux aliments préparés, présentés au mari et mangés par celui-ci, son projet d'empoisonnement qu'elle croit accomplir (2).

L'agent tire sur celui qu'il veut tuer une arme à feu qui a été déchargée à son insu, ou bien une arme à feu qui n'a été chargée, à son insu, qu'avec du charbon pilé au lieu de poudre : nous ne craignons rien pour la personne menacée. — Mais, si c'est la capsule seulement qui a été retirée, si le choc de l'acier allait faire jaillir quelque étincelle, si quelque parcelle de la poudre fulmi-

(1) *Journal des Débats* du 26 janvier 1856.
(2) Le Droit, *Journal des tribunaux*, des 24 et 25 janvier 1853.

nante était restée ! Nous ne sommes plus aussi rassurés. — Il tire une arme à feu dont la balle a été extraite à son insu, la charge de poudre restant : mais si c'est à bout portant ou à peu près, mais si la bourre allait faire balle, si le coup allait porter malheureusement ! Nous sommes rassurés encore moins. — Il tire un coup d'arme à feu hors de toute portée, à deux kilomètres, à un kilomètre de distance : nous rions ; oui, mais faisons rapprocher graduellement cette distance, étendons, par le progrès industriel ou par la meilleure fabrication, la portée de l'arme, quel sera le point où nous cesserons de rire, où l'inquiétude commencera à nous gagner ?

L'impossibilité provient ici du moyen employé ; elle est quelquefois radicale, absolue ; mais d'autres fois elle devient problématique, accidentelle.

1004. Enfin l'agent ne sait pas préparer le poison ou manœuvrer l'instrument dont il se sert ; il jette le poison véritable dans une boisson qui le neutralise et qui en détruit tout effet dangereux ; il est maladroit à ajuster et touche toujours loin du but ; oui, mais s'il eût jeté le poison dans un autre aliment, s'il allait être adroit par hasard ce jour-là !

Cette sorte d'impossibilité tient à la manière d'employer le moyen ; elle n'est que relative à telle personne, même à tel cas donné. Ce n'est pas vraiment une impossibilité.

1005. Nous commencerons par mettre hors de la question tout ce qui n'est qu'impossibilité éventuelle, relative, problématique, comme il arrivera souvent dans les cas du paragraphe 1003, et toujours dans ceux du paragraphe 1004. De pareilles nuances des faits, improprement qualifiées d'impossibilité, ne doivent rien changer aux prescriptions de la loi pénale. C'est sous les règles de la tentative ordinaire, ou suspendue, ou dont l'effet a été manqué, que ces hypothèses se placent : sauf au juge à tenir compte de certaines de ces nuances, s'il y a lieu, dans la limite de ses pouvoirs (1). — Mais, s'il s'agit d'une impossibilité radicale, absolue, qui existe et qui est insurmontable d'après les lois mêmes de la nature, pourra-t-on continuer à faire application de ces règles de la tentative ?

1006. L'agent a eu incontestablement, nous supposons ce point démontré, l'intention de commettre un certain délit ; il y a employé des actes extérieurs qu'il a crus propres à produire ce délit, nous supposons ce second point démontré encore ; mais ce délit était imaginaire, et ces actes, d'après les lois mêmes de la nature, impuissants à le produire : or un délit imaginaire, sans réalité physique possible, un délit qui n'a été et n'a pu être que dans la

(1) Le Code bavarois de 1861 laisse à la sagacité du juge la faculté de voir dans les délits manqués, suivant les circonstances, ou l'équivalent du délit consommé, ou un acte non punissable.

croyance de l'agent peut-il tomber sous le coup de la pénalité sociale ? Que, suivant la théorie de la justice absolue, dans la sphère du pur spiritualisme, cet agent soit coupable moralement, et punissable comme si le délit qu'il avait dans l'imagination eût existé, d'accord ; mais nous savons que cette justice ne peut pas être celle des sociétés.

La personne contre laquelle les actes sont dirigés et la société avec elle sont garanties par les lois mêmes de la nature : elles sont en parfaite sécurité. Où sera le danger du mal, et celui de la récidive, et celui de l'imitation, tant qu'il ne s'agira que de pareils faits et de pareilles circonstances ?

La tentative est le commencement du délit : or peut-on dire que le délit ait été commencé ? On ne commence que ce qui est possible. Avoir commencé c'est avoir fait déjà en partie : comment avoir fait en partie ce qui est impossible en tous points ? — La tentative gît dans des actes qui tendent à produire le mal du délit : mais, si ce mal ne peut être produit, il ne saurait y avoir d'acte tendant à le produire. — La tentative à sa dernière période, latentative conduite jusqu'au bout gît dans l'idée que l'effet des actes accomplis par l'agent a été manqué ; mais l'idée qu'un effet a été manqué emporte forcément celle qu'il y a eu chance que cet effet fût produit : or, si l'effet était impossible, comment dire qu'il a été manqué ?

Tous ces raisonnements démontrent qu'en cas d'impossibilité absolue, insurmontable, dans l'existence du délit, quels qu'aient été les actes de l'agent, il ne peut y avoir ni tentative, suspendue ou achevée, ni effet manqué. Il n'y a qu'un simulacre de délit, qu'un simulacre de tentative, que la justice humaine ne saurait punir comme une réalité de ce délit ou de cette tentative.

1007. On objectera que l'agent a fait preuve par ses actes d'une volonté perverse ; mais est-ce sur la preuve seule de la volonté d'un délit que la peine de ce délit peut être assise ?

On ajoutera que de ses actes on est autorisé à conclure au moins qu'il y a disposition chez lui à commettre ce genre de délit, et crainte qu'il ne le commette un jour dans des conditions où la possibilité en existera : cela est vrai, mais où ce raisonnement peut-il en venir ? Quant au passé, il ne constate qu'une chose, la disposition à ce genre de délit, et quant à l'avenir, qu'une crainte : or la disposition à un délit ne suffit pas pour en faire prononcer la peine, et la crainte dans l'avenir encore moins. Si vous appliquiez cette peine, ce ne serait pas à raison des faits passés, puisqu'il est reconnu que ces faits ne peuvent être qualifiés de tentative d'un délit impossible ; ce serait à raison de la possibilité future d'un délit analogue : nous voilà bien loin des bases de la pénalité humaine.

1008. Mais les actes de l'agent, non punissables comme tentative d'un délit qui était impossible, ne peuvent-ils pas être punis

du moins à un autre titre ; ne peuvent-ils pas donner lieu justement à des mesures de prévention, telles que celle de fournir caution pour l'avenir dans les pays où cette sorte d'institution existe ? Nous ne voyons, quant à nous, rien dans les principes de la pénalité sociale qui y répugne. Il est certain que la résolution de l'agent était immorale ; il est certain que cette résolution a été manifestée par des actes physiques extérieurs qui, bien qu'impuissants suivant les lois immuables de la nature pour réaliser le délit, peuvent être suffisants pour produire par eux-mêmes une certaine alarme et un certain mal social : or, puisqu'il est des cas où la menace seule, où la résolution annoncée au dehors sont susceptibles d'être érigées en délits (ci-dess., nos 799 et suiv., 986), comment n'en pourrait-il pas être de même, dans la proportion voulue, des actes dont nous nous occupons ? Ce serait une sorte de délit spécial et bien inférieur, à l'égard duquel le devoir du législateur, comme à l'égard de tous les autres délits, est toujours de rester dans la double limite du juste et de l'utile. — C'est cette dernière base de l'utile qui nous paraîtra le plus souvent faire défaut dans la répression de faits semblables : soit parce qu'en eux-mêmes ces faits sont peu nuisibles et peu sérieusement alarmants, soit parce qu'ils sont tellement rares et tellement exceptionnels, qu'il y a peu de profit à embarrasser la loi pénale et la liste des délits de prévisions aussi excentriques.

1009. En résumé, suivant les principes rationnels, nous arrivons à ces conclusions : — La peine entière du délit, au délit consommé seulement. — A la tentative achevée, dont l'effet a été manqué, la peine du délit avec abaissement. — A la tentative inachevée, suspendue par des causes indépendantes de la volonté de l'agent, cette peine avec un nouvel abaissement. — Des degrés de plus ou de moins pourront exister dans cette tentative inachevée, suivant qu'elle aura été poussée plus ou moins loin avant d'être interrompue ; mais la loi, qu'il faut éviter d'ailleurs de rendre trop compliquée, ne peut suivre ces nuances multiples et variables des faits ; ce doit être l'office du juge en chaque cause. — A la tentative suspendue par la volonté de l'agent, pas de peine, à moins que les actes déjà accomplis ne constituent par eux-mêmes un délit particulier complet. — Aux actes préparatoires, pas de peine, à moins qu'ils ne constituent par eux-mêmes un délit particulier complet en soi, ou que la loi, par exception, à raison de la gravité et du caractère dangereux de certains crimes, n'en ait puni même les préparatifs d'une peine spéciale, qui doit être inférieure à celle de la tentative inachevée. — Même solution pour la résolution concertée et arrêtée entre plusieurs, et pour le délit impossible, qui ne sont punissables que si la loi les a érigés par eux-mêmes et exceptionnellement en délits spéciaux, dont la pénalité doit être inférieure encore à la précédente. — La menace est plus encore dans une classe à part.

1010. Les différences de droit entre ces divers termes de la progression dans la voie du délit étant bien marquées, il importe extrêmement, dans la pratique, de bien distinguer, en fait, ces termes les uns des autres. La distinction se fera à peu près sans difficulté, sauf en ce qui concerne les actes préparatoires et les actes d'exécution. — Quant à ces deux sortes d'actes, y a-t-il entre eux quelque signe caractéristique et général qui puisse marquer d'une manière absolue et indubitable, pour tous les cas, où les uns finissent et où les autres commencent, ce qui est uniquement de préparation et ce qui est d'exécution ? Nous croyons qu'on le chercherait en vain. Dans toute la série des faits que ces actes peuvent embrasser, nous ne voyons que deux points où, sans controverse, aucun doute ne soit possible. Ainsi, en premier lieu, pas de doute possible tant que l'agent n'a fait encore que préparer les instruments, disposer les moyens d'action sans passer à l'action, sans employer, sans mettre en œuvre ces instruments ou ces moyens, de telle sorte qu'il est toujours libre de commencer ou de ne pas commencer à en faire usage. Dans tous les cas, et d'une manière absolue, chacun s'accordera à dire que ces actes ne sont que des actes préparatoires. — Ainsi, en second lieu, pas de doute non plus, du moment que l'agent a commencé l'acte même qui, suivant la définition de la loi, constitue le délit; l'acte tendant par lui-même immédiatement, c'est-à-dire sans autre opération intermédiaire, a produire le mal du délit : comme si l'agent a porté la main sur les choses qu'il veut soustraire, dans le délit de vol; s'il a porté un coup à sa victime, s'il a tiré sur elle son arme à feu, dans le crime d'homicide; s'il a apposé le feu sur les objets qu'il veut incendier, dans le crime d'incendie; dans toutes les hypothèses semblables, et d'une manière absolue, chacun s'accordera encore à dire ici qu'il y a acte d'exécution, que le délit est commencé.

1011. Mais entre ces deux points s'ouvre un intervalle rempli souvent par une série d'actes intermédiaires qui, sans être encore l'acte même constitutif du délit (*conatus proximus*), s'en approchent de plus en plus: l'agent a commencé à employer les moyens par lui préparés; il s'est avancé plus ou moins vers l'acte, mais il n'y est pas encore arrivé. Par exemple, il s'est transporté sur les lieux, il s'est mis en embuscade, il a dirigé son arme sur sa victime; quelqu'un se jette sur lui et l'arrête avant qu'il ait lâché la détente; il a disposé les matériaux incendiaires, le bois ou la paille sont amassés devant lui; il vient d'allumer la torche qu'il se dispose à y appliquer, lorsqu'il est arrêté avant d'avoir appliqué cette torche. Il a dressé l'échelle par lui destinée à s'introduire dans la maison ou dans l'appartement qu'il veut dévaliser, il est monté sur cette échelle, l'escalade est terminée, il a ouvert ou brisé les portes ou les fenêtres à l'aide des fausses clefs ou des instruments par lui préparés, il est dans la maison ou dans

l'appartement, lorsqu'il est arrêté avant d'avoir mis la main encore sur aucun objet à voler. C'est relativement aux actes de cette nature que les doutes s'élèvent, et que rien d'absolu ne nous paraît pouvoir être décidé en droit.

1012. Nous poserons bien en règle ordinaire que le commencement d'exécution qui doit être qualifié de tentative et auquel s'appliquent les solutions par nous exposées ci-dessus (nos 989 et suiv.) est le commencement de l'acte même constitutif du délit, et non le commencement, ni même l'accomplissement en entier des actes préliminaires qui y conduisent. C'est à ce commencement de l'acte même du délit que se rapportent les raisonnements sur lesquels sont fondées ces solutions; or, dans les actes préliminaires, bien que l'agent se soit déjà mis en activité, l'acte même du délit n'est pas commencé; il n'y a d'accomplis que des actes préparatoires. Telle devra être, suivant nous, l'interprétation à adopter en règle commune par la jurisprudence.

1013. Cependant, nous avouons qu'il est des cas dans lesquels il y aurait, d'après la nature du délit et d'après les circonstances, subtilité, lorsque l'agent est arrivé par une série d'opérations coupables au moment même du délit, à dire qu'il ne l'a pas encore commencé. On reculera, en pratique, devant une telle subtilité, lorsque surtout les actes préliminaires accomplis et tout voisins du délit seront des moyens usuels, des moyens tellement liés avec le délit, qu'ils feront pour ainsi dire corps avec lui et qu'ils blesseront la même nature de droits. Difficilement, par exemple, il viendra dans l'idée de dire que l'escalade, que l'effraction d'une porte sont un commencement d'exécution des crimes d'homicide, de viol, de rapt de personne, de faux, bien qu'il soit prouvé qu'elles ont eu lieu dans l'intention d'arriver à exécuter ces sortes de crimes : l'analogie, la connexion logique d'incrimination dont nous venons de parler, n'existe pas entre des crimes qui sont contre des personnes, contre la foi publique ou privée, et l'escalade, l'effraction, qui ne sont par elles-mêmes que des atteintes à la propriété. Mais facilement, par la raison inverse, on se laissera aller à les considérer comme un commencement d'exécution du vol; et il y a bien un point où, de l'aveu de tout le monde, il faudra arriver à cette assimilation, à moins de tomber dans l'absurde : le voleur qui sait qu'une somme en billets de banque qu'il veut voler est enfermée quelque part dans un secrétaire, en un appartement, brise la porte de cet appartement, il brise la porte de la chambre où se trouve le secrétaire, il brise la serrure du secrétaire et trouve un tiroir fermé à secret, il brise la serrure de ce tiroir, et là, avant d'avoir mis la main sur les billets de banque, il est arrêté par quelqu'un qui survient : il n'a commis encore que des effractions; dira-t-on qu'il n'a pas commencé l'exécution du vol?

Nous croyons donc que, tout en prenant pour guide la règle par nous indiquée, le juge ne doit pas en exagérer l'application, et qu'il est investi d'un certain pouvoir d'appréciation pour décider, d'après la nature et les circonstances des faits accomplis, s'il est vrai de dire que l'exécution du délit ait été ou non commencée.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

1014. L'ancienne jurisprudence avait puisé dans le corps du droit romain, relativement à la tentative, des textes qui semblent ne pas offrir grande unité (1). Soit sous l'influence de ces textes,

(1) *Contre l'assimilation de la tentative au crime consommé :* Dig. 2, 2, *Quod quisque juris,* etc., 1, § 2, fr. Ulp. — 47, 2, *De furtis,* 21, § 7, fr. Ulp., relatif aux actions pénales de droit privé, et non à la peine publique. — 47, 11, *De extraordinariis criminibus,* 1, § 2, fr. Paul. C'est le texte principal : « ..... Perfecto flagitio, punitur capite; imperfecto in insulam deportatur. » — Ibid. 11, fr. Paul. — 48, 10, *De lege Cornelia de falsis,* 19, fr. Paul., relatif à la tentative arrêtée par la volonté de l'agent; 22, § 4, fr. Paul. — 48, 19, *De pœnis,* 16, §§ 1, 7 et 8, fr. Claud. Saturnin. C'est encore un des textes importants : il faut considérer dans les délits *quantitas et eventus.* — Ibid. 18, fr. Ulp., relatif à la seule pensée du crime : « Cogitationis pœnam nemo patitur. » — 50, 16, *De verbor. signif.,* 53, § 2, fr. Paul., et 255, fr. Tryphonin.

Pour l'assimilation de la tentative au crime consommé : Dig., 47, 2, *De furtis,* 65, fr. Ulp. : invoqué à tort : il s'agit de l'action pénale privée contre le vol, et du principe que les restitutions faites après coup n'empêchent pas qu'il n'y ait eu vol. — 47, 11, *De extraordinariis criminibus,* 7, fr. Ulp., contre les *directarii,* 9, fr. Ulp., contre les menaces faites, suivant une coutume d'Arabie, par l'apposition de pierres dans un champ; — 47, 18, *De effractoribus et expilator.* 1, § 2, fr. Ulp.; et 2, fr. Paul., contre les *effractores;* — 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis,* 1, pr. §§ 1 et 3, fr. Marcian. : « .... Et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum; » 3, pr. et § 1, fr. Marcian.; 7, fr. Paul.; 14, fr. Callistrat. : « Divus Hadrianus in hæc verba rescripsit : In maleficiis voluntas spectatur, non exitus. » (On aura la portée exacte de cette phrase d'Adrien en la rapprochant du rescrit que nous venons de rapporter (Ibid. 1, § 3), auquel il appartient et dont il forme la conclusion); Instituta, 4, 18, *De publicis judiciis,* Cod. 9, 16, *Ad legem Corneliam de sicariis,* 7, const. Dioclet. et Maxim. Cette série de textes, qui sont les textes principaux, est toujours relative aux dispositions de la loi Cornelia *De sicariis et veneficiis.* — Dig. 48, 9, *De lege Pompeia de parricidiis,* 1, fr. Marcian. « Ejus legis pœna adficitur... et præterea, qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare. » — Cod. 1, 3, *De episcopis et clericis,* 5, const. Jovinian. : « Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum jungendi causa matrimonii sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœna feriatur. » — Cod. 9. 8, *Ad legem Juliam majestatis,* 5, const. Arcad. et Honor. pr. « Quisquis cum militibus... inierit factionem, aut factionis ipsius susceperit sacramentum, vel dederit, de nece etiam virorum illustrium..., etc., cogitaverit (eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt) ipse quidem, utpote majestatis reus, gladio feriatur, etc. »

Ces contradictions apparentes des textes romains s'expliquent clairement par des considérations historiques, dont notre ancienne jurisprudence n'a pas tenu un compte suffisant. Les incriminations, en droit romain, se divisaient en incriminations ordinaires et incriminations extraordinaires (*ordinaria* ou *extraordinaria crimina*) (ci-dessus, n° 581). — Les premières étaient celles dont les caractères étaient textuellement déterminés, et la procédure spécialement organisée par une loi. Ici c'était au texte de la loi qu'il fallait obéir; les incriminations devaient

soit par le propre esprit du droit criminel de ces temps, elle s'était généralement arrêtée à cette solution : que la tentative était punissable, en règle commune, non pas de la peine ordinaire du crime consommé, mais d'une peine moindre, à moins qu'il ne s'agît de crimes atroces. — Elle invoquait à l'appui de cette diminution de peine non-seulement les fragments du droit romain qui paraissaient la commander et à propos desquels Alciat caractérisait ainsi avec élégance le crime et la tentative : « *Aliud est crimen, aliud conatus : hic in itinere, aliud in meta est* (1) ; » mais encore de nombreux textes du droit canon : « *Qui percusserit et occiderit hominem... Si percusserit et mortuus fuerit qui percussus est...;* les deux conditions paraissent constamment exigées dans la Bible (2). Tenir pour consommé le crime tenté, disait Tiraqueau, qui écrivait dans la première partie du XVI^e^ siècle, ce n'est point selon la nature et la vérité des choses, c'est une fiction (3).

1015. L'ancienne jurisprudence n'attachait pas, du reste, à ce mot tentative (*conatus*) la signification plus restreinte que nous y attachons aujourd'hui. La tentative, à ses yeux, commençait du moment que l'agent avait fait quelque préparatif, quelque démarche, quelque acte destiné à le conduire à ses fins, ne fût-ce que de se

---

être prises telles que cette loi les avait formulées, suivant l'interprétation qu'en donnait la jurisprudence; si des actes formant tentative se trouvaient, d'après cette jurisprudence, compris dans les dispositions de la loi, ils tombaient sous le coup de l'exécution de cette loi, sinon ils restaient en dehors et ne pouvaient plus être réprimés que par la juridiction extraordinaire. DIG., 47, 11, *De extraordin. crim.*, 1, pr. fr. Paul. C'est dans cette catégorie que se rangent les incriminations prévues par les lois Cornelia *De Sicariis*, Pompeia *De Parricidiis*, Julia *Majestatis*, et c'est à ce principe général qu'obéissent les nombreux textes qui se réfèrent à ces lois. Remarquez d'ailleurs que ce n'est pas à titre de tentative, mais en qualité de crime spécial que la loi Cornelia punit celui qui marcherait armé (*cum telo ambulaverit*) dans l'intention de tuer ou de voler, celui qui fabriquerait ou posséderait des poisons dans l'intention de tuer, ou qui vendrait en public des substances dangereuses ; et tant d'autres incriminations variées que cette loi définit et qu'elle frappe toutes de la même peine. — Les secondes étaient celles qui ne se trouvaient pas formellement réglementées et dont la poursuite n'était pas spécialement organisée par une loi; elles tombaient sous le coup de la juridiction extraordinaire du magistrat, et c'était ici que la jurisprudence romaine, n'étant plus enchaînée dans les formules impératives d'une loi, voulait que la tentative fût moins punie que le crime consommé. En résumé, à moins de disposition spéciale qui en ordonnât autrement, c'était là ce qui devait avoir lieu en droit romain.

(1) ALCIAT, n° 39 de son commentaire sur la loi 53, au Digeste, 50, 16, *De verborum significatione*.

(2) *Exode*, ch. 21, vers. 12, 18, 19, 20 et suiv. — *Lévitique*, ch. 24, vers. 17 et 21. — *Nombres*, ch. 35, vers. 16, 17, 18, 20, 21. — *Deutéronome*, ch. 19, vers. 5, 11, 21. — Cependant le verset 12 de l'Exode, cité ci-dessus, se prête à controverse.

(3) « Nam quod delictum attentatum habeatur pro consummato, non est secundum rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione. » (TIRAQUEAU, *De pœnis temp. aut. remitt.*, p. 153.) — Remarquez que Tiraqueau, comme les textes du droit romain, semble confondre le délit exécuté avec le délit consommé : confusion qui se retrouve dans notre Code pénal (n° 1025).

procurer, de réunir les instruments, de disposer les moyens (ci-dess., n° 989) ; mais elle tenait compte des nuances variées des faits, en distinguant la tentative éloignée (*conatus remotus*), bornée encore aux actes de préparation (*cum quis, exempli gratia, gladium strinxerit*), de la tentative prochaine ou même très-prochaine (*conatus proximus*), lorsque l'agent en était arrivé aux actes d'exécution ou au dernier de ces actes, à celui même qui devait réaliser directement et immédiatement le délit (*ubi, exempli gratia, percusserit*), le juge, par son pouvoir d'arbitrer la peine, ayant toute facilité de proportionner l'atténuation au degré plus ou moins avancé de la tentative. Telle était la règle commune de l'ancienne jurisprudence, sauf les exceptions concernant les crimes atroces.

1016. En ce qui touche ces derniers crimes, nous savons qu'ils étaient placés par notre ancienne jurisprudence comme dans une classe à part ; qu'on y observait, suivant l'expression de nos anciens criminalistes, plusieurs singularités, c'est-à-dire qu'un grand nombre des règles communes du droit pénal cessaient d'y être appliquées, et que même les rigueurs exceptionnelles auxquelles ils étaient soumis variaient de l'un à l'autre de ces crimes. Nous en avons vu des exemples déjà quant à l'âge d'impuberté, quant à la démence (ci-dess., n°s 278, 336) ; ainsi en était-il, par une raison semblable, quant à la tentative. La tentative, souvent même éloignée, était, à l'égard de ces crimes, tenue pour accomplie et punie de la peine même du crime consommé. Les crimes qualifiés d'atroces sous ce rapport et soumis plus ou moins rigoureusement à cette assimilation étaient ceux de lèse-majesté au premier chef(1), de parricide, d'empoisonnement, d'assassinat (c'est-à-dire homicide par personnes soudoyées pour le commettre), ou meurtre de guet-apens (c'est-à-dire commis par embusches et trahison), et d'incendie. L'ancienne jurisprudence puisait le fondement de cette rigueur dans l'exemple des lois romaines, *Julia* contre les crimes de lèse-majesté, *Pompeia* contre les parricides, *Cornelia* contre les sicaires et les empoisonneurs ; dans celui de la peine capitale prononcée par la constitution du Code rapportée ci-dessus contre la simple tentative de s'unir en mariage avec une

(1) Pour le crime de lèse-majesté au premier chef, la seule pensée était punie de mort, comme on le voit par l'exemple de ce gentilhomme qui, malade à l'extrémité, s'étant confessé d'avoir eu la pensée de tuer le roi Henri II, et le confesseur en ayant donné avis au procureur général, fut condamné à avoir la tête tranchée aux Halles, ce qui fut exécuté ; et par celui de ce novice carme, de l'âge à peine de douze ans, qui fut pendu à Chartres, en exécution d'un arrêt de novembre 1591, pour avoir dit, tenant un couteau, et jouant parmi des enfants de son âge, qu'il pourrait bien renouveler le coup de Jacques Clément ; et par celui de ce vicaire de Notre-Dame-des-Champs, condamné, par arrêt du 11 janvier 1595, à être pendu pour avoir dit qu'il se trouverait quelqu'un de bien, comme frère Jacques Clément, pour tuer Henri IV, ne fût-ce que lui. (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tome 3, page 697.)

religieuse (1), et dans quelques textes de nos propres ordonnances (2).

1017. Ce fut en suivant les errements de cette ancienne jurisprudence que le législateur, dans le Code pénal de 1791, continua de punir la tentative d'assassinat et celle d'empoisonnement à l'égal du crime consommé (3). Mais, aucune autre disposition à ce sujet ne se trouvant dans ce Code ni dans la loi de police correctionnelle ou municipale, et, le juge ne pouvant plus suppléer par une application de peines arbitraires au silence de la loi, il s'ensuivit que, hors celles d'assassinat et d'empoisonnement, toutes les autres tentatives demeurèrent dès lors impunies.

1018. Pour obvier à cette impunité, une loi du 22 prairial an IV étendit à toutes les tentatives de crime la disposition du Code pénal concernant seulement celles d'assassinat ou d'empoisonnement. Ainsi se trouva dépassée la rigueur de l'ancienne jurisprudence criminelle: ce que cette ancienne jurisprudence n'avait appliqué qu'aux crimes atroces se trouva généralisé, et la proportion à observer, qui formait autrefois la règle commune entre le crime tenté et le crime consommé, disparut. — Cette loi de prairial, en

---

(1) Voir ces divers textes du droit romain, ci-dessus, n° 1014, note 1.

(2) *Capitulaires de Charlemagne*, liv. 7, ch. 151 : « Qui hominem volontarie occidere voluerit, et perpetrare non potuit, homicida tamen habeatur. » C'est toujours la loi Cornelia *De sicariis*. — V. au contraire les Établissements de saint Louis, liv. 1, art. 36. — *Ordonnance de Blois*, de 1579, art 195 : « Et pour le regard des assassins, et ceux qui pour prix d'argent ou autrement se louent pour tuer, outrager, excéder aucuns, ou recourre prisonniers pour crime, des mains de justice, ensemble ceux qui les auront louez ou induits pour ce faire : Nous voulons la seule machination et attentat estre puny de peine de mort, encore que l'effect ne s'en soit ensuivy, dont aussi n'entendons donner aucune grace ou rémission....., etc. » Reproduit en partie par l'article 4 du titre 16 de l'ordonnance criminelle de 1670. *Édit de juillet* 1682, art. 6 : « Ceux qui seront convaincus d'avoir attenté à la vie de quelqu'un par vénéfice et poison, en sorte qu'il n'ait pas tenu à eux que ce crime n'ait été consommé, seront punis de mort. » — On peut voir dans Muyart de Vouglans, pag. 13, n° 12, pag. 130, n° 2, pag. 187, n° 4, pag. 191, n° 4, et dans Jousse, tome 1, pag. 15, n°s 22 et 23, et tome 2, pag. 637, art. 5, le résumé final de notre ancienne jurisprudence sur la tentative.

(3) *Code pénal de* 1791, deuxième partie, tit. 2, art. 13 : « L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée. » — Art. 15 : L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 12, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une maison, soit à l'usage du public. » — Art. 16 : « Si toutefois, avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté. » Nous avons vu, n° 991, note 1) que cette immunité accordée à la tentative d'empoisonnement par le Code de 1791 est aujourd'hui consacrée par le Code de l'Allemagne du Nord dans tous les cas où l'agent a empêché la consommation du crime.

punissant ainsi de la peine du crime consommé la tentative de crime, marqua le point de cette tentative au moment seulement où il y aurait eu commencement d'exécution (1).

1019. De la loi de prairial an IV, la disposition passa dans le Code pénal de 1810, à peu près en termes identiques, et elle y a été maintenue lors de la révision de 1832, sauf une simplification de rédaction.

Cet historique étant connu, nous avons à considérer, dans le système de notre législation et de notre pratique actuelles, les règles de la tentative quant aux crimes, quant aux délits de police correctionnelle et quant aux contraventions de simple police.

1020. Quant aux crimes, l'article 2 du Code pénal est ainsi conçu : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un » commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle » n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes » de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime » même. » — De ces dispositions résultent les conséquences suivantes :

1021. 1° Les menaces, les résolutions concertées et arrêtées entre plusieurs, ne constituant pas une tentative, ne sont punissables que dans le cas où la loi les a spécialement frappées de peines (voir l'indication de ces cas ci-dess., nos 807 et suiv.).

1022. 2° Il en est de même des actes préparatoires. Ces actes ne seront passibles de peines que dans les deux sortes de cas différents déjà par nous signalés (ci-dess., n° 987).

Ils le seront, en premier lieu, toutes les fois qu'ils constitueront par eux-mêmes un délit particulier, puni en soi, abstraction faite du crime auquel ils servaient de préparation ; comme seraient, par exemple, le vol d'un fusil, le port d'un poignard ou autre arme prohibée (C. pén., art. 314), certaines destructions ou renversements d'édifices, de constructions ou de clôtures (ci-dess., n° 843), qui auraient lieu pour arriver à commettre un homicide, un crime de viol, de faux ou autre semblable. Arrêté dans de tels actes préparatoires, l'agent sera puni pour le délit, pour la contravention de police contenus dans ces actes, sans que la considération du crime qu'il avait en vue entre dans cette punition autrement que pour la mesure de la culpabilité individuelle, laissée à l'appréciation du juge.

Fussent-ils isolés, ces actes seraient toujours punissables. C'est

---

(1) *Loi du 22 prairial an IV.* « Le conseil..., considérant que le Code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives du vol, de l'incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement; — considérant que l'impunité enhardit et multiplie les coupables ; — prend la résolution suivante : — Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »

ainsi que la loi a érigé en délits, et surtout en contraventions de police correctionnelle ou de police simple, certains actes, tels que la détention d'armes ou de munitions de guerre, la possession de poudre au delà d'une certaine quantité (loi du 24 mai 1834), et autres semblables, à cause de leur caractère dangereux, sans qu'il soit nécessaire, pour l'application de la peine, de prouver que ces actes ont eu pour but de servir à la préparation d'un crime.

Les actes préparatoires seront punis, en second lieu, en leur qualité même d'actes préparatoires, à cause du crime dont il sera prouvé qu'ils étaient la préparation, lorsqu'un texte exceptionnel et spécial de loi pénale l'aura ainsi ordonné. Le seul exemple que nous en ayons dans notre législation est celui des actes qui auraient lieu pour préparer l'exécution d'un complot ayant pour but l'un des crimes mentionnés en l'article 87 du Code pénal (1); — attentats ayant pour but soit de détruire ou de changer le gouvernement, soit d'exciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité (art. 87). Ces actes préparatoires, ou même le seul commencement de ces actes préparatoires, sont frappés, non pas de la peine même du crime tenté ou consommé, mais de peines criminelles, par les articles 89 et 90 de notre Code pénal (2).

1023. 3° La tentative que punit notre Code ne commence qu'avec le commencement d'exécution. Quel est le point précis où l'on pourra dire qu'il n'y a plus actes préparatoires, mais que l'exécution est commencée? Notre Code ne l'a point défini; c'est une appréciation de fait qu'il a laissée à la sagesse du juge ou du jury, suivant les règles de leurs attributions respectives, et pour lesquelles nous renvoyons en conséquence à l'application des principes rationnels (ci-dess., n^os^ 1010 et suiv.). La question est d'une importance majeure dans notre pratique, puisque l'alternative de la solution dans un sens ou dans l'autre sera le plus souvent ou l'impunité ou la peine même du crime consommé (3).

1024. 4° La tentative suspendue par la volonté de l'auteur n'est frappée d'aucune peine par notre loi, en qualité de tentative; elle ne le serait que si les actes déjà accomplis constituaient par eux-

---

(1) L'article 86, que visait également le Code pénal, a cessé d'être applicable depuis la chute du gouvernement impérial.

(2) *Code pénal*, art. 89 : « Le complot ayant pour but les crimes mentionnés « aux articles 86 et 87, s'il a été suivi d'un acte *commis* ou *commencé* pour en « *préparer* l'exécution, sera puni de la déportation..... etc. »

Art. 90 : « Lorsqu'un individu aura formé seul la résolution de commettre « l'un des crimes prévus par l'article 86, et qu'un acte pour en *préparer* l'exé- « cution aura été *commis* ou *commencé* par lui seul et sans assistance, la peine « sera celle de la détention. »

(3) On peut citer sur ce point un arrêt de la cour de cassation, du 29 juillet 1861, qui a vu le crime d'incendie, et non pas un simple acte préparatoire, dans le fait d'avoir déposé, dans la maison d'un tiers, des matériaux combustibles, de telle sorte que celui-ci dût nécessairement, et à son insu, y mettre le feu.

mêmes un délit achevé en soi, et seulement à raison de ce délit (ci-dess., n° 991).

1025. 5° La tentative qui n'a été suspendue ou dont l'effet n'a été manqué que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est punie comme le crime même. Ces expressions *suspendue, manqué son effet,* comprennent les deux cas progressifs de la tentative inachevée et de la tentative achevée, autrement dite *délit manqué*. Aucune des nuances signalées par la science rationnelle (ci-dess., n^{os} 992 et suiv., n^{os} 995 et suiv.) n'est observée ici : crime tenté, crime manqué, crime consommé, tout cela est mis sur la même ligne.

Nous avons expliqué comment il est arrivé, en fait, que notre législateur, perdant la trace de ce qui avait lieu autrefois, a été conduit à faire cette assimilation (ci-dess., n^{os} 1017 et suiv.). Il a suivi en cela les inspirations de la théorie de la justice absolue, il s'est écarté des conditions essentielles de la pénalité humaine, il s'est mis en désaccord avec la règle commune de notre ancienne jurisprudence et de l'ancienne jurisprudence européenne, avec les législations étrangères, dont tous les Codes récents, sans exception à notre connaissance, ont consacré, avec plus ou moins d'étendue, le principe contraire (1) ; enfin, avec ses propres dispositions, dans lesquelles si souvent il a tenu compte des conséquences effectives du crime pour en marquer la pénalité (ci-dess., n^{os} 970 et suiv.). — Il résulte de ce système de notre Code que la justice pénale, en ce qui concerne les crimes, passe sans transition de l'impunité des actes préparatoires à la peine du crime même dès les premiers actes d'exécution.

Le correctif pratique consiste dans l'usage que peut faire le juge de la latitude entre le *maximum* et le *minimum* de peine, quand

---

(1) Voir notamment : Code pénal du Wurtemberg, art. 61 à 73; — du Hanovre, art. 32 à 40; — de Grèce, art. 46 à 55, imité en cela des codes allemands; — de l'Allemagne du Nord, art. 44; — d'Autriche (1852), § 8 combiné avec le § 47; — des États du roi de Sardaigne (1859); art. 96 et suiv.; — d'Espagne, art. 61 et 62; — du Portugal, art. 6 à 11, combinés avec l'art. 89; — le projet du nouveau Code pénal portugais, art. 13 et suiv.; — Code belge, art. 80 et 81. — C'est dans les codes allemands que l'on trouvera sur les actes préparatoires, sur les diverses nuances de la tentative et sur les divers genres d'impossibilité, les distinctions les plus scientifiques, que dans notre esprit de simplification législative nous trouverions un peu compliquées. Il a passé quelque chose de ces distinctions, établies avec beaucoup de justice, dans le projet de Code pénal portugais dont nous venons de parler. — Suivant la *Common Law* d'Angleterre, les tentatives de *félonie* (crimes) ne sont punis que comme délits inférieurs (*measdemeanor*), à moins que quelque statut particulier n'en ordonne autrement, comme il arrive, par exemple, pour le crime d'empoisonnement. Nous avons eu, de nos jours, un exemple de l'application de cette *Common Law*, dans un procès qui a fait grande sensation : celui contre M. John Carden, condamné aux assises de Clonmel (Irlande), le 31 juillet 1854, à deux années d'emprisonnement avec travail forcé, pour tentative d'enlèvement, et déclaré non coupable sur l'accusation de tentative de meurtre.

il s'agit de crimes à l'égard desquels une telle latitude est établie par la loi, ou dans la déclaration qu'il existe des circonstances atténuantes et dans l'abaissement de peine qui en résulte. Il faut bien recourir à ce correctif, puisqu'il est le seul moyen d'obvier à l'imperfection de la loi; mais c'est fausser, dans leur destination, l'institution du *maximum* et du *minimum* et celle des circonstances atténuantes, en transportant ce qui concerne la mesure de la culpabilité individuelle, variable dans chaque cause, à la mesure de la culpabilité absolue, qui devrait être réglementée par la loi pour tous les cas. C'est employer le pouvoir du juge ou du jury non pas à remplir l'office qui est propre à ces fonctions, mais à corriger la loi.

1026. Quelques exceptions à cette assimilation de la tentative du crime au crime consommé existent dans notre loi; on en a des exemples en ce qui concerne les crimes de contrainte ou corruption de fonctionnaires, de subornation de témoins, et d'avortement (1).

---

(1) *Code pénal*, art. 179 : Contrainte ou corruption de fonctionnaires, peines criminelles; tentative n'ayant eu aucun effet, peines correctionnelles. — Art. 361 et suiv. : Faux témoignage en matière criminelle, correctionnelle, de simple police ou civile, peines criminelles. Il résulte de la nature de ce crime qu'il n'existe et n'est frappé de peine qu'autant que le faux témoignage a été prêté effectivement, de manière à pouvoir exercer son influence sur la décision; pour donner lieu jusqu'au dernier moment à la vérité de se faire jour, on laisse au témoin, jusqu'à la clôture des débats, la possibilité de se rétracter et de rectifier sa déposition sans encourir aucune peine. Il n'y est donc pas question de tentative. — Art. 365 : Subornation de témoin. Il résulte de la révision de cet article 365 en 1832, et du système formellement exprimé et adopté par le législateur à cette époque, que la subornation de témoin a été considérée, non pas comme un crime principal, mais seulement comme un mode de complicité du faux témoignage; d'où il suit que, si le témoignage n'a pas été prêté conformément à ce que nous venons de dire, le crime n'existant pas, la complicité n'existe pas non plus. Ainsi la tentative de subornation de témoin, bien que le suborneur ait fait tout ce qui était en lui pour arriver au résultat, reste totalement impunie. — Art. 317, crime d'avortement. A l'égard de la femme qui a travaillé à se procurer l'avortement à elle-même, l'article est formel, la peine n'est encourue que *si l'avortement s'en est suivi;* la tentative reste impunie. A l'égard des médecins, chirurgiens, officiers de santé ou pharmaciens, l'article est encore formel en ce qui concerne l'aggravation de peine prononcée contre eux à raison de leur qualité personnelle : cette peine plus grave (les travaux forcés à temps) ne leur sera appliquée que *dans le cas où l'avortement aura eu lieu.* Mais, à l'égard de la peine ordinaire (la réclusion) prononcée contre *quiconque aura procuré l'avortement d'une femme enceinte*, le Code n'a pas fait, en termes exprès, la même restriction. Par ce motif, notre jurisprudence des arrêts se montre fixée aujourd'hui en ce sens, que la tentative d'avortement par toute autre personne que la femme enceinte rentre dans la règle générale de l'article 2, et qu'elle doit être punie comme le crime même, c'est-à-dire de la réclusion. Elle juge que dans ce *quiconque* sont compris, pour cette peine ordinaire, les médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens; de telle sorte qu'à leur égard, s'il n'y a eu que tentative, elle applique la réclusion; et, s'il y a eu avortement consommé, les travaux forcés à temps. Mais cette jurisprudence des arrêts n'est pas admise sans opposition dans la doctrine; plusieurs des interprètes de notre Code pénal

1027. 6° Enfin, quant au délit impossible, nous croyons, malgré la controverse élevée à ce sujet, que, s'il s'agit d'une impossibilité absolue et radicale (1), telle que celle dont nous avons défini les caractères (ci-dess., n°s 1002 et suiv.), le fait n'est plus compris dans les termes de l'article 2 de notre Code, parce qu'on ne peut pas dire qu'il y ait *commencement d'exécution* d'un acte impossible, ni effet *manqué* dans un effet inconciliable avec les lois immuables de la nature elle-même. Le fait, n'étant plus compris dans les prévisions de notre loi, reste par conséquent impuni. (Voir ci-dess., n°s 1006 et suiv.) — La cour de cassation l'a ainsi jugé dans une affaire récente et quelque peu singulière (arr. du 19 décembre 1862, après partage).

1028. Il y a même à remarquer une singularité de notre droit positif à cet égard, au sujet du crime d'empoisonnement. Ce crime n'est point défini dans notre Code pénal actuel comme il l'était dans le Code pénal de 1791, par le résultat préjudiciable qui en constitue le but final, l'homicide volontaire par poison ; il est défini : « Tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de sub- » stances qui peuvent donner la mort plus ou moins prompte- » ment, de quelque manière que ces substances aient été em- » ployées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites. » (C. pén., art. 301.) Dans cette définition entre, comme condition indispensable pour l'existence du crime, cette circonstance matérielle que la substance employée ait été de nature *à pouvoir donner la mort plus ou moins promptement*. D'où il suit que, si, ayant l'intention de tuer et voulant employer une substance mortelle, l'agent n'a employé, par erreur ou par ignorance, qu'une substance inoffensive (impossibilité par le moyen employé, ci-dess., n° 1003), ou qu'une substance qui, bien que nuisible à la santé, n'était pas de nature à donner la mort (C. pén., art. 317), il n'y a, d'après le texte même de notre article, ni crime, ni tentative de crime d'empoisonnement. Il y a plus, notre jurisprudence pratique a jugé que, si, employant un poison mortel, l'agent l'a mêlé à d'autres substances qui en ont, à son insu, neutralisé l'effet mortifère (impossibilité par la manière d'employer le moyen, ci-dess., n° 1004), la circonstance matérielle exigée par l'article 301 n'existe plus, et qu'il n'y a, dans ce cas encore,

---

soutenant que notre législateur a voulu, et cela par de très-fortes raisons, ranger dans une classe à part, à l'égard de tout le monde, le crime d'avortement, et ne permettre jamais d'en rechercher les tentatives quand l'effet ne s'est pas produit : recherches dangereuses, tournant à l'inquisition sur l'honneur des femmes, et où il est trop facile de s'égarer.

(1) Quant à l'impossibilité purement relative, par exemple la disparition de la personne poursuivie de la chambre dans laquelle l'agent avait tiré un coup de fusil à balle, la cour de Montpellier (26 février 1852) a refusé avec raison d'en tenir compte. (En sens contraire, arrêt de la cour d'Alger, du 8 décembre 1849.)

ni crime, ni tentative de crime d'empoisonnement. — Il est vrai qu'on pourrait alors prétendre saisir les faits sous un autre aspect, et les incriminer, en vertu des articles généraux 295, 296 et 2 du Code pénal, comme tentatives d'assassinat ou de meurtre, selon qu'il y aurait eu ou non préméditation. A ces incriminations nouvelles, nous appliquerions les principes rationnels exposés ci-dessus, nos 1005 et 1006 : il n'y a pas de tentative dans le cas d'impossibilité radicale et absolue par le moyen ; mais il y en a une dans le cas d'impossibilité accidentelle et relative, par la manière d'employer le moyen. — Toujours dans les mêmes hypothèses, si la substance administrée, qui n'était pas de nature à donner la mort, a occasionné, en fait, une maladie ou incapacité de travail personnel, ce résultat matériel rendra l'acte punissable, aux termes de l'article 317 du Code pénal, et il le rendra punissable comme crime ou comme délit de police correctionnelle, suivant la durée plus ou moins longue de la maladie ou incapacité de travail. Tout ce décousu entre ces diverses dispositions et celles concernant les tentatives montre combien il y a eu peu d'unité dans l'esprit de notre législateur sur la part à faire, dans la mesure de la répression, à ces trois éléments divers du délit : l'intention, les faits d'exécution et le résultat produit (1).

1029. En ce qui concerne les délits de police correctionnelle, l'article 3 de notre Code pénal est ainsi conçu : « Les tentatives » de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas dé» terminés par une disposition spéciale de la loi. »

Le système de cet article a été emprunté à la loi du 25 frimaire an VIII, de même que celui de l'article 2 l'a été à la loi du 22 prairial an IV (2).

Il résulte de ce système que les tentatives de délits de police correctionnelle sont : ou totalement impunies, quant aux délits à l'égard desquels la loi ne s'en est pas expliquée ; ou punies comme le délit consommé lui-même, quant aux délits à l'égard desquels la loi l'a ordonné spécialement. — De telles disparates

---

(1) Le Code pénal belge a fait cesser toute difficulté en définissant (art. 397) l'empoisonnement : le *meurtre* commis par le moyen de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées. Ce Code revient ainsi à la définition adoptée par le Code pénal de 1791 : homicide commis volontairement par poison.

(2) *Loi du 25 frimaire an VIII*, qui attribue aux tribunaux de police correctionnelle la connaissance de divers délits : « Art. 17. La loi du 22 prairial an IV contre les tentatives de crimes est applicable à tous les délits susénoncés (diverses espèces de vols), ainsi qu'à ceux mentionnés en l'article 32 du Code de police correctionnelle : en conséquence, toute tentative desdits délits manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution sera punie comme le délit même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »

sont difficiles à concilier. Pourquoi, d'ailleurs, en est-il de la tentative en fait de délits de police correctionnelle autrement que de la tentative en fait de crimes? Le système est illogique. L'observation en fut faite au conseil d'État par Napoléon lui-même. On y répondit en faisant remarquer que les délits de police correctionnelle produisent un moindre mal; que la tentative de la plupart de ces délits excite peu d'alarmes; que les indices et les caractères en sont difficiles à saisir : cela est vrai, mais ne saurait pallier la contradiction. Si vous posez cette équation : « La tentative égale le fait consommé, » et qu'elle soit vraie à l'égard des crimes et à l'égard de certains délits, elle devra l'être forcément à l'égard de tous. Mais si vous posez, au contraire, cette inégalité : « La tentative est moindre que le fait consommé, » vous concevrez parfaitement que, le délit étant déjà moindre que le crime, et la tentative moindre à son tour que le délit, celle-ci, à l'égard des infractions de peu d'importance, devienne trop peu de chose pour être punie. La vraie proportion serait donc que les tentatives de délits de police correctionnelle fussent punissables en général, mais d'une peine moindre que celle du délit consommé, et que même quelques-unes, celles des délits inférieurs, restassent impunies.

1030. Les tentatives de délits de police correctionnelle frappées par disposition spéciale du Code pénal comme le délit même sont : parmi les délits contre la chose publique, les tentatives d'évasion de détenus; et parmi les délits contre les particuliers, celles des diverses espèces de vols, de détournement d'objets saisis ou d'escroqueries, et celles des coalitions de maîtres et d'ouvriers en vue de faire baisser ou hausser injustement et abusivement les salaires (1).

1031. Pour être ainsi punissable, la tentative de délit de police correctionnelle doit avoir les mêmes caractères que ceux indiqués pour la tentative de crime par l'article 2 du Code pénal, c'est-à-dire qu'elle doit avoir été manifestée par un commencement d'exécution, et n'avoir été suspendue ou n'avoir manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cela résulte, en premier lieu, du raisonnement, qui ne saurait comporter une plus grande rigueur contre la tentative du fait moindre que contre celle du fait plus grave. Cela résulte, en second lieu, de l'origine des articles 2 et 3 de notre Code pénal, et des termes exprès de la loi du 25 frimaire an VIII, article 17, dans lequel notre article 3 actuel a été puisé (ci-dess., n° 1029, en note). Seulement le législateur de 1810, simplifiant partout

(1) *Code pénal*, art. 241 et 245, tentative d'évasion de détenus; — art. 388, 400, 401 et 405, tentatives de vol, de détournement de la part du saisi d'objets saisis sur lui et confiés à sa garde, de larcins ou filouteries, ou d'escroqueries; — art. 414, modifié par la loi du 30 mai 1864, et 415, coalition de maîtres ou d'ouvriers.

la rédaction, n'a pas voulu répéter à l'article 3 ce qu'il venait de dire dans l'article précédent. La règle générale ne céderait que devant les dérogations particulières qui pourraient résulter du texte même des articles spéciaux punissant telle ou telle tentative de délit (1).

1032. Pour ce qui regarde les tentatives de contravention de simple police, en l'absence de toute disposition du Code pénal ou des lois spéciales, elles restent impunissables ; et cela se comprend fort bien par notre raisonnement : La contravention de police simple étant par elle-même si peu grave, la tentative, qui est moins encore, reste en dehors de toute peine (ci-dess., n° 1029). Mais, dans le système de notre Code qui pose, à l'égard des crimes et de certains délits de police correctionnelle, une prétendue équation entre la tentative et le fait consommé, c'est un nouveau démenti donné à cette équation.

1033. Si l'on veut se rendre compte de la place que tiennent dans notre pratique judiciaire les poursuites pour tentatives, et du résultat comparé de ces poursuites, on trouvera dans nos statistiques criminelles quelques documents à cet égard en ce qui concerne les tentatives de crimes, mais non en ce qui concerne celles de délits (2). — Nous avons fait ce travail pour certaines périodes de temps, et nous sommes arrivés aux conséquences suivantes :

En prenant le total des vingt années écoulées de 1841 à 1860 inclusivement, on voit que dans les accusations pour crimes les tentatives sont de 66 pour 1,000 ; ou, en d'autres termes, sur 1,000 accusations pour crimes, il y en a 934 pour crimes consommés et 66 pour tentatives (3).

Le résultat des poursuites, si l'on établit la comparaison sur les chiffres relatifs à tous les crimes sans distinction, semblerait indiquer une plus grande sévérité de la part du jury à l'encontre des tentatives qu'à l'encontre des crimes consommés ; on trouve, en

(1) Ainsi eût-on pu le supposer de la rédaction des anciens articles 414 et 415 du Code pénal, contre les coalitions de maîtres ou d'ouvriers, remplacés d'abord, en vertu de la loi des 27 novembre-1er décembre 1849, par une seconde rédaction, qui avait conservé les mêmes expressions : *S'il y a eu tentative ou commencement d'exécution.* » Mais toute difficulté a cessé depuis la promulgation de la loi du 30 mai 1864 (nouv. art. 414), qui, en ne punissant plus que les coalitions violentes ou frauduleuses, dit simplement : Quiconque aura amené ou maintenu, *tenté* d'amener ou de maintenir une cessation forcée de travail ; ce qui se réfère exactement au droit commun sur la tentative. — De même, on s'était demandé, d'après l'ancienne rédaction de l'article 405, s'il y avait tentative d'escroquerie, lorsque les valeurs qu'avait en vue l'auteur du délit n'avaient pas été effectivement remises. Mais la loi du 13 mai 1863 a tranché la question, en insérant dans l'article 405, après les mots « se sera fait remettre ou délivrer », ces mots : « aura tenté de se faire remettre ou délivrer ».

(2) Voir les tableaux I, II et IV.

(3) Les dernières statistiques donnent ce chiffre encore plus faible : 55 sur 1000 accusations.

effet, durant la même période de vingt années, que sur 1,000 accusés de crimes consommés il y en a 324 d'acquittés et 676 de condamnés, tandis que sur 1,000 accusés de tentatives de crimes il y en a seulement 299 d'acquittés et 701 de condamnés : résultat singulier (1) qui semble renverser, au premier abord, toutes les idées préconçues. Mais ce résultat tient à ce que les poursuites pour tentatives de crimes se présentent constamment dans la catégorie des crimes les plus graves ou les plus sévèrement réprimés, meurtre, assassinat, parricide, empoisonnement, incendie, et les diverses espèces de vols qualifiés. Pour que la comparaison soit exacte, il faut donc la restreindre uniquement aux crimes mêmes qui ont donné lieu à la fois à des poursuites pour crimes consommés et à des poursuites pour tentatives.

Nous avons fait cette restriction, minutieuse dans les calculs, pour les quinze années de 1846 à 1860 inclusivement, et voici le tableau auquel nous sommes arrivé :

Sur MILLE ACCUSÉS de	NOMBRES PROPORTIONNELS DES			
	Acquittements.	Condamnations à mort.	Condamnations aux travaux forcés à perpétuité.	Déclarations de circonstances atténuantes.
Crimes consommés. .	. . .245. . .	. . . 11 . . .	. . . 34 . . .	. . .445
Tentatives.	. . .304. . .	. . . 17 . . .	. . . 95 . . .	. . .421

Ainsi, la moindre sévérité du jury à l'encontre des tentatives se manifeste par des acquittements plus fréquents (303 sur 1,000, au lieu de 245).

Mais, cette part une fois faite, la rigueur comparative se montre plus grande à l'égard des tentatives : — moins de déclarations de circonstances atténuantes (421 sur mille au lieu de 445) ; — plus de condamnations à mort (17 sur mille au lieu de 11) — et beaucoup plus de condamnations aux travaux forcés à perpétuité (95 sur mille au lieu de 34).

En chiffres effectifs, durant les vingt années de 1841 à 1860 inclusivement, il y a eu, en tout, 130 condamnés à mort et 712 condamnés aux travaux forcés à perpétuité pour tentatives de crimes : ce qui donne en moyenne 6,5 et 35,6 par an. Toutefois ces derniers chiffres se sont beaucoup atténués dans la période quinquennale de 1861 à 1865, où il n'y a eu que 10 condamnations à mort et 135 aux travaux forcés à perpétuité pour tentatives : 2,5 et 25 par an.

1034. Ces indications de la statistique, auxquelles on était

(1) Encore plus accentué dans la statistique de 1869, qui accuse 225 acquittés, 875 condamnés.

peut-être loin de s'attendre, s'expliquent par ce fait qu'après les acquittements plus nombreux prononcés dans les accusations pour cause de tentatives, les condamnations qui restent portent presque toutes sur les tentatives des crimes les plus graves ou les moins dignes d'indulgence dans l'esprit du jury. Mais elles font voir en même temps combien le législateur de 1832 s'est mépris lorsqu'il a compté sur l'emploi d'une déclaration de circonstances atténuantes pour mitiger la rigueur du texte qui assimile la tentative du crime au crime consommé ; combien il est dangereux de se démettre, sur le jugement individuel et accidentel de chaque cause, d'un office qui est dans le domaine général et permanent de la loi. Nous aboutissons, en fait, le plus souvent, dans notre pratique judiciaire, à l'égard des tentatives, ou à l'impunité par acquittement, ou à la punition à l'égal du crime consommé.

§ 2. De l'attentat.

1035. Le sujet que nous abordons ici n'est qu'un appendice de celui que nous venons de traiter. Les mots *attentat*, *attenter* ont bien dévié de leur signification propre et originaire. Par une figure de langage, ils ont passé dans le discours usuel, et de là dans les textes mêmes du droit pénal, en une acception nouvelle et détournée, qui a presque fait oublier l'ancienne et véritable acception, et cependant ce n'est qu'en remontant à celle-ci qu'on expliquera clairement les règles pénales touchant l'attentat, déjà trop obscurcies parce que la filiation logique en est pour ainsi dire perdue.

1036. *Attentat* n'est autre chose que tentative ; *attenter*, autre chose que tenter (1). Dans notre ancien langage du droit ces mots n'ont pas d'autre sens. Ainsi l'ordonnance de Blois de 1579, reproduite jusque dans ses expression par l'ordonnance criminelle de 1670, dit au sujet du crime d'assassinat : « Nous voulons *la seule machination ou attentat* estre puny de mort, encore que l'effect ne s'en soit ensuivy » (ci-dess., p. 453, note 2). Ainsi l'édit de 1682 dit au sujet du crime d'empoisonnement : « Ceux qui seront convaincus d'avoir *attenté à la vie* de quelqu'un par vénéfice et poison, en sorte qu'il n'ait pas tenu à eux que ce crime n'ait été consommé, seront punis de mort » (ci-dess., p. 453, *ibid.*) (2).

---

(1) On prendrait facilement ces mots pour atteinte, porter atteinte (comme s'ils venaient de *attingere*), tandis qu'ils sont les expressions les plus directes de l'idée de tentative, les dérivés les plus immédiats de la racine *tentare*, suivant la génération philologique par nous exposée ci-dessus, n° 989, avec indication de la tendance des actes accomplis vers un but (*ad tentare*). *Attentare jura; vitam appetere, vitæ parare insidias*, dans le langage de Cicéron ; *pudicitiam sollicitare*, dans celui d'Ovide ; ce que nous traduirions par attenter à des droits, attenter à la vie, attenter à la pudeur.

(2) Dans les nombreux arrêts des parlements contre ce crime, comme on peut le voir notamment par celui de la marquise de Brinvilliers, le coupable, lorsque

Et nos criminalistes français, jusqu'aux derniers jours de l'ancienne jurisprudence, au lieu de dire tentative, disent constamment d'un crime que le simple attentat y est ou n'y est pas punissable, recherchent quels sont les crimes où le simple attentat est punissable comme le serait le crime consommé lui-même (1).

1037. Or, comme ces derniers crimes étaient ceux qualifiés d'atroces, savoir, les crimes de lèse-majesté au premier chef, de parricide, d'assassinat, d'empoisonnement, d'incendie (ci-dess., n° 1016); et, comme dans ces sortes d'accusations l'effet consommé n'était pas nécessaire, mais que l'attentat suffisait à lui seul pour faire prononcer la peine du crime, de là est venu l'usage d'entendre le mot d'attentat, dans la langue vulgaire, comme signifiant un grand crime, et de l'appliquer non-seulement à la tentative, mais même au crime consommé. Cependant le criminaliste ne doit pas se laisser prendre à ces significations impropres; il ne doit pas perdre de vue, lorsqu'il s'agit des solutions de droit, que l'attentat n'est autre chose que la tentative. Jean Châtel a commis un attentat, Ravaillac a malheureusement exécuté et accompli son crime.

1038. Encore moins l'attentat doit-il être confondu avec les actes qui le précèdent et dont nous avons indiqué la progression (ci-dess., n°s 981, 985 et suiv.). Nous savons que, dans l'ancienne jurisprudence, la tentative ou attentat, sous la qualification de tentative éloignée, commençait dès les premiers actes de préparation, et qu'ensuite, à mesure que l'agent, avançant dans son entreprise, en arrivait aux actes mêmes d'exécution, elle était qualifiée de tentative prochaine ou très-prochaine (ci-dess., n° 1015). Aucune hésitation n'existait à cet égard toutes les fois qu'il s'agissait de tentatives ou attentats de crimes ordinaires, lesquels étaient punis de moindre peine à l'arbitrage du juge; mais lorsqu'il s'agissait des attentats de crimes atroces, qui devaient être punis à l'égal du crime consommé, les conditions exigées par la jurisprudence pour constituer ces attentats étaient

---

le crime a eu son effet, est condamné pour avoir empoisonné, pour avoir causé la mort; mais, lorsqu'il n'est pas parvenu à la consommation du crime, pour avoir *attenté à la vie* par le poison : différence d'expression qui se retrouve exactement dans les écrits des jurisconsultes (MUYART DE VOUGLANS, p. 187, n° 4).

(3) MUYART DE VOUGLANS, p. 7, n° 4, p. 130, n° 11, p. 187, n° 4, p. 191, n° 4. — JOUSSE, tom. 3, p. 250, n° 5, 499, n° 46, 674 et suiv., 749, n° 109; tom. 4, p. 10, n° 25, 42, n° 4. — Dans les ouvrages de l'ancienne jurisprudence écrits en latin, on appelle communément *delictum attentatum* le délit tenté. Le traité si renommé de Romognosi sur la tentative, dans la *Genèse du droit pénal* de cet auteur, est intitulé *Dell' attentato*, et la tentative n'y reçoit guère d'autre dénomination. Les Anglais n'ont qu'un mot, *attempt*, pour rendre l'idée qu'expriment chez nous ces deux termes *attentat* ou *tentative*. De même le projet de Code portugais (art. 17) emploie la même expression, *attentado*, pour désigner la tentative et l'attentat.

plus ou moins sévères, suivant la nature du crime. Ainsi dans les crimes de lèse-majesté, où la pensée seule était punie de mort (ci-dess., n° 1016, note 1), on voyait l'attentat dès les premiers actes préparatoires, tandis qu'à l'égard des autres crimes atroces, pour que l'attentat fût puni de la même peine que le crime consommé, on exigeait généralement qu'il fût plus avancé (1). Mais jamais, même dans les crimes de lèse-majesté, bien que tous ces actes y fussent mis sous le même niveau quant à la peine, il ne serait venu en la pensée de nos anciens criminalistes de dire que le projet, la résolution manifestée au dehors, la menace, la provocation par paroles ou par écrit, même le complot, c'est-à-dire la résolution concertée et arrêtée entre plusieurs, pussent constituer l'attentat, c'est-à-dire la tentative : on les frappait, quand il s'agissait de lèse-majesté, de la même peine, mais on ne les dénaturait pas. Si rigoureuse que soit l'acception qu'on veuille y donner, l'attentat ne commence, le mot porte avec lui-même sa signification (ci-dess., n° 989), que lorsque la main a été mise à l'œuvre du crime, tout au plus avec les premiers actes de préparation (ci-dess., n° 1015).

1039. On voit par là que l'attentat, le mot le dit encore lui-même (ci-dess., n° 1036, note 1), n'est pas un but en soi, mais qu'il tend à un but. C'est un acte ou une série d'actes, comme qui dirait une entreprise, non pas seulement projetée, résolue ou complotée, mais commencée et dirigée vers une fin, et c'est la criminalité de cette fin qui constitue la criminalité de l'attentat.

1040. Dans le système du Code pénal de 1810, l'assimilation de la tentative au fait consommé étant devenue la règle générale pour tous les crimes, pour les moins graves comme pour ceux qui le sont le plus, ce qui avait lieu autrefois quant à l'attentat des crimes atroces s'est absorbé dans cette règle générale. Pour quelques-uns de ces crimes, cependant, il en est resté quelque chose par tradition, soit dans le nom même, soit dans la définition du crime; et les mots attentat, attenter, attentatoire, ont figuré dans le Code, tantôt en leur acception véritable, quoique à demi oubliée, correspondant à l'idée de tentative, tantôt en une acception corrompue et sans caractère précis.

1041. Les crimes à l'égard desquels notre Code pénal a conservé de la manière la plus marquée le vestige de notre ancienne jurisprudence concernant l'attentat dans le sens propre de ce mot, sont ceux qui correspondent aux anciens crimes de lèse-majesté. Cette qualification générale de crime de lèse-majesté, disparue du Code pénal de 1791, avait même été rétablie dans

(1) Jousse : quant au parricide, tom. 4, p. 11, n° 26; quant à l'assassinat, tom. 3, p. 250, n^{os} 5, 6 et 7 ; quant à l'empoisonnement, tom. 4, p. 43, n° 6, quant à l'incendie, tom. 3, p. 771, n° 222.

celui de 1810 (1), mais a été de nouveau abrogée lors de la révision de 1832.

1042. Ici l'idée d'attentat est restée non-seulement dans le mot comme terme consacré, mais, ce qui est plus important, dans la définition du crime. Ce n'est pas le crime consommé, c'est l'attentat, c'est-à-dire la tentative, l'entreprise tendant à un but criminel que le Code définit (2). C'est donc la criminalité du but, suivant la rédaction textuelle du Code lui-même, qui fait la criminalité de l'attentat (ci-dess., n° 1039). Pour éviter les méprises et arriver à une saine interprétation de la loi, même quant aux questions d'application pratique, substituez au mot d'attentat, partout où il se trouve dans nos articles, celui de tentative, et vous verrez à l'instant les équivoques disparaître et les principes généraux commander avec autorité les solutions; en y ajoutant cette réflexion qu'*a fortiori* le crime consommé sera puni comme l'attentat.

1043. En punissant l'attentat dans les crimes dont nous parlons, le Code pénal de 1810 avait suivi les règles spéciales de l'ancienne jurisprudence contre les crimes de lèse-majesté : il avait fait commencer cet attentat dès les premiers actes, ou même dès le commencement des premiers actes de préparation, ce que l'ancienne jurisprudence appelait la tentative éloignée (3). Mais, lors de la révision de 1832, la définition a été ramenée aux règles communes de la tentative, telles qu'elles sont formulées par l'article 2 du Code pénal (4). C'est donc à ces règles qu'il faut se

---

(1) Code pénal de 1810, ancien article 86 : « L'attentat ou le complot contre la vie ou contre la personne de l'empereur est crime de lèse-majesté... etc. »

(2) *Code pénal :* art. 86 actuel (tel qu'il avait été décrété par la loi des 10-15 juin 1853) : « L'attentat contre la vie ou contre la personne de l'empereur est puni « de la peine du parricide. — L'attentat contre la vie des membres de la famille « impériale est puni de la peine de mort. — L'attentat contre la personne des « membres de la famille impériale est puni de la peine de la déportation dans « une enceinte fortifiée... etc. »

Art. 87 actuel (suivant la même loi) : « L'attentat dont le but est soit de « détruire ou de changer le gouvernement ou l'ordre de susceptibilité au trône, « soit d'exciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité impériale, « est puni de la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée. »

Art. 91 : « L'attentat dont le but sera soit d'exciter la guerre civile en armant « ou en portant les citoyens ou habitants à s'armer les uns contre les autres, soit « de porter la dévastation le massacre et le pillage dans une ou plusieurs com- « munes, sera puni de mort. »

Voir aussi les articles 108 et 125 du Code pénal : « Crimes *attentatoires* à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État.

(3) *Code pénal de* 1810, ancien article 88 : « Il y a attentat dès qu'un acte est commis ou commencé pour parvenir à l'exécution de ces crimes, quoiqu'ils n'aient pas été consommés. »

(4) Art. 88 actuel : « L'exécution ou la tentative constitueront seules l'atten- « tat. » — C'est à tort que l'on a cru pouvoir élever quelques doutes sur le sens de cet article; la preuve matérielle que les actes préparatoires ne sont pas compris dans l'attentat, c'est que le Code, d'après la même révision de 1832, les a spécialement prévus et punis, mais d'une peine moindre, aux articles suivants

reporter. — Ainsi, pour que l'attentat (ou tentative) existe, il faut qu'il y ait eu au moins un commencement d'exécution; ainsi encore, pour l'attentat suspendu par la volonté de son auteur et pour les autres questions diverses qui peuvent s'y présenter, nous renvoyons à ce qui a été dit de la tentative (ci-dess., nos 1020 et suiv.).

1044. D'après le Code pénal de 1810, les règles de l'ancienne jurisprudence contre les crimes de lèse-majesté étaient encore suivies en ce sens que le complot, quoique n'étant qu'une phase moins avancée du crime, parfaitement distincte de l'attentat ou tentative (1), était cependant puni de la même peine (2). Telles avaient été aussi la disposition du Code pénal de 1791 et celle du Code de brumaire an IV (ci-dess., n° 803). Lors de la révision de 1832, une gradation plus équitable de pénalité a été établie, suivant le degré atteint par l'agent dans la voie du crime. La progression des actes ainsi réprimés a été celle-ci : — La proposition faite et non agréée de former un complot (C. pén., art. 89); — la résolution du crime formée par une personne seule, et suivie d'un acte ou d'un commencement d'acte préparatoire de la part de cette personne, sans assistance (art. 90); — le complot ou résolution d'agir concertée et arrêtée entre plusieurs (art. 89); — le complot suivi d'un acte ou d'un commencement d'acte préparatoire; — l'attentat, lequel se produit dès le commencement d'exécution; — enfin, le crime accompli dans son effet, ou crime consommé : ces deux derniers degrés punis de la même peine, conformément à la règle générale adoptée par notre Code pour les tentatives de crime.

1045. D'après la Charte de 1814, article 33, et d'après celle de 1830, article 28, la Chambre des pairs, constituée en cour de justice, était appelée à connaître « des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'État, qui seraient définis par la loi. » Les complots n'étant pas compris dans cette énumération, il s'ensuivait qu'ils restaient dans les attributions du jury, les attentats seuls pouvant être de la compétence de la Cour des pairs. On sait comment, pour soumettre à cette Cour certains faits de

---

(art. 89 et 90). L'attentat est la tentative, soit suspendue, soit achevée, mais ayant manqué son effet, telle que nous entendons aujourd'hui la tentative dans notre droit pénal. Quant au crime consommé, accompli dans ses effets, par exemple si la personne contre laquelle était dirigée l'attentat y a succombé, si la guerre civile a été allumée, il sera *a fortiori* frappé de la même peine. Il est vrai que, s'il s'agit d'un attentat ayant pour but de détruire ou de changer le gouvernement, l'effet accompli sera la victoire, et qu'il ne sera plus question de peine; tel est le propre des luttes politiques : la loi pénale dont chaque gouvernement use contre ses ennemis n'est pas destinée au cas de défaite.

(1) Complot ou attentat sont deux expressions qui se suivent, mais deux idées toujours parfaitement distinctes, dans le texte des anciennes ordonnances, dans celui des lois et dans les formules de la jurisprudence.

(2) *Code pénal de* 1810, anciens articles 86, 87 et 91.

presse ou de publication, ceux qui contiennent provocation aux crimes prévus par les articles 86 et 87 du Code pénal, même quand cette provocation n'aurait eu aucune suite, une des lois de septembre 1835 prit le parti de déclarer cette provocation attentat (1). Attentat, c'est-à-dire tentative, commencement d'exécution, une provocation par voie de publicité, demeurée vaine et sans effet! il est inutile de faire ressortir tout ce qu'il y avait là de contraire à la nature même des choses. C'était un abus du mot que l'on faisait, parce que l'article de la Charte emprisonnait lui-même la question de compétence dans un mot (2). Une telle falsification de l'idée et de l'expression n'a plus de raison d'être aujourd'hui. Outre qu'un décret du Gouvernement provisoire, des 6-8 mars 1848, a abrogé cette loi de septembre 1835, la Constitution de 1848, article 91, et celle de 1852, article 54, avaient tout simplement permis de déférer à la haute Cour de justice tant les crimes que les attentats et que les complots (trois termes de la gradation décroissante) contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État (3); et la Cour elle-même a disparu avec le régime impérial (décret du 4 novembre 1870).

1046. Après ce qui concerne les crimes de lèse-majesté, une trace, moins marquée nominalement, mais non moins réelle, de l'ancienne jurisprudence concernant l'attentat des crimes atroces, est restée dans notre Code pénal en ce qui touche l'empoisonnement et l'incendie.

1047. En effet, quant à l'empoisonnement, le crime que notre Code a défini sous ce nom n'est pas, ainsi que nous en avons déjà fait l'observation ci-dessus, n° 1028, *le crime accompli* dans son résultat préjudiciable, *l'homicide par poison*, comme le qualifiait le Code pénal de 1791 (4); c'est l'attentat, c'est-à-dire la seule tentative de donner la mort par poison (5).

---

(1) *Loi du 9 septembre* 1835, *sur les crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publication.* Art. 1er : « Toute provocation par l'un des moyens énoncés en l'article 1er de la loi du 17 mai 1819, aux crimes prévus par les articles 86 et 87 du Code pénal, soit qu'elle ait été ou non suivie d'effet, est un attentat à la sûreté de l'État... — Dans l'un comme dans l'autre cas, elle pourra être déférée à la chambre des pairs, conformément à l'article 28 de la Charte. »

(2) On a beaucoup déraisonné dans la discussion de cet article, tant pour soutenir que pour combattre cette qualification d'attentat. Ceux qui la combattaient avaient, au fond, pour eux la vérité; mais il n'y avait qu'une raison à en dire, savoir : qu'un attentat n'est rien autre qu'une tentative, et personne ne l'a dit.

(3) *Constitution des 14-22 janvier* 1852, art. 54 : « Une haute cour de justice juge, sans appel ni recours en cassation, toutes personnes qui auront été renvoyées devant elle comme prévenues de crimes, attentats ou complots contre le président de la république, et contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. »

(4) *Code pénal de* 1791, 2e partie, tit. 2, sect. 1, art. 12 : « L'homicide commis volontairement par poison sera qualifié de crime d'empoisonnement, et puni de mort. » (Voy. n° 1028, note 1.)

(5) *Code pénal actuel,* art. 301 : « Est qualifié empoisonnement tout attentat

1048. De même quant à l'incendie, ce n'est pas le fait d'avoir brûlé, d'avoir détruit par le feu, comme on peut le voir en plusieurs autres articles (1) ; c'est le fait d'avoir mis le feu, c'est-à-dire la tentative, l'attentat, quoique le Code n'ait pas employé cette dernière expression (2).

1049. Cette remarque est de grande conséquence dans la pratique, puisqu'elle porte sur les caractères même nécessaires et suffisants à la fois pour constituer le crime défini par notre texte. — Il en résulte aussi des difficultés particulières sur ce que peut être la tentative de pareils crimes ; car cette tentative ne sera plus, à véritablement parler, qu'une tentative de tentative, c'est-à-dire un degré moins avancé dans les actes d'exécution ; comme si quelqu'un est arrêté au moment où il vient de jeter sur un édifice, dans l'intention de l'incendier, des matières combustibles ou des fusées qui se sont éteintes avant d'atteindre l'édifice, ou même qui ne l'ont pas atteint.

1050. La science rationnelle ne saurait approuver cette manière de procéder de la loi pénale dans la définition du crime. Pour tous les crimes, qu'il s'agisse de ceux contre l'État, de l'homicide par empoisonnement, de la destruction par incendie ou de tous autres, le système, suivant la raison du droit, est un : chaque crime devrait toujours être défini principalement par le mal qui en forme le but final, qui en fait le préjudice caractéristique ; après quoi, les distinctions à faire suivant la gradation des actes par lesquels l'agent s'est avancé de plus en plus vers la consommation de ce mal se reproduiront partout (ci-dess., n° 1000).

1051. Quant à l'assassinat, le Code pénal parle bien, dans la définition de la préméditation, du dessein d'*attenter* à la personne (art. 297) ; mais, comme le premier caractère essentiel dans la définition de l'assassinat est le meurtre (art. 296), et comme le meurtre est défini l'homicide commis volontairement (art. 295), il en résulte que notre Code n'a pas procédé ici par la définition de l'attentat, mais bien par celle du crime consommé (3).

1052. Notre Code pénal s'est servi encore de la qualification

---

» à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort » plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été » employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites. »

(1) *Code pénal actuel*, art. 435, 437, 439, 443 à 451.

(2) *Ibid.*, art. 434 : « Quiconque aura volontairement mis le feu à des édi- » fices, navires, bateaux..., etc. » — Dans le projet de Code pénal belge, en avoir proposé de substituer à cette expression *mettre le feu*, la circonstance que le feu ait fait des progrès tels qu'il ne soit plus au pouvoir de l'agent de s'en rendre maître. Mais cette définition a été rejetée par le sénat comme prêtant trop à l'arbitraire.

(3) On verra néanmoins l'assassinat et les autres crimes contre les personnes qualifiés d'attentats dans l'article 305 du Code pénal ; mais employée ici d'une manière générale, ou comme en passant (*transeundo*), cette expression n'a plus qu'un sens vulgaire et impropre.

d'attentat en deux sortes de crimes ou de délits de moindre gravité : les *attentats à la liberté* (1) et les *attentats aux mœurs* (2), parmi lesquels figure spécialement l'*attentat à la pudeur*. Il faut convenir que c'est surtout dans une acception vulgaire, et avec peu de précision, en droit, que le mot d'attentat est employé ici. Néanmoins, le sens de tentative, acte tendant à porter atteinte, ne laisse pas que de s'y retrouver, jusqu'à un certain point, dans la plupart des cas. On le verra notamment dans la définition des crimes prévus à l'article 114, dans lesquels ce n'est pas le mal consommé, l'effet accompli qui entre comme caractère constitutif du crime, mais seulement l'ordre, l'acte arbitraire tendant à ce mal ; de même dans l'expression d'attentat aux mœurs, actes tendant à offenser, à corrompre les mœurs, ou dans la définition spéciale de l'attentat à la pudeur (art. 331 et 332).

CHAPITRE V

FAITS CONSTITUTIFS DU DÉLIT ; CIRCONSTANCES EMPORTANT AGGRAVATION, EXEMPTION DE PEINE OU ATTÉNUATION.

1053. Dans l'ensemble des faits dont nous avons offert l'analyse (ci-dess., nos 792 et suiv.), qui peuvent se rencontrer dans un délit, avec plus ou moins d'influence sur la criminalité, il est une distinction fort importante à faire :

Certains de ces faits, soit un seul, soit plusieurs, suivant le cas, forment les conditions, les éléments indispensables pour l'existence même du délit : tels sont, dans le crime de meurtre, les deux faits : 1° d'avoir donné la mort à un homme, 2° d'avoir donné cette mort intentionnellement, à dessein ; — de même, dans le délit de vol, les deux faits : 1° d'avoir soustrait la chose d'autrui, 2° de l'avoir fait frauduleusement, c'est-à-dire sachant bien que cette chose était à autrui, avec intention de porter préjudice au droit d'autrui. Nous disons *conditions*, parce que ce sont ces faits dont le délit est en quelque sorte bâti ou construit (de *condere*, fonder, construire) (comp. Cod. civ., art. 1108) ; par la même raison, ces faits se nomment éléments ou faits *constitutifs*.

1054. Les autres, au contraire, ne sont que des circonstances ou faits accessoires qui, le délit existant, viennent seulement en modifier, en plus ou en moins, la criminalité : par exemple, le meurtre a été commis à la suite d'une provocation ; le vol a eu

---

(1) *Code pénal*, liv. 3, tit. 1, sect. 2, *attentats à la liberté*, art. 114 et suivants, art. 117.

(2) *Ibid.*, liv. 3, tit. 2, sect. 4, *attentats aux mœurs*, art. 330 et suivants, notamment art. 331, 332, 333 et 334.

lieu sur un chemin public, ou la nuit, ou bien avec emploi d'armes ou de violence. Les faits de cette seconde nature sont qualifiés de *circonstances*, parce que, le délit existant, ils se placent, ils se groupent alentour (de *circum-stare*), en qualité de faits accessoires (de *ad-cedere*, mot qui contient une idée analogue), et en forment des modalités. — Ces circonstances peuvent être de nature soit à emporter aggravation (*circonstances aggravantes*), soit à emporter atténuation ou même, dans certains cas, exemption totale de peine.

1055. On dit aussi quelquefois *circonstances constitutives* : c'est qu'il s'agit alors de délits dont les éléments constitutifs sont complexes ; or, l'un d'eux étant considéré logiquement comme le fait principal, c'est par rapport à celui-ci que les autres sont qualifiés de circonstances, quoique la réunion de tous soit indispensable pour que le délit existe. Nous en donnerons pour exemple, entre tant d'autres, dans notre droit pénal français, l'adultère du mari, qui n'est érigé en délit par notre Code que lorsque le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale (Code pénal, art. 331) ; l'entretien de la concubine est logiquement le fait principal, mais la circonstance que cet entretien a eu lieu dans la maison conjugale n'en est pas moins une circonstance constitutive, car sans elle il n'y a plus délit puni par notre loi.

1056. Il y a cette différence capitale entre les premiers de ces faits, c'est-à-dire les faits, éléments ou circonstances constitutifs, et les circonstances emportant seulement aggravation, atténuation ou exemption de peine, que les premiers font partie intégrante et nécessaire du délit, puisque, l'un d'eux manquant, le délit cesse d'exister. Les autres, au contraire, sont des modalités accidentelles, favorables ou défavorables, qui peuvent s'y rencontrer ou ne pas s'y rencontrer.

1057. Enfin il peut arriver que, certaines circonstances particulières venant à exister dans un délit, le délit s'en trouve changé et transformé en un délit différent. Nous donnerons pour exemple le meurtre d'un enfant nouveau-né : cette circonstance que la personne intentionnellement mise à mort est un enfant nouveau-né change le crime de meurtre et le transforme en un crime d'un caractère particulier, l'*infanticide*.

Notez bien que, par cela seul que nous disons transformation, nous voulons dire que le délit primitif disparaît, absorbé qu'il est par le nouveau : ainsi, dans l'exemple que nous venons de donner, il n'y a pas deux crimes, un meurtre et un infanticide ; mais ce dernier crime absorbe et contient en soi le premier (1).

---

(1) Bien d'autres exemples analogues se présenteront dans notre droit pénal positif : — Un homme, même dans une intention d'usurpation immobilière, enlève ou déplace des bornes servant de séparation aux propriétés, délit de

La circonstance nouvelle produirait un effet bien différent si, constituant par elle-même un délit complet en soi, elle venait, tout en laissant subsister le premier, y en ajouter un second. Il y aurait, dans ce cas, non pas transformation, mais addition de délit. Par exemple, un voiturier charge sa voiture d'un poids excessif, contrairement aux règlements de police sur ce point : il y a contravention (Code pén., art. 475, n° 4). Par suite de cette surcharge la voiture verse, un voyageur est tué : nouvel incident, qui constitue un nouveau délit, celui d'homicide par imprudence ou inobservation des règlements (Code pén., art. 319), lequel, n'étant pas lié forcément dans son existence au premier, vient s'y joindre, mais sans le détruire. Il y a tout à la fois d'une part contravention, et d'autre part délit d'homicide par imprudence ; l'une a donné occasion à l'autre, mais leur existence est distincte.

1058. Dans quels cas une circonstance opère-t-elle transformation, dans quels cas aggravation seulement ou atténuation, dans quels cas enfin addition de délit ? Le problème est très-important dans ses conséquences, soit pour la pénalité, soit pour la compétence des juridictions, soit pour la procédure : il repose, avant tout, sur l'étude attentive des conditions d'existence, c'est-à-dire des faits ou éléments constitutifs de chaque délit. On voit par là que c'est dans la partie spéciale du droit pénal, à propos de chaque délit considéré en particulier, que cette étude doit venir. Cependant il est quelques notions générales qui dominent l'ensemble de tous les délits, et que nous devons donner ici.

§ 1. Des faits constitutifs.

1059. Il n'y a pas de doute que ce ne soit à la science pure à signaler au criminaliste théoricien et au législateur travaillant à la confection de la loi quels sont, à l'égard de chaque délit, les

---

police correctionnelle, puni d'emprisonnement et d'amende (C. pén., art. 389) ; mais s'il l'a fait pour commettre un vol, c'est-à-dire afin de parvenir à opérer quelque soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, crime puni de la réclusion (C. pén., art. 389). — Un homme falsifie des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses destinées à être vendues, délit de police correctionnelle, prévu aujourd'hui par l'article 1er de la loi du 1er avril 1851, et puni des peines portées par l'article 423 du Code pénal ; ces substances ou denrées contiennent des mixtions nuisibles à la santé, délit plus grave, puni de peines plus sévères, suivant l'article 2 de la même loi de 1851. La différence était encore plus grande dans le système du Code pénal de 1810, avant cette loi de 1851 : le premier fait (restreint au cas de boissons) n'était qu'une contravention de simple police (C. pén., art. 476, n° 6), tandis que le second était un délit de police correctionnelle (art. 318). — Un homme détient dans son magasin de faux poids ou de fausses mesures, contravention de simple police (C. pén., art. 479, n° 6) ; il fait usage de ces faux poids ou de ces fausses mesures, délit puni de peines correctionnelles (art. 318). — Le second délit, dans tous ces exemples, absorbe et contient en soi le premier, et il en est ainsi même au dernier cas par nous cité, parce que l'usage de faux poids emporte et contient en soi forcément l'idée qu'on a à sa disposition ces faux poids.

faits qui rationnellement devraient être posés comme faits constitutifs de ce délit, c'est-à-dire comme indispensables pour qu'il fût permis de dire que ce délit existe. Mais, comme, d'un autre côté, c'est aussi un principe de raison supérieure qu'il n'y a de faits susceptibles de tomber sous le coup de la justice pénale humaine que ceux qui ont été à l'avance définis et frappés de peine par la loi (ci-dess., n^os^ 571 et suiv.), il suit de là que, dans la pratique de cette justice, la détermination des éléments constitutifs de chaque délit est, avant tout, une question de texte, de définition légale.

Spécialement, quant à nous, pour le fonctionnement de notre pénalité, de quelque délit qu'il s'agisse, la règle générale pratique sera celle-ci : reportez-vous à la définition donnée par la loi, étudiez, analysez avec soin cette définition, et faites-en sortir tout ce qui est condition *sine qua non* de l'existence du délit : ce sont là les faits et éléments constitutifs.

1060. La source de ces conditions ou éléments constitutifs ne peut être que dans les uns ou les autres de ces nombreux éléments de toute nature, soit physiques, soit métaphysiques, qui peuvent entrer dans la composition d'un délit, et dont nous avons déjà parcouru la série. Rarement le délit ne sera formé que d'un seul fait constitutif ; le plus souvent ces faits constitutifs seront multiples, en plus ou en moins grand nombre. On en trouvera qui seront assis sur la qualité ou sur l'état des personnes, soit de l'agent, soit du patient du délit ; d'autres sur le fait en lui-même ; quelquefois sur les circonstances qui auront précédé, accompagné ou suivi le fait ; sur les moyens ou sur les modes de préparation ou d'exécution ; sur le temps, sur le lieu, sur les suites que le fait aura eues et sur le mal qu'il aura produit. Car de tout cet ensemble peuvent sortir également, suivant les cas, soit des éléments constitutifs, soit des causes d'aggravation ou d'atténuation.

1061. Cette détermination des faits ou éléments constitutifs en droit écrit n'offrira le plus souvent aucune difficulté : la lecture et l'analyse attentives du texte législatif y suffiront. Cependant des doutes et certaines confusions peuvent surgir en quelques cas. — Il n'est guère possible que la confusion s'établisse entre les faits constitutifs d'une part et les circonstances emportant atténuation ou exemption de peine de l'autre : la nature de ces deux sortes de faits différents est trop directement opposée pour qu'on s'y méprenne. — Mais il n'en sera pas de même entre les faits constitutifs et les circonstances aggravantes : quelquefois on se trouvera porté à les confondre, et c'est contre une telle confusion qu'il faut se mettre en garde.

Les hésitations que susciteront nos textes législatifs à ce sujet proviendront ou de ce que le législateur n'aura pas, dans ses définitions, suivi exactement les données de la logique et celles de la science pure du droit pénal, ou de ce que ces données elles-

mêmes seront incertaines et soumises à controverse, ou de ce que les termes dont le législateur se sera servi seront ambigus, ou de ce que les délits seront voisins, séparés par des nuances difficiles à apercevoir, ou bien les circonstances nombreuses, compliquées ou variables, affectant tantôt un caractère et tantôt un autre. Quelques exemples principaux sont nécessaires pour aider les esprits à sortir de ces difficultés.

1062. Suivant la logique, l'homicide commis intentionnellement, c'est-à-dire avec intention de donner la mort, que nous appelons dans notre langue juridique *meurtre*, est un crime type, susceptible de se nuancer de diverses manières, par des circonstances variées : par la préméditation ou le guet-apens ; — par la qualité d'ascendant, — ou par celle de nouveau-né, en la personne mise à mort ; — par un mode particulier de le commettre, le poison. Ces circonstances sont-elles uniquement des circonstances aggravantes du crime de meurtre, ou bien sont-elles des circonstances constitutives d'autant de crimes distincts, dans lesquels celui de meurtre viendrait se transformer et s'absorber ? C'est ce qu'il s'agit de décider.

1063. Il ne suffit pas, pour trancher dans la décision, de faire observer que chacun de ces faits a reçu et porte un nom spécial : l'assassinat, le parricide, l'infanticide, l'empoisonnement ; cette variété de dénominations ne prouve rien quant à notre difficulté, car elle peut fort bien s'appliquer à des variétés aggravées du meurtre non moins qu'à des crimes distincts : c'est par les éléments mêmes de la criminalité, *en droit rationnel, et par le texte des articles de notre Code, en droit positif, mais non par des mots, que la question doit être jugée.*

1064. En droit rationnel, nous n'hésiterons pas à dire que la préméditation, le guet-apens, même la qualité de père dans la personne mise à mort, ne sont que des circonstances aggravantes du meurtre ou homicide intentionnel. Le fait principal mis à la charge de l'accusé est le meurtre : que la circonstance accessoire existe ou n'existe pas, ce crime n'en subsiste pas moins dans l'accusation, sans que les éléments de la criminalité en soient transformés : seulement le meurtre s'aggrave de cette circonstance, si circonstance il y a.

1065. Nous donnerons une décision inverse quant à l'infanticide, ainsi que nous nous en sommes déjà expliqué ci-dessus, au n° 1057, parce que nous sommes convaincu que les éléments de la criminalité sont ici tout autres. Les passions, l'intérêt, la situation y ont un caractère particulier. Le criminaliste, le législateur seraient hors de la vérité s'ils se bornaient à considérer ce crime comme un meurtre aggravé par cette circonstance que l'enfant est nouveau-né : cette circonstance opère une transformation. L'infanticide est, par toutes sortes de considérations, un crime à part, un crime *sui generis*. Si la circonstance manque, étant

prouvé que l'enfant n'était pas nouveau-né, il faut revenir à une toute autre accusation, à celle d'un meurtre prémédité ou non prémédité.

1066. Nous déciderons encore, en ce qui concerne l'empoisonnement, quoique par des motifs d'une autre sorte, qu'il y a ici incrimination particulière; que la circonstance du poison fait partie constitutive de cette incrimination, et non pas seulement partie aggravante. Qu'on veuille bien remarquer, en effet, que l'accusation n'est pas, en cas pareil, celle d'un meurtre en général, d'un meurtre commis d'une manière quelconque, plus une circonstance pouvant s'y rencontrer ou ne pas s'y rencontrer. L'accusation est uniquement celle d'un meurtre commis de telle manière particulière : si cette manière manque, il ne reste rien de l'accusation, à moins qu'on ne la reprenne sous une autre face, en y substituant celle d'un meurtre en général, prémédité ou non prémédité. Tout ce raisonnement, en définitive, est fondé sur cette vérité incontestable, que la spécialité ne contient pas en soi la généralité. Le législateur pourrait bien ne pas distinguer cette manière de donner la mort de toute autre, mais, dès qu'il la distingue, il en fait une spécialité.

1067. En notre droit positif, les trois articles de notre Code pénal relatifs à l'assassinat, au parricide et à l'infanticide, sont rédigés tous les trois dans des termes analogues, qui par eux-mêmes ne sauraient commander la décision (1). Mais cette rédaction ne fait aucun obstacle à l'application des principes rationnels, et nous sommes d'avis, en conséquence, de décider : — 1° Que dans l'assassinat, les éléments constitutifs sont l'homicide commis volontairement ; et la préméditation ou le guet-apens une circonstance aggravante ; — 2° Que de même dans le parricide, les éléments constitutifs sont l'homicide commis volontairement ; et la qualité de père ou de mère légitime, naturel ou adoptif, ou d'ascendant légitime en la personne mise à mort, une circonstance aggravante ; — 3° Mais que dans l'infanticide, les éléments constitutifs sont l'homicide commis volontairement et la qualité d'enfant nouveau-né en la personne homicidée.

La première et la troisième de ces décisions, c'est-à-dire celles qui concernent l'assassinat et l'infanticide, sont constamment suivies dans notre jurisprudence pratique, telle qu'elle est fixée surtout par les arrêts de notre cour de cassation. — Quant au parricide, nous devons reconnaître que la jurisprudence de cette cour, plus, suivant nous, par l'entraînement d'animadversion qui

(1) Art. 295 : « L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre. » — Art. 296 : « Tout meurtre commis avec préméditation ou de guet-apens est » qualifié assassinat. » — Art. 299 : « Est qualifié parricide le meurtre des pères » ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime. » — Art. 300 : « Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né. »

se soulève contre un pareil forfait, plus par des raisons de sentiment que par des raisons de logique et de droit pénal, voit dans ce crime non pas une variété aggravée du meurtre ou de l'assassinat, mais un crime spécial, dans lequel la qualité de père ou d'ascendant de la victime forme non pas circonstance aggravante, mais élément constitutif. Nous croyons toutefois qu'il serait difficile de casser une procédure qui aurait été assise sur l'idée contraire.

1068. En ce qui regarde l'empoisonnement, notre texte est tellement rédigé, et, par suite d'une tradition historique déjà par nous signalée (ci-dess., nos 1036 et suiv., 1046), il s'est tellement écarté des principes rationnels, qu'il n'y a pas à discuter. Le crime défini par l'article 301 de notre Code pénal est bien un crime tout particulier, dont les éléments constitutifs sont : 1° l'attentat, c'est-à-dire la simple tentative, le commencement d'exécution contre la vie d'une personne ; 2° l'intention homicide dans cette tentative ; 3° le fait que cette tentative a eu lieu par l'effet de substances pouvant donner la mort plus ou moins promptement : dispositions dont nous avons déjà exposé les conséquences diverses (ci-dess., nos 1028 et 1047).

1069. Si nous voulions continuer à parcourir dans les spécialités de notre droit pénal positif les exemples les plus saillants, susceptibles de donner lieu sur le point qui nous occupe à quelques méprises, nous pourrions encore démontrer comment, par des raisons tirées des éléments mêmes de la criminalité, et conformes d'ailleurs au texte de notre Code pénal, il faut bien se garder, dans le crime de celui qui par force, violence ou contrainte, aurait extorqué la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge (C. pén., art. 400), de voir un vol aggravé par la circonstance de violence ; mais comment cette sorte de violence, dont l'effet principal est d'agir par oppression de la volonté d'autrui, et d'arracher ainsi à cette volonté un certain acte, ce qui la fait qualifier d'extorsion (ci-dess., n° 815), transforme le vol, si vol il y a, en un crime spécial, ayant son caractère propre, dont elle forme un élément constitutif.

1070. Comment, de même, dans le crime de pillage il faut bien se garder de voir un vol aggravé par certaines circonstances de bande et de violence ; mais comment il y a là un crime spécial, dont les éléments constitutifs sont, dans le texte de notre Code : 1° qu'il y ait eu pillage ou dégât de propriétés mobilières ; 2° que ce pillage ou dégât ait été commis en bande ; 3° qu'il ait été commis à force ouverte (C. pén., art. 410).

1071. Mais un plus grand nombre d'exemples serait superflu quant aux notions générales que nous avons à donner ici. Nous nous bornerons à faire remarquer que plus d'une fois la même circonstance, ou une circonstance analogue, dans un même genre

de délit, formera, suivant le cas, tantôt une circonstance constitutive et tantôt une circonstance aggravante seulement. — Ainsi en est-il, dans le crime d'attentat à la pudeur, de l'âge de la personne contre laquelle cet attentat a été commis, suivant que l'attentat a eu lieu sans violence ou avec violence (1). — Ainsi en est-il, dans le crime d'incendie, des circonstances de lieux habités ou servant à l'habitation, ou d'édifice servant à des réunions de citoyens, suivant qu'il s'agit de l'incendie d'objets appartenant à l'incendiaire même, ou d'objets appartenant à autrui. Ainsi en est-il encore de la circonstance que l'incendie a occasionné la mort d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans les lieux incendiés au moment où il a éclaté, circonstance qui, s'il s'agit de l'incendie d'objets appartenant à l'incendiaire même, peut être tantôt une circonstance constitutive et tantôt une circonstance aggravante, suivant qu'il n'existe pas d'autre élément qui rende le fait punissable, ou qu'il en existe (2).

1072. Le crime d'incendie, tel qu'il est défini et réprimé par les dispositions de l'article 434 de notre Code pénal, offre une étude intéressante, mais compliquée, sur ce jeu et ces métamorphoses de circonstances multiples, se combinant l'une avec l'autre, et changeant souvent de caractère suivant ces combinaisons. Une telle étude peut être signalée comme un exercice utile, en notre droit positif, pour se rompre à la distinction de ce qui est constitutif ou de ce qui est simplement aggravant dans une incrimination. — Nous savons qu'il y a aussi dans les dispositions de notre Code à l'égard de ce crime cela de singulier, en opposition avec les données rationnelles de la science, mais en accord avec les traditions historiques de notre ancienne pénalité, que l'élément principal constitutif du crime n'y est pas le fait *d'avoir détruit par le feu*, mais simplement celui *d'avoir mis le feu*, c'est-à-dire le simple attentat, la simple tentative (ci-dess., nos 1048 à 1050). C'est un point sur lequel nous n'avons plus à revenir.

1073. La grande utilité pratique de distinguer soigneusement et avec exactitude ce qui est élément constitutif de ce qui est seulement circonstance aggravante se réfère, indépendamment des effets de pénalité, qui sont si différents, aux règles de la procé-

---

(1) C. pén., art. 331 : « Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans » violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins » de onze ans, sera puni de la réclusion. » L'âge est ici une circonstance constitutive. — Art. 332..... « Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, con- » sommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, » sera puni de la réclusion. — Si le crime a été commis sur la personne d'un » enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la » peine des travaux forcés à temps. » L'âge est ici une circonstance aggravante.

(2) Lire et analyser avec soin, pour en faire sortir ces diverses conséquences, qui s'y trouvent contenues, les dispositions de l'article 434 de notre Code pénal, sur les crimes d'incendie.

dure pénale, et notamment, ainsi que nous aurons occasion de l'expliquer plus tard, à la position des questions devant le jury.

§ 2. Des circonstances aggravantes.

1074. Les mêmes sources dans lesquelles se puisent les faits ou éléments constitutifs des délits divers sont aussi celles dans lesquelles se puisent les circonstances aggravantes (ci-dess., n° 1060).

1075. Parmi ces circonstances il en est qui sont telles, qu'elles doivent influer sur la culpabilité absolue : si bien que c'est le devoir du législateur de les prévoir et de les définir à l'avance d'une manière abstraite, en en marquant lui-même la conséquence pénale. C'est à des circonstances de cette nature que s'applique particulièrement, dans le langage technique de notre droit positif, le nom de circonstances aggravantes. Nous les trouvons formellement énoncées par les articles de notre Code pénal ou de nos autres lois de répression, et elles doivent toujours résulter d'un texte.

Il en est d'autres, au contraire, variables de cause en cause, difficiles à prévoir et à déterminer d'avance, qui ne sont de nature à influer que sur la culpabilité individuelle. Celles-là sont laissées entièrement à l'appréciation du juge, et l'effet en est renfermé uniquement, en ce qui concerne notre pratique judiciaire, dans les limites du *minimum* au *maximum*, si une telle latitude a été laissée au juge par la loi.

1076. Parmi les circonstances aggravantes de nature à influer sur la culpabilité absolue, et qui dès lors doivent faire l'objet des prévisions légales, il en est qui sont susceptibles de se produire avec leur effet aggravant dans tous les délits ou du moins dans une grande partie des délits. Elles appartiennent dès lors à la partie générale du droit pénal, le législateur peut les déterminer et en marquer l'effet dans cette partie générale, en décrétant que les délits seront aggravés dans telle ou telle proportion lorsqu'ils auront été commis avec telle ou telle circonstance. Ainsi ont procédé plusieurs Codes de pénalité des autres nations (1).

Mais notre Code pénal n'a pas suivi cette méthode. Nous n'y trouvons que deux sortes de circonstances aggravantes qui aient ainsi un certain caractère de généralité : — celle déduite de l'état de récidive du délinquant (C. pén., art. 56 et suiv.), dont nous aurons à traiter bientôt; — et celle déduite de la qualité de fonctionnaire ou officier public, qui aggrave, dans la proportion

(1) Le projet de Code portugais établit (art. 54 et suiv.) un grand nombre de circonstances aggravantes, qu'il divise en trois catégories, suivant qu'elles tiennent à l'état personnel du coupable, au degré d'alarme produit par le méfait, ou au dommage qui en résulte. Mais il faut avouer que quelques-unes de ces circonstances sont bien vagues. C'est ainsi que nous voyons figurer dans la seconde catégorie (art. 60, 19°) *la gravité du fait et de ses conséquences relativement à la morale et à l'ordre public.*

marquée par la loi, la peine des crimes ou des délits auxquels ce fonctionnaire ou officier public aurait participé étant chargé de les surveiller ou de les réprimer (C. pén., art. 198).

1077. Les autres sont toutes des circonstances aggravantes spéciales, que le législateur a marquées à l'occasion de chaque délit en particulier, et relativement à chacun de ces délits exclusivement. Elles appartiennent à la partie spéciale du droit pénal et se trouvent en grand nombre dans notre Code. Elles peuvent provenir ou de causes antérieures au délit, ou de causes concomitantes, ou de causes postérieures ; ces diverses causes rentrent toujours dans le cadre général déjà par nous indiqué ci-dessus, aux nos 1060, 1073 (1).

1078. L'effet des circonstances aggravantes ainsi prévues et déterminées par notre législateur étant une augmentation de peine, marquée aussi par la loi, il se peut que cette augmentation soit telle qu'elle fasse changer l'infraction de catégorie, faisant passer la contravention de simple police dans la classe des délits de police correctionnelle, ou le délit de police correctionnelle dans la classe des crimes. Les exemples de ce dernier changement sont nombreux ; le type le plus marqué en est dans ce qu'on appelle les vols qualifiés (C. pén., art. 381 à 386).

1079. Quelquefois l'effet aggravant est attaché non pas à une circonstance seule, mais à une réunion plus ou moins grande de circonstances diverses, de telle sorte que, l'une de ces circonstances manquant, l'effet aggravant n'a pas lieu. C'est aussi dans

---

(1) Nous en pourrons citer comme exemples les plus saillants :

Causes antérieures au délit : — Préméditation ou guet-apens (Code pénal, art. 232, 310 et 311) ; — crime antérieur au meurtre (art. 304).

Causes concomitantes : — Qualité ou état du délinquant : gardiens de scellés (art. 251 et 252) ; dépositaire public (art. 255) ; vagabonds ou mendiants (art. 281) ; ascendants, instituteurs, serviteurs à gages, fonctionnaires, ou ministres d'un culte, etc. (art. 333) ; pères, mères, tuteurs, etc. (art. 334) ; tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices (art. 350 et 353) ; domestique, homme de service à gages, ouvrier, compagnon ou apprenti, aubergiste, hôtelier, voiturier, batelier, etc. (art. 386, §§ 3 et 4) ; serrurier (art. 399) ; domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti (art. 408) ; ouvrier de la fabrique ou commis de la maison de commerce (art. 443) ; garde champêtre ou forestier ou officier de police (art 462) ; majorité de vingt et un ans ou au-dessus (art. 356).

Qualité ou état de la victime du délit : père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes (Code pénal, art. 312 et 317) ; âge au-dessous de quinze ans accomplis (art. 332).

Nombre des délinquants (art. 210, 211, 333, 381 à 388) ; en réunion (art. 276).

Faits, mode de préparation ou d'exécution (art. 208, 210 et suiv., 276 et 277, 343, 381 et suiv., 388).

Temps : nuit (art. 381 à 388) ; durée du délit (art. 342).

Lieu (art. 222 et 223, 275 et 276, 349 comparé avec l'art. 352).

Causes postérieures : — Crime ayant suivi le meurtre (art. 304) ; suites ou résultats préjudiciables produits par le délit (art. 169 et 170, 231, 309, 316, 317, 461).

les dispositions de notre Code pénal relatives aux vols qualifiés (art. 381 à 386), dans la combinaison très-compliquée et parfois mal mesurée des circonstances multiples énumérées dans ces dispositions, qu'on trouvera l'exemple le plus saillant de cette particularité.

§ 3. Des excuses.

1080. Après les causes d'aggravation du délit viennent les causes d'atténuation, soit qu'elles doivent avoir pour résultat une exemption totale de peine, ou seulement une diminution. — Ce point si important du droit pénal ayant passé par de grandes incertitudes, dans la formation graduelle de notre droit positif français, avant de se trouver arrêté comme il l'est en ce moment; ayant donné lieu dans la doctrine, dans les discussions ou autres travaux préparatoires de notre législation en ses diverses phases, et donnant lieu même encore aujourd'hui, dans les idées et dans le langage courants, à des confusions très-préjudiciables, nous croyons devoir en traiter, pour rendre ces confusions impossibles, d'abord suivant la science rationnelle, et ensuite suivant le droit positif et la jurisprudence pratique.

1° *Suivant la science rationnelle.*

1081. Il se présente ici, dans la langue générale du droit pénal, pour rendre à la fois la double idée dont nous avons à nous occuper, à savoir celle soit d'une exemption totale, soit d'une atténuation de peine, motivées sur certaines circonstances particulières du délit, un mot communément consacré à cet usage, le mot d'*excuse*.

1082. Si nous demandons à la philologie le sens véritable de ce mot, nous reconnaîtrons que, quelles que soient leurs origines premières, les deux expressions, accuser et excuser (*ad-cusare, ex-cusare*), accusation et excuse (*ad-cusatio, ex-cusatio*), ont indubitablement une source commune et se présentent, quant à l'idée, comme l'inverse l'une de l'autre. Si accuser c'est mettre en cause, excuser c'est mettre hors de cause (1). Comment le mot cause (*causa*) est-il entré dans la langue pour signifier un procès, un litige? N'est-ce pas parce qu'il s'agit dans un procès de rechercher, de débattre, de reconnaître la cause des faits déférés à la justice, la cause productrice du droit réclamé? Comment est-il arrivé qu'accuser, accusation, n'aient été employés qu'au criminel? serait-ce parce que dans un procès criminel accuser c'est

(1) Les Allemands ont la même formation, *an-klagen*, accuser, *die An-Klage*, accusation, de la préposition *an*, qui marque la direction comme *ad*, et du substantif *die Klage*, plainte, instance, cause. — Mais les mots inverses : excuser, *entschuldigen;* excuse, *die Entschuldigung*, y sont dérivés d'une autre racine : de la préposition *ent*, qui marque la privation, l'éloignement, et de l'adjectif *schuldig*, coupable.

soutenir que l'accusé est la cause génératrice, la cause efficiente et responsable des faits poursuivis (1) (ci-dess., nos 221 et suiv.)? Quoi qu'il en soit, ce que nous voyons hors de doute, c'est que *excuser* exprime philologiquement le contraire d'*accuser*, *excuse* le contraire d'*accusation*.

1083. Cependant, dans le langage ordinaire, les mots d'excuser, d'excuse, emportent le plus souvent l'idée d'une certaine culpabité qui reste, mais qu'on veut bien, par quelques considérations particulières, pardonner, mettre en oubli, ou du moins qui est fort mitigée. Une personne excusée est coupable, mais sa faute lui est remise ou fort atténuée. — C'est avec ce double sens que le mot d'excuse a passé dans la langue générale du droit pénal.

1084. Ici se présente une première et la plus grave des confusions contre lesquelles il importe dès l'abord de se prémunir. — On se fait très-bien et très-distinctement, au premier concept, l'idée d'une excuse emportant, à raison de certaines circonstances particulières, atténuation du délit, et par conséquent atténuation de la peine; il y a dans cette espèce d'excuse un caractère à part bien évident. Mais, du moment qu'il est question d'excuses entraînant exemption ou remise totale de peine, l'idée n'en est plus aussi nette, aussi distincte, et facilement notre esprit se reporte alors aux cas de non-culpabilité, avec lesquels il est tenté de confondre ces sortes d'excuses. C'est contre une telle méprise qu'il faut bien se mettre en garde. — Nous savons que les causes de non-culpabilité sont de deux sortes : elles proviennent ou de ce que l'agent ne réunissait pas en lui au moment de l'acte les conditions essentielles de l'imputabilité (absence de raison, contrainte), ou de ce qu'il avait le droit de faire cet acte (légitime défense, ordre ou autorisation de la loi); or dans le cas d'excuse rien de tout cela : l'acte incriminé est bien imputable à l'agent, cet acte n'est pas légitime, l'agent est reconnu coupable, le juge (si l'on est devant une magistrature d'office), le jury (si l'on est dans un pays et devant une juridiction où l'on procède par jurés) l'a déclaré tel; mais, quoique coupable, la loi, par des motifs exceptionnels, par exemple parce que le délit aura été commis contre certains parents, comme en cas de vol, ou en faveur de certains parents, comme en cas de recel de coupables, ou parce que le mal aura été réparé dans un certain délai, ou parce qu'il y aura eu certaines révélations, ou par des motifs analogues, ordonne qu'il ne soit prononcé contre lui aucune peine. — Nous emploierons pour qualifier cette sorte d'excuse une expression qui, dans

(1) Aussi Cicéron, Horace, Martial, pour dire s'excuser sur l'âge, sur le temps, sur les années, disent-ils : rejeter la cause sur....., etc. (*causari ætatem, tempus, annos*); aussi trouve-t-on quelque part dans les écrivains latins *causari* comme synonyme d'accuser, d'intenter un procès. La formation de notre mot *inculper* est analogue; les Latins ont même dit quelquefois *incusare* pour accuser.

la langue technique de nos Codes criminels français, rend parfaitement l'idée, nous la qualifierons d'excuse *absolutoire*. Dans les cas de non-culpabilité, l'accusé est *acquitté;* dans les cas d'excuse absolutoire, il est déclaré coupable, mais, attendu que la loi, vu les circonstances particulières reconnues dans le procès, veut qu'il ne soit prononcé aucune peine, il est *absous*.

Ainsi nous distinguerons, quant à l'effet qu'elles doivent produire, deux sortes d'excuses : les excuses *absolutoires* et les excuses *atténuantes*. Dans les unes comme dans les autres, il y a culpabilité (1).

1085. Il est une seconde confusion, quoique moins grave que la précédente, qu'il n'est pas sans intérêt non plus de relever. Tout en faisant la différence entre les cas d'excuse absolutoire et ceux de non-culpabilité, on dit quelquefois, précisément pour marquer cette différence, qu'il y a dans ces derniers cas *justification,* fait *justificatif* (ce à quoi semble se prêter l'acception vulgaire de ces termes), et l'on oppose alors les causes d'excuse aux causes de justification ou faits *justificatifs*. — Ce langage n'offre pas encore lui-même toute l'exactitude scientifique désirable. En effet, *justifier* c'est rendre juste ; il y a *justification* quand l'acte est démontré juste, conforme au droit : or, c'est bien ce qui arrive dans les cas de légitime défense, d'ordre ou d'autorisation de la loi (ci-dess., nos 426 et suiv., 466) ; mais non dans les cas de démence ou de contrainte. La folie, la contrainte ne donnent pas le droit de tuer, d'incendier; l'acte d'un homme fou ou d'un homme qui, cédant à la contrainte, en tue un autre, n'est pas un acte juste, un acte conforme au droit (ci-dess., n° 357) ; on ne peut pas dire avec exactitude que cet acte soit justifié : seulement l'imputabilité disparaît. — Ceux qui veulent mettre de la précision dans leurs idées et de la correction dans leur langage distingueront donc profondément : 1° les causes de non-imputabilité (absence de raison, contrainte) ; 2° les causes de justification (légitime défense, ordre ou autorisation de la loi) ; 3° les excuses absolutoires ou atténuantes : — les deux premières de ces catégories répondant aux cas de non-culpabilité, et la troisième aux cas de culpabilité.

1086. Par une transposition d'idée fort usuelle dans le mécanisme des langues, le mot d'excuse, qui indique l'exemption ou l'atténuation de peine, s'applique aussi au motif même de cette

(1) On a proposé de les distinguer (d'après le *Répertoire* Guyot, qui se réfère à notre ancienne jurisprudence, plus tard *Répertoire* Merlin, au mot *Excuses*) en excuses *péremptoires* et excuses *atténuantes*, en rangeant toujours sous la qualification d'excuses péremptoires les cas de non-culpabilité, tels que la démence, la contrainte, la légitime défense, l'ordre de la loi. Nous repoussons énergiquement ces confusions et ces dénominations qui y donnent lieu : combien d'obscurités et de malentendus n'ont-elles pas jetés dans les discussions, exposés de motifs ou discours préparatoires de nos Codes, dans nos traités de droit criminel et dans notre jurisprudence des arrêts !

exemption ou atténuation, au fait sur lequel l'exemption ou l'atténuation est fondée. Dans ce sens, *excuse* ou *circonstance* pourront s'employer l'un pour l'autre : on dira indifféremment, *circonstance absolutoire, circonstance atténuante,* comme synonyme d'*excuse absolutoire, excuse atténuante ;* quoique, à vrai dire, l'excuse soit l'effet et la circonstance la cause.

1087. Ces idées étant bien assises, nous aurons à reproduire, à peu de chose près, pour les excuses ou circonstances absolutoires ou atténuantes, les observations déjà faites (ci-dess., nos 1075 et suiv.) quant aux circonstances aggravantes.

1088. Ainsi, de la différence bien connue qui existe entre la culpabilité absolue et la culpabilité individuelle (ci-dess., n° 230) nous tirerons cette conséquence, qu'il faut distinguer dans les excuses celles qui sont de nature à influer sur l'une de ces culpabilités et celles qui ne peuvent influer que sur l'autre. — Celles qui doivent influer sur la culpabilité absolue, étant par cela même susceptibles d'être prévues et déterminées à l'avance d'une manière abstraite par le législateur, doivent faire l'objet d'une disposition spéciale de la loi, qui les définit et en marque l'effet. — Les autres, variables dans chaque fait et à l'égard de chaque personne, font partie de ces mille et mille nuances qu'il est impossible au législateur de fixer lui-même, et dont l'appréciation doit être forcément abandonnée au juge dans chaque procès, avec une latitude suffisante, dans la mesure de la peine qu'il est chargé d'appliquer, pour qu'il puisse en tenir compte équitablement (ci-dess., n° 1075).

Dans la première catégorie se rangent nécessairement toutes les excuses ou circonstances absolutoires; car au législateur seul il appartient de prescrire que dans tel cas donné il ne sera, par exception, appliqué aucune peine à la personne reconnue coupable. — Mais parmi les excuses ou circonstances simplement atténuantes, il y en a de la première comme de la seconde espèce.

1089. Ainsi encore il est des excuses ou circonstances, soit absolutoires, soit atténuantes, qui sont de nature à se produire avec leur effet dans tous les délits (comme, par exemple, l'excuse tirée du jeune âge d'un mineur qui est jugé cependant avoir agi avec discernement (ci-dess., nos 264 et suiv.), ou de se produire du moins dans un certain ensemble de délits (comme celle, par exemple, de la provocation par coups ou violences graves envers les personnes, ou des situations imparfaites de la légitime défense (ci-dess., nos 431, 446 et suiv.) : tandis que d'autres sont exclusivement propres à certains délits en particulier. — Les premières appartiennent à la partie générale du droit pénal, et le législateur doit procéder, quant à celles qu'il a à prévoir et à réglementer lui-même, en les définissant et en en marquant les effets d'une manière générale dans cette partie : c'est ainsi qu'ont fait plusieurs Codes étrangers de pénalité. Les secondes appar-

tiennent à la partie spéciale, et c'est à propos du délit auquel elles se réfèrent que le législateur, quant à celles qu'il doit prévoir et réglementer lui-même, en fait la détermination et en marque les effets (ci-dess., n° 1076).

1090. Ainsi, enfin, les excuses peuvent être fondées sur deux ordres de motifs ; sur des motifs de justice, la culpabilité est moindre ; ou sur des motifs d'utilité sociale, il est plus utile pour la société que la peine soit adoucie ou même remise en totalité. Ces deux ordres de motifs sont en accord l'un et l'autre, dans leur principe, avec le fondement, à double base, de la pénalité sociale (ci-dess., n° 188).

1091. Les premiers de ces motifs tiennent plus particulièrement à des faits antérieurs au délit ou concomitants, les seconds à des faits postérieurs.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

1092. La maxime de notre ancienne jurisprudence que les peines étaient quasi toutes arbitraires en ce royaume (ci-dess., n° 582) se prêtait largement à ce que les juges pussent tenir compte, dans la fixation de la peine qu'ils arbitraient, tant des circonstances aggravantes que des excuses ou circonstances atténuantes. A défaut de texte de loi, la jurisprudence construisait ses doctrines à cet égard, et le juge restait maître de l'application.

1093. Après la révolution de 1789 et dans le système pénal de la Constituante, un tel pouvoir prit fin. Les lois relatives à la police municipale et à la police correctionnelle, tant qu'il ne s'agissait que de délits relevant de l'une ou de l'autre de ces polices, fixèrent bien les peines par indication le plus souvent d'un *maximum*, quelquefois d'un *maximum* et d'un *minimum*, d'autres fois avec une addition facultative ; et ce fut en se renfermant dans la latitude qui lui était laissée par ces déterminations que le juge de police municipale ou de police correctionnelle put, en dehors des prévisions spéciales de la loi, apprécier lui-même les diverses circonstances soit aggravantes, soit atténuantes, et en tenir compte. Mais quant à la police de sûreté, pour les délits d'une gravité supérieure, jugés par jury, il est bien connu que le système d'une peine fixe, invariablement déterminée par le texte, fut adopté dans le Code pénal de 1791, et que le juge n'eut plus autre chose à faire que de s'y conformer.

Dès lors, en ce qui concerne le grand criminel, il n'y eut plus d'autre excuse ou circonstance atténuante que celles déterminées par le Code ; et ces circonstances ne sont qu'au nombre de deux : celle de la minorité de seize ans (C. pén. de 1791, 1re part., tit. 5, art. 1 et 3, ci-dess., n° 279), et celle de la provocation violente, en cas de meurtre (2e part., tit. 2, sect. 1, art. 9 et 10, ci-dess.,

n° 453). Cette dernière y est qualifiée en propres termes d'*excuse* (art. 9), ou d'*exception* (art. 10).

Quant aux excuses ou circonstances absolutoires, on peut, à la rigueur, en signaler comme une certaine idée dans trois articles du Code pénal de 1791 (1); mais, à vrai dire, ce fut une autre institution de l'époque qui permit au juge d'y avoir égard quelquefois. La loi de procédure criminelle de 1791 voulait qu'après les deux premières questions posées au jury : 1° si le fait était constant, 2° si l'accusé en était l'auteur, on arrivât à la série des *questions intentionnelles* (ci-dess., n° 399). C'était dans cette série que pouvaient venir se ranger, sans aucune détermination de la loi, pourvu qu'elles fussent de nature à se prêter à cette qualification de questions intentionnelles, quelques-unes des circonstances absolutoires invoquées par l'accusé. En cas de réponse favorable du jury, la conséquence devait être l'acquittement. On voit qu'on ne peut trouver là que d'une manière bien indirecte et bien imparfaite le caractère des excuses ou circonstances absolutoires, qui s'y trouvent confondues avec les causes de non-culpabilité, sans que le législateur ait pris le soin de les déterminer lui-même nettement (2).

1094. Le Code de brumaire an IV ne changea de système ni quant à la latitude ouverte au juge par certaines déterminations d'un *maximum* ou d'un *minimum* à l'égard des délits de police simple ou de police correctionnelle, ni quant aux peines fixes en matière de grand criminel, aux questions intentionnelles, à l'adoucissement accordé aux coupables mineurs de seize ans, ou à l'excuse atténuante résultant d'une provocation violente pour le cas de meurtre. — Seulement, dans un article final, tout en paraissant se référer à cette dernière prévision du Code pénal de 1791, le Code de brumaire an IV généralisa la disposition, et décréta que, lorsque le fait de l'excuse proposée par l'accusé aurait été déclaré constant par le jury, s'il s'agissait de meurtre, la peine serait modifiée conformément à l'article du Code pénal de 1791, et que, s'il s'agissait de tout autre délit, elle serait réduite à une

---

(1) *Code pénal de* 1791, 2e part., tit. 1, sect. 3, art. 25, relatif aux ministres, responsables des ordres donnés ou contre-signés par eux, lesquels « *pourront être admis à prouver que leur signature a été surprise* » ; — tit. 2, art. 16, relatif à l'empoisonneur qui, avant l'empoisonnement effectué ou découvert, aurait arrêté l'exécution du crime ; — art. 33, relatif au crime de bigamie, dans lequel « *l'exception de la bonne foi pourra être admise lorsqu'elle sera prouvée* ». — Tout cela devait trouver place dans la série des questions intentionnelles, et aboutir, en cas de réponse favorable, à l'acquittement.

(2) La loi en forme d'instruction du 21 octobre 1791, qui suivit la promulgation du Code pénal et de la loi de procédure criminelle, range bien dans la série des questions intentionnelles la question *d'excuse*, la prononciation que l'accusé est *excusable;* mais immédiatement, dans une note, elle restreint cette qualification d'excuse au cas de provocation violente en crime de meurtre, et se réserve d'en traiter séparément.

punition correctionnelle qui, en aucun cas, ne pourrait excéder deux années d'emprisonnement (1).

1095. Le Code de brumaire an IV n'avait-il en vue, dans cette disposition, que la seule excuse de la provocation violente déjà définie par le Code pénal de 1791, et voulait-il seulement étendre à tous les délits dans lesquels elle pourrait se rencontrer le bénéfice de cette excuse, que le Code pénal de 1791 avait à tort restreint, dans ses prévisions, au seul cas de meurtre (ci-dess., nos 453 et 454)? — Ou bien, au contraire, le Code de brumaire an IV avait-il pour but d'ouvrir à l'accusé, d'une manière indéterminée, la faculté d'invoquer en sa faveur tel fait d'excuse qu'il jugerait convenable de proposer, de telle sorte que, ce fait d'excuse étant reconnu constant par le jury et l'accusé déclaré *excusable*, les peines de tous les délits autres que ceux de meurtre fussent par cela même commuées en une simple punition correctionnelle? Voulait-il créer ainsi un moyen général de grande réduction dans les peines fixes du Code pénal, en permettant de prendre en considération des circonstances ou excuses atténuantes, qu'il laissait indéterminées et à l'appréciation du jury ou des juges? Il faut convenir que le texte n'est pas clair, et que même aujourd'hui, historiquement, le doute peut subsister.

1096. Quoi qu'il en soit, la dernière de ces deux interprétations est celle qui a été suivie dès l'abord le plus généralement dans la pratique des tribunaux criminels. Les accusés ont proposé pour excuse la misère, l'ivresse, la faiblesse d'esprit, un empire exercé sur eux et toutes autres circonstances dans lesquelles ils ont cru pouvoir puiser un effet atténuant. Le tribunal de cassation, où portait la parole comme procureur général le rapporteur même du Code de brumaire an IV, Merlin, a sanctionné lui-même cette interprétation en cassant des procédures qui s'en étaient écartées. — Cependant la multiplicité, l'insignifiance, la contradiction, quelquefois même (suivant le texte des arrêts de cassation) l'ineptie ou l'immoralité des faits invoqués comme atténuants, ont fait revenir sur ces premiers pas. On s'est demandé si, une fois le fait déclaré constant par le jury, c'était encore au jury à apprécier la portée de ce fait et à prononcer en conséquence que l'accusé était ou non excusable, ou bien si ce dernier droit était réservé aux magistrats. Là-dessus division de la juris-

---

(1) *Code des délits et des peines de brumaire an IV :*

De la manière dont les tribunaux criminels doivent prononcer lorsque les accusés sont déclarés excusables par les jurés.

Art. 646. « Lorsque le jury a déclaré que le fait de l'excuse proposée par l'accusé est prouvé, s'il s'agit d'un meurtre, le tribunal criminel prononce ainsi qu'il est réglé par l'article 9 de la section 1re du titre 2 de la seconde partie du Code pénal. — S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit la peine établie par la loi à une punition correctionnelle qui, en aucun cas, ne peut excéder deux années d'emprisonnement. »

prudence, arrêts en sens contraires de la cour de cassation (1). Finalement, cette cour arrivait à cette doctrine, que l'article 646 du Code de brumaire an IV n'avait pas l'étendue générale attribuée à tort à son texte, que nul n'avait le droit de créer des exceptions nouvelles, et qu'il ne pouvait être proposé au jury d'autres faits d'excuse que ceux déclarés tels par la loi. Mais la pratique criminelle était bien loin de la suivre uniformément dans cette doctrine, qui n'avait pas été la sienne d'abord, et un grand nombre d'arrêts rendus dans un sens opposé échappaient à sa censure. — Telles étaient les incertitudes et tels les embarras d'un système dans lequel, faute de précision suffisante, on rencontre confondues perpétuellement les causes de non-culpabilité avec les excuses absolutoires, celles-ci avec les excuses atténuantes, et parmi celles-ci, les excuses influant sur la culpabilité absolue à déterminer par le législateur avec les excuses influant sur la culpabilité individuelle à abandonner à l'appréciation du juge de la culpabilité dans chaque procès.

1097. Dans le système des Codes criminels de 1808 et de 1810 le jour commence à se faire en cette confusion. La détermination des peines par indication d'un *maximum* ou d'un *minimum* se trouve étendue des délits de police simple ou de police correctionnelle à un grand nombre de crimes; les questions intentionnelles sont écartées, remplacées, avec les deux questions qui les précédaient, par l'unique question complexe : « L'accusé est-il coupable ? » Quant aux excuses, l'article 65 du Code pénal, sanctionnant législativement la dernière doctrine de la cour de cassation, dispose en ces termes : « Nul crime ou délit ne peut être » excusé ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les cir- » constances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui » appliquer une peine moins rigoureuse (2). »

1098. Dès lors, le mot *excuse* prend dans notre droit pénal positif une signification technique et restreinte. Ce n'est plus, comme dans son acception générale, à toute circonstance absolutoire ou atténuante, tant à celles fixées par le législateur qu'à celles abandonnées à l'appréciation du juge, que ce mot s'ap-

---

(1) Cette question, dans la science pure, se résout par une distinction bien concluante : celle du cas où il s'agit d'excuses déterminées par la loi, et du cas où il s'agit d'excuses abandonnées à l'appréciation du juge de la culpabilité (ci-dessus, n° 1088).

(2) La discussion au conseil d'État sur ce changement de système s'est produite surtout à l'occasion des articles du Code d'instruction criminelle sur les questions à poser au jury, et la grande controverse quant aux excuses légales a été de savoir si la question, même touchant l'existence du fait, en serait soumise au jury, ou bien laissée à la décision des magistrats. Quelques réflexions, pleines de bon sens pratique, de l'Empereur, qui présidait la séance, déterminèrent le vote dans le sens du pouvoir du jury (C. inst. crim., art. 339), ainsi que le proposait la commission (Locré, tom. 25, p. 399, 462 et suiv., 496 et suiv.).

plique. Pour nous Français, dans le langage technique de notre loi et dans notre jurisprudence criminelle pratique, l'excuse n'est plus qu'une circonstance, absolutoire ou atténuante, spécialement définie par le législateur. La distinction entre les excuses ou circonstances atténuantes de nature à influer sur la culpabilité absolue, que le législateur par conséquent doit réglementer lui-même, et celles de nature à influer seulement sur la culpabilité individuelle, abandonnées forcément à l'appréciation du juge de cette culpabilité (ci-dess., n° 1088), n'en subsiste pas moins, mais les mots diffèrent pour les désigner, et cette différence des mots marque encore mieux la séparation des idées. Nous appelons *excuses* les premières, et nous réservons le mot de *circonstances atténuantes* pour les secondes, à l'appréciation desquelles il est pourvu d'une autre façon, et dont nous traiterons à part en la section suivante.

1099. Il semblerait résulter, au premier abord, des termes de notre article 65, et de l'opposition qu'on y remarque entre *excuser* et *mitiger la peine*, déclarer le fait *excusable* et permettre d'y appliquer *une peine moins rigoureuse*, que le législateur de 1810 n'aurait eu en vue sous le titre d'excuses que les excuses absolutoires. Mais, dans d'autres articles du même Code, art. 321 et suiv., précisément sous cette rubrique : « *Crimes et délits excusables, et cas où ils ne peuvent être excusés*, les mêmes mots reviennent comme désignant seulement des adoucissements de peine. Ainsi ils ont bien dans notre Code pénal l'une et l'autre signification, nous comptons bien en notre droit positif actuel, de même que dans la science rationnelle (ci-dess., n° 1084), tant des excuses *absolutoires* que des excuses *atténuantes* ; et c'est aux unes comme aux autres de ces deux sortes d'excuses que s'appliquent les dispositions du Code d'instruction criminelle, art. 339, 367, relatives aux questions à poser à ce sujet au jury, au vote, et aux conséquences de la déclaration (1).

1100. La distinction entre les excuses absolutoires et les causes de non-culpabilité est pareillement bien marquée en notre Code pénal, comme elle doit l'être en science rationnelle (ci-dess., n° 1084). Dans les cas de non-culpabilité notre Code pénal a dit : « Il n'y a ni crime ni délit. » (C. pén., art. 64, 327 et 328) ; dans les cas d'excuse absolutoire il y a crime ou délit, mais remise de

(1) Le rapporteur au Corps législatif, M. Riboud, signale bien ces deux sortes d'excuses, et il en donne des exemples ; il appelle les unes excuses *absolues* ou *péremptoires*, et les autres excuses *atténuantes* (Locré, tom. 29, p. 282).

M. Carnot (*Instruction criminelle*, sous l'art. 339, n° 10) qualifie les premières d'*exceptions péremptoires*, et il recommande de ne pas les confondre avec des excuses. Ce sont en effet des exceptions à la règle commune, mais qui ne s'en rangent pas moins sous le titre d'*excuses*, qu'il ne faut pas leur enlever. Cet auteur, précisément parce qu'il a voulu écarter ce titre, est conduit à des solutions qui sont bien loin d'être admissibles dans notre jurisprudence pratique.

la pénalité. Les premiers cas motivent cette réponse : « *non coupable,* » et emportent acquittement ; les seconds se réfèrent à cette réponse : « *coupable,* » et emportent absolution. La distinction est de grave conséquence en notre pratique criminelle, tant pour le fond que pour la forme, et particulièrement en ce qui concerne les questions à poser au jury.

1101. Prenant, comme on le fait habituellement, par figure de langage, la cause pour l'effet (ci-dess., n° 1086), nous pourrons faire sortir de toutes les observations qui précèdent cette définition de l'excuse en notre droit positif actuel : « L'excuse est un fait spécialement déterminé par la loi, qui, tout en laissant subsister un certain fond de culpabilité, a pour conséquence une diminution ou quelquefois même une exemption totale de peine ; » — différente en cela des causes de non-imputabilité ou de justification, par suite desquelles la culpabilité disparaît ; et différente des *circonstances atténuantes,* que notre loi abandonne à l'appréciation du juge ou du jury.

1102. Quant aux motifs sur lesquels elles sont fondées (ci-dess., n^{os} 1090 et 1091), si nous analysons, en notre droit positif, les divers exemples d'excuses édictées par notre Code pénal, nous pourrons les ramener aux idées suivantes.

Fondées sur les idées de justice (faits antérieurs au délit ou concomitants avec lui) : — minorité de seize ans, quand le mineur a agi avec discernement (C. pén., art. 67 et 69) ; — provocation par des coups ou violences graves envers les personnes, ou par quelqu'une des autres offenses énumérées dans la loi, ou bien situations incomplètes de la légitime défense (C. pén., art. 321 et suiv. ; — ci-dess., n^{os} 445, 446 et suiv.) ; — préjudice de même nature, que l'agent avait éprouvé lui-même, et dont il cherche à se couvrir, dans le cas de fausses monnaies reçues pour bonnes et remises en circulation après en avoir vérifié les vices (Code pén., art. 135) ; — certaines relations de parenté ou d'alliance entre l'agent et les personnes en faveur desquelles ou contre lesquelles le délit a été commis, dans les cas de recel de coupables de crimes (Code pén., art. 248) ou de vol entre ascendants ou descendants, ou entre conjoints (art. 380) ; — provocations ou sollicitations à commettre le crime dans le cas de pillage ou de dégâts de denrées à force ouverte et en bande (C. pén., art. 441).

Fondées sur des idées d'utilité sociale (faits postérieurs au délit) : — défaut de résistance à la première réquisition (C. pén., art. 100, 213) ; — révélations, arrestations procurées (1) (C. pén.,

(1) Il y a fort à mettre en doute la moralité de cette prime d'impunité offerte par la loi aux coupables pour prix de révélations faites ou d'arrestations procurées. La nature des crimes dont il s'agit, dangereux ou difficiles à découvrir, a fait conserver ici, par notre législateur moderne, ce moyen, dont les législations

art. 108, 138, 144, 213, 284, 285, 288); — mal réparé postérieurement, dans les cas d'évasion de détenus, s'ils sont repris ou représentés dans un certain délai (art. 247); de séquestration ou détention illégale, si la personne détenue ou séquestrée est mise en liberté dans un certain délai (C. pén., art. 343); de rapt d'une fille mineure, si le ravisseur a épousé la fille enlevée (Code pén., art. 357).

1103. Quant à l'étendue d'application qu'elles peuvent avoir, parmi ces excuses il y en a de générales pour tous les délits, ou du moins pour un certain ensemble de délits, et d'autres de spéciales pour tel ou tel délit en particulier (ci-dess., n° 1089).

Celles de la première catégorie sont peu nombreuses dans notre Code pénal; deux seulement peuvent y être comptées : — l'une, qui est classée dans la partie générale du Code, applicable à tous les crimes et à tous les délits de police correctionnelle, mais non, suivant nous, aux contraventions de simple police (ci-dess., n° 298), la minorité de seize ans (1) lorsqu'il est reconnu que le mineur a agi avec discernement (C. pén., art. 67 et 69; car, s'il a agi sans discernement, il n'est pas coupable, il est acquitté (ci-dess., nos 291 et suiv.). — L'autre, qui n'a qu'une certaine généralité plus restreinte, et dont notre Code n'a traité qu'en sa partie spéciale, la provocation par coups ou violences graves envers les personnes ou par quelqu'une des autres offenses énumérées dans la loi (C. pén., art. 321, 324, 325); comme aussi le fait de repousser pendant le jour l'escalade ou l'effraction de clôtures d'une maison ou d'un appartement habités, ou de leurs dépendances (C. pén., art. 322), cas particulier de légitime défense incomplète (ci-dess., nos 444 et 445).

Toutes les autres excuses édictées par notre Code ne sont que des excuses spéciales.

1104. Enfin, pour le détail des effets qu'elles produisent, soit quant à l'exemption (2), soit quant à l'atténuation de peine qui doit en résulter, c'est un point qui ne pourra logiquement venir qu'après que nous aurons traité des peines.

1105. Notre législateur pénal, après avoir décrété et défini, articles 321 et 322 du Code de 1810, l'excuse tirée de la provocation par coups ou violences graves envers les personnes, ou de l'escalade ou effraction pendant le jour, a ajouté dans l'article suivant cette disposition : « Le parricide n'est jamais excu-

---

d'autrefois ne se faisaient aucun scrupule d'user, et dont les législateurs anglais et américain usent encore trop largement.

(1) « L'influence de l'âge n'est elle-même au fond qu'une *excuse* d'après l'acception et le sens ordinaire de ce mot. » (*Rapport de M. Riboud au Corps législatif.* Locré, tom. 29, p. 281.) Notez que la minorité de seize ans constitue une excuse absolutoire, sauf renvoi sous la surveillance de la haute police, au cas de délit de vagabondage (Cod. pén., art. 271).

(2) C. pén., art. 247, 248, 357, 380. — Art. 100, 108, 138, 144, 213.

sable. » — Malgré la tournure absolue de cette formule, des distinctions importantes sont à faire.

1106. Nous n'avons pas besoin de dire qu'il ne s'agit en rien ici des causes qui font qu'une personne n'est pas coupable : ces causes prédominantes, qui vont de soi et qu'il n'est pas même au pouvoir du législateur de méconnaître (ci-dess., nos 298, 331, 365, 433 et 483), s'appliquent au parricide aussi bien qu'à tout autre crime ou délit. — Nul ne mettra cette vérité en doute quant à la démence, quant à la contrainte, quant à l'ordre de la loi avec commandement de l'autorité légitime; mais on l'a contestée pour ce qui regarde la légitime défense. Nous considérons cette controverse comme provenant de la confusion, malheureusement trop répandue entre ce qu'est la non-culpabilité et ce qu'est l'excuse, entre la légitime défense dont toutes les conditions sont complètes et la provocation ou la défense privée dont les conditions de légitimité sont incomplètes. Pour nous, qui avons nettement et fortement établi ces diverses nuances (ci-dess., nos 447 et suiv., 1084 et 1100), la question ne s'élève pas. Elle ne pouvait pas s'élever non plus sous le Code pénal de 1791, dont la rédaction n'offrait aucune ambiguïté (1). Or, le législateur de 1810 n'a pas voulu faire autre chose à cet égard que celui de 1791 : la disposition de l'article 423 s'applique aux cas de provocation ou de défense légitime incomplète dont il est question aux deux articles précédents. La loi refuse d'excuser l'irritation, l'entraînement passionné du fils qui, même en face de mauvais traitements, ou d'une agression dont il pouvait se garantir d'une autre manière, se laisse emporter jusqu'à donner la mort à son père. Mais que dirions-nous du fils qui, injustement et violemment attaqué par son père, mis en péril imminent, et réduit à cette extrémité unique ou de recevoir la mort ou de la donner, aimerait mieux périr, et périrait en effet de la main de son père plutôt que de se défendre à ce prix? Il a rempli un devoir; mais en le remplissant il a fait acte de vertu, acte de sacrifice, nous honorerons sa mémoire; or la loi ne peut pas commander la vertu et le sacrifice sous peine capitale (ci-dess., nos 357 et 606). Que serait-ce si c'était la vie de son enfant qu'il fallût sauver de la fureur de l'aïeul? que serait-ce si c'était une

(1) *Code pénal de* 1791, 1re part., tit. 2, sect. 1, art. 5 : « En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime et il n'y a lieu à prononcer aucune peine ni même aucune condamnation civile. » — Art. 6 : « L'homicide est commis légitimement, lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même et d'autrui. » — Art. 9 : « Lorsque le meurtre sera la suite d'une provocation violente, *sans toutefois que le fait puisse être qualifié homicide légitime*, il pourra être déclaré excusable, et la peine sera de dix ans de gêne. — La provocation par injures verbales ne pourra, en aucun cas, être admise comme excuse de meurtre. » — Art. 10 : « Si le meurtre est commis dans la personne du père ou de la mère légitime ou naturel, ou de tout autre ascendant légitime du coupable, le parricide sera puni de mort, et l'*exception portée au précédent article ne sera point admissible*. »

fille n'ayant eu d'autre recours contre la consommation d'un horrible attentat que cette terrible extrémité? Soyez plus difficiles, soyez rigoureusement exigeants sur les conditions de légitimité de la défense privée, mais quand cette légitimité existe il n'est pas au pouvoir du législateur de l'effacer; la non-culpabilité et l'excuse sont deux choses distinctes.

1107. Nous ne mettons pas en doute non plus, et en cela nous sommes en accord avec l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence pratique, que les dispositions de notre Code pénal relatives à la minorité de seize ans (art. 66 et 67) ne soient, malgré les termes absolus de l'art. 323, applicables au parricide comme aux autres crimes. Cette minorité, quand le mineur est reconnu avoir agi avec discernement, est une sorte d'excuse sans doute, mais tout le monde convient que le législateur ne l'a pas eue en vue dans l'article 323, lequel se réfère uniquement aux excuses dont il s'agit sous la rubrique à laquelle il se rattache.

1108. Nous allons même plus loin: nous soutenons qu'il ne se réfère qu'aux deux cas d'excuse mentionnés aux deux articles qui le précèdent; et nous refuserions de l'étendre, bien que la question soit certainement beaucoup plus douteuse, au cas prévu à l'article qui suit (1). Sa disposition ne signifie donc autre chose pour nous que ceci : « Le parricide ne sera jamais excusable pour les causes énoncées aux articles 321 et 322. »

1109. Notre Code pénal a décrété, en ce qui concerne les époux, quelque chose d'analogue, art. 324 : « Le meurtre com- » mis sur l'époux par l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, » n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a » commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment » même où le meurtre a eu lieu. » Bien qu'il y ait là une rédaction vicieuse, qui prête à l'équivoque, nous interpréterons cet article dans le même sens que le précédent. Ainsi, il ne doit pas être entendu de la légitime défense dont les conditions sont complètes; il doit l'être seulement du cas de provocation, ou de défense imparfaite dans ses conditions de légitimité (C. pén., art. 321 et 322), telle que la défense excessive, ou la défense quand il existait un autre moyen de recours (ci-dess., nos 430 et suiv.). Le Code a certainement voulu moins accorder ici au lien conjugal qu'au lien de paternité : cette provocation ou cette défense légitime incomplète n'excuseront jamais le parricide; mais elles excuseront le meurtre de l'un des conjoints par l'autre si la vie de celui-ci avait été mise en péril au moment du meurtre. L'irritation qu'il aurait éprouvée d'un tel péril, la réaction exagérée à laquelle il se serait laissé emporter sans cette nécessité absolue qui constitue la légitime défense, l'excuseront et feront diminuer

(1) Cas d'un ascendant surpris en flagrant délit d'adultère (art. 324), comme une cause célèbre du barreau de Naples nous en a offert le triste exemple.

la peine dans le cas d'un pareil péril seulement ; mais non dans les autres (1).

1110. Enfin on s'est demandé encore si le bénéfice des excuses est applicable ou non aux contraventions matérielles, autrement dites délits non intentionnels (ci-dess., n° 646) ; mais nous ne voyons pas là une question bien posée. S'agit-il, en effet, des excuses spéciales, tout dépend du texte de la loi, le principe tant pour les délits intentionnels que pour les contraventions non intentionnelles est le même, à savoir, qu'il n'y a pas d'autres excuses que celles formellement édictées par la loi (C. pén., art. 65 ; — conférez avec les nos 642, 643 et 644, ci-dess.). — S'agit-il des excuses générales, la question ne peut s'élever que pour celle tirée de la minorité de seize ans ; il fallait donc la poser tout simplement ainsi : « L'excuse tirée de la minorité de seize ans s'applique-t-elle aux contraventions non intentionnelles ? » Or, dans ces termes, nous avons déjà donné la solution tant pour les contraventions punies de peines correctionnelles que pour celles de simple police (ci-dess., nos 298 et 645).

§ 4. Des circonstances atténuantes.

1111. L'existence de circonstances de toute nature, en dehors des prévisions abstraites du législateur, qui dans chaque fait et à l'occasion de chaque personne peuvent faire varier la culpabilité individuelle, nous est bien connue (ci-dess., nos 230, 1088) ; nos études des divers éléments du délit l'ont mise en saillie pour ainsi dire à chaque page de ce traité. Il peut s'en présenter d'aggravantes ou bien d'atténuantes, le juge seul de la culpabilité est en mesure de les apprécier dans chaque cause : d'où il suit que la loi pénale sera imparfaite si elle ne donne, dans l'application de la

(1) Je prie qu'on ne s'arrête pas, dans l'art. 324, à une rédaction vicieuse, ni à quelques phrases des exposés de motifs ou des discours officiels devant le Corps législatif. Malgré le respect dû aux hommes éminents de qui ils émanent, on ne peut s'empêcher de dire que ces discours, surtout en fait de droit pénal, n'ont été souvent que de la paraphrase ou de la rhétorique. C'est à la jurisprudence pratique, nourrie aux données sévères et concordantes de la science, à corriger ces écarts, à éclairer ces obscurités d'expression ou d'idée, quand le système général du Code d'ailleurs le commande. L'opinion que nous soutenons ici, malgré l'ambiguïté des termes de la loi, qui tient à des confusions malheureusement trop répandues, se démontre matériellement. Quand il y a légitime défense « *il n'y a ni crime ni délit* » (C. pén., art. 328) ; donc il n'est pas question d'excuse. Le jury a répondu *Non coupable ;* donc il n'y a pas de question d'excuse à résoudre. Mais s'il a répondu *Coupable,* alors seulement arrive la question d'excuse. Cette question, fondée sur la provocation (art. 321), ou sur l'escalade ou l'effraction durant le jour (art. 322), n'aura pas dû être posée s'il s'agit d'un parricide (art. 323) ; elle n'aura dû l'être, s'il s'agit du meurtre d'un époux par son conjoint, qu'avec la mention que la vie de celui-ci avait été mise en péril au moment du meurtre (art. 324).

peine, une certaine latitude suffisante pour tenir compte de ces nuances (1).

1112. Nous savons comment, dans notre ancienne jurisprudence française, le principe des peines arbitraires allait au delà du but en abandonnant au juge même ce qui aurait dû être la tâche du législateur; — comment, dans le système pénal de 1791 et de brumaire an IV, il fut pourvu jusqu'à un certain point à la nécessité que nous signalons, mais seulement en ce qui concerne les délits de police simple et de police correctionnelle, par l'indication le plus souvent d'un *maximum*, quelquefois d'un *maximum* et d'un *minimum*, ou bien d'une addition facultative de peine, ce qui laissa au juge de police simple ou correctionnelle un certain espace pour se mouvoir; les crimes d'ailleurs étant soumis à des peines fixes; — et comment enfin, dans le Code pénal de 1810, cette latitude entre un *maximum* ou un *minimum* de peine se trouva ouverte même à l'égard d'un certain nombre de crimes (ci-dess., nos 1092. 1093, 1094, 1097).

1113. C'est à cette latitude que le juge doit recourir d'abord, toutes les fois qu'elle existe, pour tenir compte d'office, dans la mesure qu'il estime convenable, des causes nombreuses d'aggravation ou d'atténuation que la loi n'a pas réglementées elle-même, et qui peuvent se présenter à lui dans chaque procès. C'est à ce recours que nous l'avons renvoyé constamment en semblable occurrence (2).

1114. Mais là-dessus deux difficultés :

En premier lieu, il y a des cas dans lesquels ce recours fait défaut, notre Code pénal ayant procédé, non pas par indication d'un *maximum* ou d'un *minimum*, mais par l'établissement d'une peine fixe. Cela se présente quelquefois, très-rarement, il est vrai, pour les délits de police correctionnelle (3), mais très-fréquemment pour les crimes : c'est même la règle constante et systématique de notre Code dans tous les cas de peine de mort ou de peine perpétuelle (4), c'est-à-dire dans les cas précisément les plus graves, où l'esprit de justice peut se trouver le plus facilement porté à reculer devant la grandeur de la peine, si, quelles

---

(1) Nous ne saurions approuver le système du projet de Code portugais, qui pose un grand nombre de circonstances atténuantes, et déclare ensuite qu'elles ne sont pas limitatives (art. 55). Pourquoi s'écarter de la langue usuelle et confondre ainsi les excuses avec les circonstances atténuantes?

(2) Le rapporteur au Corps législatif, M. Riboud, signale cette mission du juge, et il qualifie d'excuses *indirectes*, par opposition aux excuses *directes* ou *légales*, c'est-à-dire définies par la loi elle-même, « les circonstances et considérations qui peuvent décider les juges à réduire la peine de l'un des accusés du même crime au *minimum*, tandis qu'ils punissent l'autre du *maximum*. » (Locré, tom. 29, p. 282.)

(3) C. pén., art. 198, 281, 289.

(4) En outre, pour les travaux forcés à temps, C. pén., art. 118, 140, 332, 442; et pour la réclusion, art. 189.

que soient les variations de la culpabilité individuelle, cette peine reste inflexible et que rien ne puisse la faire mitiger.

En second lieu, même en présence d'un *maximum* et d'un *minimum*, il se peut faire que les nuances de la culpabilité individuelle sortent encore de cette mesure normale, et, que pour en tenir compte équitablement, il soit nécessaire de faire descendre même au-dessous du *minimum* commun la peine ordinaire.

Il est pourvu, dans notre Code pénal actuel, à l'une et à l'autre de ces difficultés au moyen de la déclaration, qui peut avoir lieu, qu'il existe en faveur du coupable individuellement *des circonstances atténuantes*, et au moyen des conséquences d'une telle déclaration.

1115. Cette institution des circonstances atténuantes, avant d'en venir au point où elle est parvenue aujourd'hui, a passé par diverses gradations, et nous en trouvons le germe dans différentes lois successives : — dans la loi du deuxième jour complémentaire an III, sur les conseils militaires, art. 20 (1) ; dans l'article 646 du Code *des délits et des peines* du 3 brumaire an IV (2), suivant le sens attribué à cet article et l'application qui en a été faite pendant longtemps dans la pratique des tribunaux criminels et dans la jurisprudence du tribunal de cassation ; car sous le nom d'*excuses*, proposées par l'accusé en dehors des prévisions du législateur, et sous la déclaration des jurés que l'accusé *était excusable*, il n'y avait rien autre que ce que nous appelons aujourd'hui *des circonstances atténuantes*, au moyen desquelles la peine des crimes, sauf celle du meurtre, se trouvait réduite à une punition correctionnelle (ci-dess., nos 1095 et 1096) ; — dans la loi du 27 germinal an IV, *contre toute espèce de provocation à la dissolution du gouvernement républicain, et tout crime attentatoire à la sûreté publique et individuelle*, art. 1er (3) ; — dans l'ancien article 463 du Code pénal de 1810 (4), qui accorda une certaine

(1) Art. 20 : « Le conseil prononcera, sur tous les délits non énoncés en l'article 14, les peines portées au Code pénal militaire ; il pourra cependant les commuer et même les diminuer, *suivant que le cas ou les circonstances en atténueront la gravité :* il ne pourra jamais les augmenter. » — Ce pouvoir n'a pas été transporté aux conseils de guerre permanents substitués plus tard aux conseils militaires. Il n'y en a plus aucune trace dans le Code pénal militaire de 1857.

(2) Voir le texte de cet article ci-dessus, page 486, note 1.

(3) Art. 1, paragraphe final : « La peine de mort mentionnée au présent article sera commuée en celle de la déportation, *si le jury déclare qu'il y a dans le délit des circonstances atténuantes.* »

(4) Ancien article 463 : « Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs ; et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

généralité à la théorie des circonstances atténuantes, mais seulement dans le cercle des délits de police correctionnelle, en permettant aux tribunaux correctionnels, à l'égard des délits dont le préjudice n'excéderait pas vingt-cinq francs, de réduire l'emprisonnement et l'amende au taux des peines de simple police, si les circonstances paraissaient atténuantes ; — dans la loi du 25 juin 1824, *contenant diverses modifications au Code pénal* de 1810, la première qui ait commencé, postérieurement à ce Code, à étendre au grand criminel le système des circonstances atténuantes, mais qui le fit d'une manière limitative, à l'égard seulement de certains crimes désignés par cette loi, et en attribuant le pouvoir de déclarer l'existence des circonstances atténuantes à la magistrature composant la cour, mais non au jury (1) ; — enfin dans la loi du 15 juillet 1829, *relative à l'interprétation de plusieurs dispositions des lois pénales militaires* (2).

1116. Tels étaient les précédents et tel l'état de notre législation pénale sur ce point, lorsque, dans la loi de révision de 1832, au moyen d'une nouvelle rédaction de l'article 463 du Code pénal, et d'une addition à l'article 483, une bien large application du bénéfice des circonstances atténuantes fut faite tant aux cas de crimes qu'à ceux de délits de police correctionnelle, et même aux contraventions de simple police (3).

---

(1) *Loi du 25 juin 1824*, art. 4 : « Les cours d'assises, lorsqu'elles auront reconnu qu'il existe des circonstances atténuantes, et sous la condition de le déclarer expressément, pourront, dans les cas et de la manière déterminés par les articles 5 et suivants, jusques et y compris l'article 12, réduire les peines prononcées par le Code pénal. » — Les crimes auxquels, en vertu des articles suivants, le bénéfice des circonstances atténuantes peut être appliqué sont l'infanticide, les coups ou blessures dont il est résulté une incapacité de travail de plus vingt jours, et diverses sortes de vols qualifiés. — En Belgique, c'est encore aux magistrats que la loi du 6 octobre 1867 confère le pouvoir de déclarer les circonstances atténuantes.

(2) Art. 1 : « Le vol des armes et des munitions appartenant à l'État, celui de l'argent de l'ordinaire, celui de la solde, celui des deniers ou effets quelconques appartenant à des militaires ou à l'État, commis par des militaires qui en sont comptables, sera puni des travaux forcés à temps ; en cas de circonstances atténuantes, la peine pourra être réduite, soit à la réclusion, soit à un emprisonnement de trois à cinq ans. — Si le vol a été commis par des militaires qui n'étaient pas comptables des deniers ou effets, la peine sera celle de la réclusion ; et en cas de circonstances atténuantes, elle pourra être réduite à un emprisonnement d'un à cinq ans. » — Voir aussi l'article 2 qui se réfère à cet article 1.

(3) *Code pénal*, art. 463, réd. de 1832 : « Les peines prononcées par la loi » contre celui ou ceux des accusés reconnus coupables, en faveur de qui le jury » aura déclaré des circonstances atténuantes, seront modifiées ainsi qu'il » suit :....., etc. — Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle » de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les circonstances paraissent » atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même en cas de réci- » dive, à réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours, et l'amende » même au-dessous de seize francs ; ils pourront aussi prononcer séparément » l'une ou l'autre de ces peines, et même substituer l'amende à l'emprisonnement, » sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »
Art. 463, rédact. de 1863 : « Si la peine prononcée par la loi, soit à raison

1117. En effet, le pouvoir de déclarer l'existence de circonstances atténuantes en faveur individuellement de chaque accusé reconnu coupable est attribué par cet article 463 et par l'article 341 du Code d'instruction criminelle (1) au jury dans tous les cas de crimes, une telle déclaration devant avoir pour effet obligé un abaissement de la peine ordinaire, dans les limites marquées par la loi. — S'il s'agit de délits de police correctionnelle ou de contraventions de simple police, le juge est chargé d'apprécier lui-même si les circonstances sont ou non atténuantes, et, dans le cas où elles lui paraissent telles, il est *autorisé* à abaisser les peines d'emprisonnement et d'amende même jusqu'au dernier niveau de la punition de simple police la plus légère. Nous verrons, en traitant des peines, que la loi du 13 mai 1863 avait restreint la faculté d'atténuation en ce qui touche les délits correctionnels, mais que cette loi a été elle-même abrogée par le décret du 27 novembre 1870.

1118. C'est une question capitale au sujet de cette institution que de savoir à quelles sortes de crimes, de délits ou de contraventions est applicable le bénéfice des circonstances atténuantes. — Est-ce seulement à ceux prévus et réprimés par le Code pénal, ou même à ceux prévus et réprimés par des lois spéciales? La question se trouve résolue par les textes mêmes du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

1119. En effet, à l'égard des délits de police correctionnelle et des contraventions de simple police, le texte s'en explique formellement : « Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et » celle de l'amende sont prononcées *par le Code pénal*, » dit l'article 463 ; — « L'article 463 du présent Code sera appli- » cable à toutes les contraventions *ci-dessus indiquées*, » dit l'article 483. — D'où il suit que ce bénéfice est restreint, en règle générale, aux délits ou contraventions régis par le Code pénal, et que, pour qu'il puisse être étendu à des délits ou contraventions régis par des lois particulières en dehors du Code, il faut que ces lois en aient donné l'autorisation expresse. C'est ce qu'ont fait,

---

» de la nature du délit, soit à cause de l'état de récidive du prévenu, est un empri- » sonnement dont le minimum ne soit pas inférieur à un an ou une amende dont » le minimum ne soit pas inférieur à cinq cents francs, les tribunaux pourront » réduire l'emprisonnement jusqu'à six jours et l'amende jusqu'à seize francs. » Dans tous les cas, ils pourront réduire l'emprisonnement, etc.

Art. 483, paragraphe final : « L'article 463 du présent Code sera applicable » à toutes les contraventions ci-dessus indiquées. »

(1) *Code d'instruction criminelle*, art. 341 : « En toute matière criminelle, » même en cas de récidive, le président, après avoir posé les questions résultant » de l'acte d'accusation et des débats, avertit le jury, à peine de nullité, que s'il » pense, à la majorité, qu'il existe en faveur d'un ou de plusieurs accusés recon- » nus coupables des circonstances atténuantes, il doit en faire la déclaration en » ces termes : « A la majorité, il y a des circonstances atténuantes en faveur de » l'accusé. »

depuis la révision de 1832 surtout, la plupart des lois spéciales, presque toutes contiennent quelque disposition conçue à peu près en ces termes : « L'article 463 (ou l'article 483) du Code pénal pourra être appliqué, etc. (1). » Si la loi particulière garde le silence, cette application n'est pas permise. Il eût été plus logique et plus commode législativement de renverser la règle, de telle sorte que le bénéfice des circonstances atténuantes pût avoir lieu, à moins de disposition spéciale qui le prohibât; car, rationnellement, c'est ce dernier cas qui est l'exception (2).

1120. L'ancien article 463 du Code pénal contenait deux autres

---

(1) Nous en citerons les exemples principaux : — Loi du 25 mars 1822, *sur la répression des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publicité*, art. 14; — loi du 10 décembre 1830, *sur les afficheurs et crieurs publics*, art. 8 ; — loi du 21 mars 1832, *sur le recrutement de l'armée*, art. 46 ; — loi du 16 février 1834, *sur les crieurs publics*, art. 2; — loi du 24 mai 1834, *relative aux détenteurs d'armes et de munitions de guerre*, art. 11 ; — loi du 21 mai 1836, *portant prohibition des loteries*, art. 3 ; — loi du 30 juin 1838, *sur les aliénés*, art. 41 ; — loi du 5 juillet 1844, *sur les brevets d'invention*, art. 44 ; — loi du 15 juillet 1845, *sur la police des chemins de fer*, art. 26 ; — loi du 19 juillet 1845, *sur la vente de substances vénéneuses*, art. 1 ; — loi du 7 juin 1848, *sur les attroupements*, art. 8 ; — décret du 9 septembre 1848, *relatif aux heures de travail dans les manufactures*, art. 5 ; — loi du 27 juillet 1849, *sur la presse*, art. 23 ; — loi du 16 octobre 1849, *relative aux timbres-poste ;* — loi du 3 décembre 1849, *sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France*, art. 9 ; — loi du 13 avril 1850, *relative à l'assainissement des logements insalubres*, art. 12 ; — loi du 2 juillet 1850, *relative aux mauvais traitements exercés envers les animaux domestiques ;* — loi du 19 décembre 1850, *relative au délit d'usure*, art. 6 ; — loi du 22 février 1851, *relative aux contrats d'apprentissage*, art. 21 ; — loi du 10 mars 1851, *tendant à la répression plus efficace de certaines fraudes dans la vente des marchandises*, art. 7 ; — loi du 30 mai 1851, *sur la police du roulage et des messageries publiques*, art. 14 ; — décret organique du 2 février 1852, *pour l'élection des députés au Corps législatif*, art. 48 ; — décret du 27 décembre 1852, *sur les lignes télégraphiques*, art. 13 ; — décret du 25 mars 1852, *sur les bureaux de placement*, art. 4 ; — loi du 10 juin 1854, *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage*, art. 6 ; — loi du 22 juin 1854, *sur les livrets d'ouvriers*, art. 14 — loi du 17 juillet 1856, *sur les sociétés en commandite par actions*, art. 13 ; — loi du 21 juillet 1856, *concernant les contraventions aux règlements sur les appareils et bateaux à vapeur*, art. 23; — loi du 23 juin 1857, *sur les marques de fabrique et de commerce*, art. 12 ; — loi du 4 juin 1859, *sur le transport par la poste des valeurs déclarées*, art. 5; — loi du 24 juillet 1867, *sur les sociétés*, art. 16 ; — loi du 27 juillet 1867, *relative à la répression des fraudes dans la vente des engrais*, art. 4; — loi du 11 mai 1868, *relative à la presse*, art. 15, qui ajoute toutefois : « Sans que l'amende puisse être inférieure à cinquante francs. » — Loi du 6 juin 1868, relative aux réunions publiques, art. 12.

(2) Il fut bien proposé par amendement, dans la discussion de la loi de révision de 1832, de généraliser la disposition : ce qui arrêta le législateur, ce ne fut pas la considération des lois spéciales à venir; car pour ces lois le pouvoir législatif restait toujours en mesure de formuler, en les décrétant, une exception s'il croyait l'exception nécessaire ; mais ce fut la considération des nombreuses lois antérieures, dont il était impossible à la Chambre, dit le garde des sceaux, de prendre connaissance, de déterminer les limites, de telle sorte que c'eût été voter sur l'inconnu.

restrictions, savoir : que le préjudice causé par le délit de police correctionnelle n'excédât pas vingt-cinq francs, et que le délit fût puni d'emprisonnement. Ces deux restrictions ont été supprimées dans la révision de 1832 : quel que soit le préjudice, le même pouvoir d'atténuation est conféré au juge ; et au cas d'emprisonnement a été ajouté celui d'amende, pouvoir bien large, qui, nous l'avons dit, a été modifié en 1863, puis rétabli dans toute sa plénitude en 1870.

1121. A l'égard des crimes, l'absence de restriction dans l'article 463 du Code pénal et la généralité des termes de l'article 341 du Code d'instruction : « *En toute matière criminelle*, le président avertit le jury, etc., » font voir suffisamment qu'il n'y a pas à distinguer si le crime a été prévu et puni par le Code pénal lui-même, ou par quelque loi particulière en dehors du Code : dans l'un comme dans l'autre cas, du moment qu'il s'agit de matières criminelles, le bénéfice des circonstances atténuantes est applicable (1).

1122. Non-seulement les circonstances atténuantes ne sont pas, comme les excuses, définies par le législateur ; mais notre loi n'exige pas même qu'elles soient précisées par le juge de la culpabilité, qui en est l'appréciateur. Ni le jury (s'il s'agit de crime), ni le juge (s'il s'agit de délit ou de contravention) n'ont à dire

(1) On a douté, dans la première faveur de la révision de 1832, si le bénéfice de l'art. 463 ne devrait pas être étendu même aux crimes militaires de l'armée de terre et de l'armée de mer. Cependant la jurisprudence, après quelque hésitation, s'était arrêtée à la négative ; et, entre autres raisons, on a donné celle-ci, qui était déterminante, savoir : que, le système des peines n'étant pas le même, il y aurait souvent impossibilité même matérielle à appliquer les réductions ordonnées par l'article 463. Aujourd'hui, il n'y a plus de question possible en présence du Code de justice militaire du 9 juin 1857, qui a introduit lui-même, non pas d'une manière générale, mais seulement dans certains cas spécialement déterminés (art. 248, 250 à 252, 254, 255, 257, 261, 263, 265), le bénéfice des circonstances atténuantes, en en marquant les effets, ainsi qu'on le voyait déjà dans la loi de 1829, citée ci-dessus, n° 1115, note 2. — Le *Code de justice militaire pour l'armée de mer*, du 4 juin 1858, a suivi le même système (art. 335 à 337, 343, 344, 346, 349, 454, 356, 358).

La raison que nous venons de donner cesse, et le changement de juridiction ne saurait entraîner un changement de pénalité, si c'est un crime commun qui, par quelque circonstance particulière, par exemple la qualité de militaire chez l'accusé, ou une mise en état de siége, se trouve déféré à la juridiction militaire. Cette juridiction, chargée alors d'appliquer les peines du droit commun, doit le faire avec le bénéfice de l'article 463, s'il y a lieu. — Cette décision se trouve législativement consacrée dans le *Code de justice militaire* du 9 juin 1857, article 198 : « Lorsque des individus non militaires ou non assimilés aux militaires sont traduits devant un conseil de guerre, ce conseil peut leur faire application de l'article 463 du Code pénal ordinaire. » — Article 267 : « Les tribunaux militaires appliquent les peines portées par les lois pénales ordinaires à tous les crimes ou délits non prévus par le présent Code, et, dans ce cas, s'il existe des circonstances atténuantes, il est fait application aux militaires de l'article 463 du Code pénal. » — Le *Code de justice militaire pour l'armée de mer*, de 1858, contient une disposition analogue, article 364.

dans quels faits, dans quelles considérations, en quoi enfin ils voient des circonstances atténuantes : ils se bornent à déclarer qu'il en existe. Le jury : « A la majorité, il existe des circonstances atténuantes en faveur d'un tel ; » le juge : « Attendu qu'il existe des circonstances atténuantes, etc. »

1123. Il ressort de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent que la destination rationnelle de cette institution est de fournir le moyen de tenir compte, dans chaque procès et à l'égard de chaque personne, des nuances variées de la culpabilité individuelle, lesquelles échappent aux prévisions du législateur. Sous ce rapport, l'institution, ou du moins quelque chose d'analogue conduisant au même résultat, est indispensable dans toute législation positive bien faite.

Mais en fait, historiquement, un autre motif a présidé encore, en 1832, à la détermination de notre législateur. Le bénéfice des circonstances atténuantes a été présenté dans l'exposé des motifs par le gouvernement, dans les rapports des commissions législatives et dans tout le cours de la discussion, comme un moyen de suppléer à l'impossibilité dans laquelle on se trouvait de tenter, pour le moment, une modification de toute notre législation criminelle ; comme une ressource pour étendre à toutes les matières la possibilité d'adoucir les rigueurs de la loi autrement que par une minutieuse révision des moindres détails (1) ; comme un expédient propre à éluder de très-graves difficultés, par lequel seraient résolues dans la pratique les plus fortes objections contre la peine de mort, contre la manière dont notre Code pénal a régi ce qui concerne la récidive, la complicité, la tentative (2) ; en un mot, comme une sorte de remède général aux imperfections de notre droit pénal positif, que notre législateur n'avait pas le temps de rectifier. — En d'autres termes, c'était le législateur se déchargeant sur le jury ou sur le juge de la tâche qui lui incombait à lui-même ; nous avons vu, quant à la tentative (n° 1034), les fâcheux effets de ce système.

1124. Notez la grande différence : — Si l'institution est exclusivement renfermée dans sa destination rationnelle, le jury ou le juge sont obligés, pour déclarer l'existence de circonstances atténuantes de motiver en fait, dans leur conscience, cette déclaration ; de se dire : il y a, en réalité, dans le délit, au profit de telle personne, *tel fait* ou *tel ensemble de faits* atténuant. — Si l'on arrive, au contraire, à la seconde destination, le jury ou le juge n'ont plus qu'à motiver en droit, dans leur conscience, la déter-

(1) Exposé des motifs, par le garde des sceaux.

(2) Rapport au nom de la commission de la Chambre des députés. — Et en effet, dans le cours de la discussion des autres articles de la loi de révision, plusieurs fois diverses propositions de modifications à faire à notre Code pénal n'ont été repoussées que par cette réponse : « Les circonstances atténuantes y pourvoiront. »

mination qu'ils prennent : « En réalité, il n'y a, dans le délit, au profit de telle personne, *aucun fait atténuant ;* mais en droit, suivant mon appréciation consciencieuse, la disposition de la loi pénale est trop rigoureuse, j'estime qu'elle a besoin d'être adoucie, je n'admets pas la peine de mort, ou telle autre raison semblable, et en conséquence, je déclare un mensonge, savoir : qu'il existe des circonstances atténuantes, quoiqu'il n'en existe pas ; ou bien, si l'on veut, la circonstance atténuante, c'est la nécessité, suivant moi, de corriger la loi. » — Ceci est bien en contradiction manifeste avec une autre règle de notre procédure pénale, à savoir : que le juré ne doit pas se préoccuper, pour former son verdict, de la peine prononcée par la loi ; qu'il manque à son premier devoir si, pensant aux lois pénales, il considère les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'il est appelé à faire (C. i. cr., art. 342). Mais cette règle de pure abstraction, trop opposée aux tendances inévitables de l'esprit humain pour être praticable en réalité, a été incontestablement abrogée dans l'esprit du législateur de 1832, en ce qui concerne les circonstances atténuantes (1). C'est le législateur lui-même qui a convié le jury à juger la loi et à pondérer sa déclaration en conséquence ; préférant une répression atténuée à des déclarations de non culpabilité, auxquelles le jury arriverait souvent, plutôt que de voir appliquer, par suite de son verdict, une peine excessive suivant lui.

1125. Depuis que cette institution s'est mise à fonctionner, un grand nombre d'esprits ont été portés à s'alarmer de la multiplicité des déclarations de circonstances atténuantes, et de la tendance qui a présidé souvent à ces déclarations, sans réfléchir que c'est le législateur lui-même qui a voulu cette tendance et qui en a imprimé le mouvement. — On s'est ingénié à proposer divers moyens d'y porter remède. Par exemple, celui d'obliger la défense dans ses conclusions, ou le jury dans sa déclaration, à préciser le fait invoqué ou reconnu comme atténuant ; en d'autres termes, à motiver en fait la déclaration des circonstances atténuantes : sans songer, indépendamment de beaucoup d'autres inconvénients (2), que dès lors le second but que s'est proposé le légis-

(1) Aussi a-t-elle cessé, du moins à Paris, d'être affichée dans la chambre du jury, ainsi que le prescrivait l'article 342 du Code d'instruction criminelle.

(2) En passant par-dessus la difficulté d'imposer à des jurés l'obligation de formuler leur déclaration, par-dessus la difficulté pour eux de démêler, dans une impression qui résultera souvent de l'ensemble de l'affaire, un fait précis auquel sera attribué exclusivement le caractère atténuant, et celle de s'accorder sur l'indication de ce fait ; en supposant que ce soit sur la défense qu'on rejette cette charge, on retombe précisément dans tous les inconvénients déjà expérimentés par la pratique de l'article 646 du Code de brumaire an IV (ci-dess., nos 1094 et 1095) : l'insignifiance, la bizarrerie, peut-être même l'immoralité de faits présentés et admis comme atténuants, quoiqu'ils ne le soient pas ; ou bien certains faits passant en formule banale et devenant comme de style pour éluder la

lateur lors de la révision de 1832 (ci-dess., n° 1123) cesserait de pouvoir être atteint ; — ou bien celui d'enlever au jury et de transporter aux magistrats le droit de déclarer l'existence des circonstances atténuantes : sans songer que c'est le pouvoir, maître de déclarer ou non la culpabilité, qui doit rester maître aussi d'en tempérer la déclaration ; qu'autrement le jury, incertain de ce que feront les magistrats, et remis en face des sévérités de la loi, qu'il craindra de voir appliquer rigoureusement, optera plus d'une fois pour l'acquittement, et que le but d'une répression plus efficace, quoique atténuée, sera encore manqué (1). — Sans doute l'abus est possible, l'abus existe dans certaines causes, et le législateur de 1832 ne s'était pas dissimulé qu'il en serait ainsi ; sans doute il vaudrait mieux, au lieu de recourir à un tel mode de modération ou de correction de la loi pénale, que ce fût le législateur lui-même qui eût rempli sa tâche ; mais, en l'état de notre droit pénal positif, nous considérons cette institution, telle qu'elle est, comme ayant été et comme étant encore chaque jour très-utile dans notre pratique ; nous aimons mieux, en somme, ce remède, même avec ses inconvénients, que s'il n'en existait aucun (ci-dess., n° 1025). — Enfin, à part même cet emploi de palliatif aux imperfections de la loi, destiné à s'amoindrir à mesure que la loi se perfectionnera, il reste toujours, il reste essentiellement à l'institution des circonstances atténuantes sa destination rationnelle, qui est de permettre au juge de tenir compte, dans chaque cause et à l'égard de chaque personne reconnue coupable, des mille et mille modalités des actions et des situations humaines, qui échappent forcément aux prévisions abstraites du législateur, et qui, en chaque crime, en chaque délit, viennent nuancer chaque culpabilité individuelle. Nous proclamons hautement que la justice distributive, si elle veut se tenir dans la vérité et dans l'exacte

---

difficulté ; ou bien l'autorité donnée aux magistrats d'admettre ou de rejeter la position des questions relatives à ces faits, ce qui serait détruire le système des circonstances atténuantes : inconvénients qui, déjà sous l'empire de l'article 646 du Code de brumaire an IV, avaient fini par conduire la pratique à poser quelquefois aux jurés cette seule question : « L'accusé est-il excusable? » sans préciser aucun fait (CARNOT, *Instruction crim.*, sous l'art. 339, n° 7), quoiqu'il y eût en cela une violation bien manifeste de la loi.

(1) Déjà l'empereur, présidant la séance du conseil d'État du 16 septembre 1808, dans la discussion animée qui s'éleva pour décider à qui du jury ou des magistrats serait attribué le pouvoir de prononcer sur l'existence ou la non-existence des excuses, faisait des observations semblables : « Le jury, disait-il, ne remplirait qu'à demi son ministère si, lorsqu'il existe tant de degrés dans les crimes, et que ces degrés dépendent des circonstances, il se bornait à une déclaration simple sur la culpabilité, etc. » — « Quand on ne soumettrait pas aux jurés les circonstances qui aggravent ou atténuent le crime, ils y auraient toujours égard pour former leur déclaration. Par exemple (exemple d'une circonstance aggravante)..... Mais alors qu'arrivera-t-il si on ne les fait pas voter spécialement sur cette circonstance ? Qu'ils absoudront l'accusé, par la crainte qu'on ne lui inflige une peine que, dans leur opinion, il ne mérite pas. » (LOCRÉ, tom. 25, p. 506 et 507 ; — ci-dessus, n° 1097, note 2.)

pondération des faits, ne peut se passer d'un tel pouvoir ; et nous considérons, à ce dernier point de vue, l'institution comme indispensable, sous une forme ou sous une autre, dans toute bonne législation.

La proportion des déclarations de circonstances atténuantes au nombre des accusés ou des prévenus reconnus coupables de crimes ou de délits a été constamment en croissant, de période en période, du moins pour les crimes, jusqu'aux derniers résultats constatés par nos statistiques. Il faut prendre comme point de départ pour les crimes l'année 1833, où commencent à se faire sentir les effets de la nouvelle attribution conférée au jury. Pour les délits nous pouvons remonter jusqu'à nos premières statistiques de 1826, sans oublier toutefois avec quelle parcimonie le Code de 1810 admettait les circonstances atténuantes. La proportion a été :

A l'égard des crimes (1) :

1833 à 1850, de.	68	sur 100
1851 à 1860, —	70	—
1861 à 1865, —	71,8	—

A l'égard des délits (2) :

1826 à 1830, de.	33	sur 100
1831 à 1850, —	49	—
1851 à 1860, —	58,5	—
1861 à 1865, —	56,7	—

Quant à l'efficacité de la répression, bien qu'il y ait ici un certain nombre de causes diverses qui se combinent, il est possible de dégager la part due à l'institution des circonstances atténuantes, et de voir, par les chiffres de la statistique, que cette institution a contribué indubitablement à rendre les déclarations de culpabilité pour crimes plus fréquentes (3).

1126. La règle de notre Code pénal, déjà par nous expliquée (ci-dess., n°s 1105 et suiv.), que le parricide n'est jamais excusable, n'empêche pas que des circonstances atténuantes ne puissent y être reconnues ; car *excuses* et *circonstances atténuantes*, en notre droit positif, sont deux choses distinctes ; et même dans ce crime énorme il n'est pas impossible que la culpabilité indivi-

(1) Voir le rapport précédant la statistique de 1860, p. XXXVII.

(2) *Ibid.*, p. LIV, et le rapport précédant la statistique de 1850, p. LX. — Les chiffres, pour les deux dernières périodes quinquennales, sont les suivants : 1856 à 1860, 59 sur 100; et 1861 à 1865, 56,7. Le chiffre s'est relevé à 60 en 1869. — Pour les crimes, le mouvement ascendant s'est toujours maintenu : le chiffre de 1869 est de 75 pour 100.

(3) Rapport précédant le compte général de 1850, p. XXXII. — La proportion des acquittements, qui était de 46 pour 100 en 1831, est redescendue à 33 en 1840. Le chiffre des accusations admises sans modification, qui n'étant que de 31 pour 100 en 1831, s'est relevé à 47 en 1836.

duelle varie. — Le jury, en fait, y déclare souvent l'existence de circonstances atténuantes ; la proportion de ces déclarations a été ici de 60 sur 100 accusés déclarés coupables de parricide, depuis 1833 jusqu'en 1850 ; durant les dix années suivantes (1851 à 1860) de 57 sur 100 et de 56 pour 100, de 1861 à 1865 : un peu moindre par conséquent qu'à l'égard des divers crimes pris tous ensemble, pour lesquels elle a été, ainsi que nous l'avons dit au numéro précédent, de 68 sur 100 jusqu'en 1850, de 70 sur 100 de 1851 à 1860, de 75 sur 100 aujourd'hui.

1127. Rien n'empêche logiquement que dans le même crime ou le même délit il y ait, à la fois, d'une part des circonstances aggravantes, d'autre part des excuses, et d'autre part, enfin, des circonstances atténuantes ; car chacun des éléments multiples dont peut se composer un délit y intervient avec son propre caractère, soit aggravant, soit atténuant ; l'un n'est pas exclusif de l'autre ; le problème pénal est alors d'en faire la combinaison.

Notre législateur de 1832 a prévu un cas pareil à propos de la récidive lorsque, dans l'article 341 du Code d'instruction criminelle à l'égard des crimes, dans l'article 463 du Code pénal à l'égard des délits de police correctionnelle, et dans l'article 483 du même Code à l'égard des contraventions de simple police, il a spécialement ajouté que le bénéfice des circonstances atténuantes pourrait être reconnu et appliqué *même en cas de récidive* (1).

1128. En ce qui concerne les effets d'atténuation et de modification de peine produits par l'existence de circonstances atténuantes, et la combinaison à faire de ces effets avec ceux des circonstances aggravantes ou des excuses lorsqu'il y a réunion simultanée de ces diverses modalités des délits, nous ne pourrons les exposer qu'après avoir traité des peines. — Et quant au détail des pouvoirs attribués à ce sujet aux diverses autorités judiciaires, c'est en traitant des juridictions et de leur compétence que nous aurons à nous occuper.

CHAPITRE VI

DU CORPS DU DÉLIT.

1129. Bien qu'il soit fréquemment question, chez les criminalistes et dans la pratique judiciaire, du *corps du délit*, l'idée qu'on s'en fait est tellement vague et les définitions qu'on en donne tellement divergentes, qu'il importe, pour en arrêter et en formuler exactement la notion, de nous reporter, suivant notre habitude, à l'origine des mots, aux enseignements de la philologie.

---

(1) Voir le texte de ces articles ci-dessus, nos 1116 et 1117, en note.

1130. Le mot de corps emporte l'idée d'une substance ou objet matériel : ce qui est matière et ce qui ne l'est pas, le *corporel* et l'*incorporel*, sont l'opposé l'un de l'autre. — Et comme les objets matériels qui s'offrent à nous dans la nature s'y présentent à l'état composé, le mot de corps emporte le plus souvent l'idée d'un certain ensemble formé par la réunion de diverses parties matérielles combinées ou liées plus ou moins étroitement entre elles.

1131. Les jurisconsultes romains n'ont pas failli, lorsque l'occasion s'en est présentée, à marquer cette distinction entre le matériel et l'immatériel, entre ce qui est un corps, c'est-à-dire un objet physique, et ce qui est un droit, c'est-à-dire une abstraction, en y employant précisément l'expression de *corpus*. C'est ainsi qu'Ulpien dit de celui à qui appartient un droit de passage qu'il a en son domaine, non pas le corps du lieu sur lequel on passe (*corpus loci*), mais seulement le droit de passer; et de celui qui demande l'exhibition d'un testament, qu'il faut distinguer s'il la demande seulement comme intéressé à cette production, ou comme prétendant avoir en sa propriété le corps même de l'acte (*corpora instrumentorum*) (1).

1132. Lors donc qu'on dit le *corps du délit*, on emploie une métaphore; on suppose que le délit, envisagé physiquement, a un certain ensemble d'éléments matériels plus ou moins liés entre eux, dont il se compose et qui lui forment comme un corps. Sans doute il n'y a pas de délit en dehors de la nature morale, en dehors des conditions métaphysiques qui constituent le droit, le devoir, la culpabilité; mais il n'y a pas d'homme non plus sans âme, ce qui n'empêche pas que l'homme ait un corps. Or, on dit le corps du délit comme on dit le corps de l'homme, en faisant abstraction, par la pensée, de la nature morale qui s'y trouve unie forcément. L'expression est prise au physique, pour désigner l'ensemble complet des éléments matériels dont se forme le délit.

1133. Tout délit, n'étant jamais qu'une certaine action ou inaction de l'homme à l'extérieur, a nécessairement en soi un élément physique, un corps matériel. — Ceux dont l'élément physique est le plus fugitif, par exemple les délits d'injures verbales, de cris séditieux, de tapages nocturnes, ne laissent pas que de l'avoir : ne fût-ce que la voix qui prononce ces injures ou ces cris, les ondulations de l'air mis en mouvement par cette voix, les sons ainsi produits qui frappent les oreilles; sans compter que le lieu, s'il s'agit du lieu public, le phénomène de l'heure nocturne, s'il

(1) « *Loci corpus* non est dominii ipsius cui servitus debetur; sed jus eundi habet. » (Dig. 8, 5, *Si servitus vindicetur*, 4, pr. Fr. Ulp.) — « Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat.... ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus qui *corpora sua dicunt esse instrumentorum* probandum est. » (Dig. 43, 5, *De tabulis exhibendis*, 3, § 5, Fr. Ulp.)

s'agit de la nuit, comme conditions constitutives ou aggravantes du délit, sont au nombre de ces éléments matériels et entrent dans la composition du corps du délit. — Même les délits d'inaction, qui ne consistent en apparence que dans une négation, dans un rôle d'inertie, ont ce corps physique manifesté au dehors par des phénomènes matériels. S'agit-il d'un service obligatoire, par exemple celui de juré, auquel on a manqué ? L'heure où ce service devait avoir lieu, la réunion des jurés au milieu desquels on a fait défaut, l'appel de son nom auquel on n'a pas répondu. S'agit-il de précautions qu'on aurait dû prendre et qu'on n'a pas prises, de livres ou journaux qu'on a fait paraître sans avoir fait les déclarations ou les dépôts d'exemplaires exigés ? Partout on trouvera cet ensemble plus ou moins considérable d'éléments physiques, ce corps matériel du délit.

1134. Le corps du délit, n'étant autre chose que l'ensemble de tous les éléments matériels qui entrent dans le délit, les comprend tous, aux trois temps qu'ils embrassent : au passé, au présent et au futur. Au passé, dans les actes, phénomènes ou éléments matériels qui ont précédé, en s'y liant, l'action même du délit, comme, par exemple, l'existence, ou la présence en tel lieu, ou l'état, antérieurement à ce délit, des objets sur lesquels s'est exercée cette action, ou des personnes qui y ont joué un rôle ; au présent, dans ceux concomitants avec cette action ; au futur, dans les résultats ultérieurs que le délit pourra avoir : par exemple, en cas de blessure, dans les conséquences plus ou moins graves, la maladie plus ou moins longue, la perte de quelque membre, ou la mort qui pourront s'ensuivre. — Le corps du délit comprend aussi, indépendamment des éléments matériels constitutifs, indispensables pour que le délit existe, tous les éléments matériels accessoires qui sont venus s'y joindre, soit avec un effet aggravant, soit avec un effet atténuant : par exemple, des effractions, emplois de fausses clefs, bris de clôture, réunions armées, et autres éléments physiques semblables. Ce ne sont pas, sans doute, les membres essentiels, la partie principale du corps du délit, mais ce sont des appendices matériels qui s'y lient, chacun avec son caractère propre.

1135. Cela étant, il est difficile qu'on puisse avoir sous les yeux ou sous les sens, en un même moment, tout le corps du délit. Cela n'arrivera que dans les délits composés d'éléments matériels fort simples et peu nombreux. L'instant le plus favorable pour saisir ainsi le corps du délit est celui du flagrant délit : encore même alors le corps du délit n'est-il embrassé que dans ses éléments au temps présent ; car le passé n'est pas sous les yeux, et le futur, qui peut en changer si notablement le caractère, dans le cas surtout de coups ou blessures, est encore à attendre. Après cet instant du flagrant délit, le corps du délit se met pour ainsi dire à se dissoudre. Les membres en sont disjoints, plusieurs déplacés,

altérés ou évanouis, de manière à ne plus se retrouver physiquement et à ne pouvoir être reconstruits que métaphysiquement, par le souvenir, par les témoignages, par les conjectures ou les raisonnements logiques. Il faut les rechercher, les rassembler et en recomposer, autant que possible, au moins intellectuellement, l'ensemble matériel, pour en faire la constatation.

1136. Les délits dont les éléments physiques disparaissent presque en totalité aussitôt ou peu après que l'acte a été commis étaient appelés dans l'ancienne jurisprudence, nous l'avons déjà dit, délits de fait transitoire, de fait passager (*facti transeuntis*); les autres, délits de fait permanent (*facti permanentis*) (ci-dess., n° 746). — Les vestiges matériels laissés par ces derniers peuvent être plus ou moins significatifs, plus ou moins probants quant à l'existence du délit. Ainsi, des pièces de monnaie fausses, un amas de poudre ou de tabac fabriqués en fraude, un acte authentique ou privé visiblement adultéré par un faussaire, des vins ou des denrées alimentaires altérés par des mélanges frauduleux que la science met à nu; l'écrit, l'affiche, le journal contenant les passages incriminés, le livre contrefait au mépris des droits de l'auteur, les arbres coupés en contravention et portant la trace récente de la hache ou de la scie dans une forêt, les tables de jeu, les cartes, les dés, la roulette, les mises et tout l'attirail des joueurs qui viennent de s'enfuir aux approches de la police dans une maison de jeu clandestin, ne laissent guère de place au doute sur l'existence matérielle du crime ou du délit. — L'objet prétendu volé trouvé en la possession d'un autre que le propriétaire, le cheval, le cabriolet prétendus dérobés trouvés en fourrière ou en dépôt dans une auberge, ou en vente sur un marché, ont aussi une signification concluante, mais pas autant que celle qui s'attache aux cas précédents. Il faut la corroborer par d'autres éléments physiques ou par des raisonnements tirés des faits, qui démontrent que les déplacements dont il s'agit ont été le résultat d'une soustraction frauduleuse. — Les blessures qu'un homme porte sur son corps, le cadavre présentant des traces de mort violente sont des éléments physiques bien importants du corps du délit, et toutefois ils laissent plus d'incertitude et demandent des recherches supplémentaires plus encore que ceux qui précèdent. D'où proviennent ces blessures? quelle est la cause de cette mort violente? y a-t-il eu accident, suicide ou homicide? cet homicide a-t-il eu lieu par imprudence ou à dessein? Les plaies, les mutilations que porte le cadavre sont-elles celles qui ont donné la mort; ont-elles été faites du vivant de la victime, ou bien après, afin d'égarer la justice, de cacher une autre sorte de crime, par exemple un empoisonnement? — Enfin dans ces divers cas, tant parmi les premiers que parmi les autres, n'y a-t-il pas délit simulé, ou y a-t-il eu délit en réalité? — Si l'on avait sous les yeux ou sous les sens le corps du délit en entier, aucun doute ne serait possible; les incer-

titudes viennent de ce qu'on n'a que des fractions, que des parties plus ou moins importantes de ce corps du délit.

1137. Cependant, par une figure de langage très-usuelle, on appellera fréquemment ces divers objets ou éléments physiques que nous venons d'indiquer le corps du délit, surtout s'ils en sont des parties importantes : à peu près comme on dira le corps de l'homme, bien qu'il manque à ce corps un pied ou un poignet, un bras ou une jambe, si les parties principales qui constituent le corps humain s'y trouvent. Cette acception du mot corps du délit appliquée non pas au tout, mais à certains objets, à des fractions plus ou moins considérables, est très-répandue parmi les criminalistes et dans la pratique judiciaire. Il ne faut pas oublier qu'au fond, c'est une acception impropre, dans laquelle la partie est prise pour le tout.

1138. Enfin dans une troisième acception, on va plus loin encore : « Le corps du délit, dit-on, n'est autre chose que l'existence même du délit. » Ici on sort tout à fait du cercle des idées dans lesquelles est puisé le mot de *corps ;* on passe des éléments physiques, matériels, à une idée abstraite, l'existence. C'est comme si l'on disait : « Le corps de l'homme n'est autre chose que l'existence de l'homme. » Je ne vois plus là qu'une occasion de confusion et d'obscurité. — D'Aguesseau a dit aussi, dans une cause restée célèbre, où dans ces sortes de questions s'agitait le sort d'un accusé (1) : « Le corps du délit n'est autre chose que le délit lui-même. » — Le délit considéré dans ses éléments physiques, d'accord ; comme si l'on disait : « Le corps de l'homme n'est autre chose que l'homme, » que l'homme physique, oui, mais non pas l'homme moral. De même le corps du délit, c'est le délit considéré dans l'ensemble des éléments matériels qui le composent ; à quoi, pour le compléter, il faut nécessairement unir les éléments moraux.

1139. D'Aguesseau ajoute à sa proposition : « Le corps du » délit n'est autre chose que le délit lui-même, dont l'existence » serait établie par l'attestation de témoins dignes de foi, concordant entre eux, et persévérant dans leurs dispositions, incapables de varier, et affirmant à la justice qu'un crime a été commis. » — J'en demande pardon, moins à la mémoire de l'illustre magistrats qu'aux criminalistes qui ont fait depuis un emploi traditionnel de cette citation, mais la manière de constater le corps du délit ne fait rien à la question de savoir ce que c'est que le corps du délit. Le corps du délit, ensemble des éléments matériels du délit, peut se constater de toute manière : par le spectacle, par le rapprochement, par la confrontation de ceux de ces éléments qui restent, comme aussi par les témoignages des personnes qui physiquement les ont eus sous leurs sens, ou en peuvent

(1) Affaire *de la Pivardière*, plaidoyer 51.

attester l'existence. Le spectacle matériel offre le genre de certitude propre à ce qui se voit, à ce qui se mesure, à ce qui s'apprécie physiquement, une certitude physique, voilà pourquoi il y faut recourir autant que possible; les autres modes de constatation offrent le genre de certitude dont ils sont susceptibles, une certitude métaphysique. Les uns et les autres sont admissibles, et la phrase de d'Aguesseau doit être prise comme ne signifiant pas autre chose que cette vérité; mais, qu'il soit constaté ou qu'il ne puisse pas l'être, qu'il le soit d'une manière ou qu'il le soit de l'autre, le corps du délit ne change en rien de nature pour cela.

1140. La notion de ce que c'est que le corps du délit intervient dans la pénalité à propos de la confiscation spéciale qui peut frapper, en certains cas, divers objets faisant partie du corps du délit. C'est ainsi qu'il en est question dans l'article 11 de notre Code pénal français, que nous aurons occasion d'expliquer plus tard. Le mot *corps du délit* est pris dans cet article en un sens restreint, pour certains objets matériels qui font partie du corps du délit, quoiqu'il n'en soient pas le tout (ci-dess., n° 1137).

1141. Cette notion est importante surtout dans la procédure, quant au système des preuves, et c'est ainsi qu'il en est question dans l'article 32 du Code d'instruction criminelle, qui veut que l'officier de police judiciaire qui s'est transporté sur les lieux y dresse les procès-verbaux nécessaires, « à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, etc. » Le corps du délit doit être pris ici dans un sens général, pour tout l'ensemble des éléments physiques du délit (ci-dess., n° 1134), ou du moins pour tout ce qui pourra encore en être saisi. Ce sont des points sur lesquels nous aurons à revenir en temps et lieu.

RÉSUMÉ DU LIVRE PREMIER

(PART. II, TIT. III.)

DU DÉLIT

DÉNOMINATION DU DÉLIT.

Le mot *délit* est tiré de la même figure que le mot *droit :* celle de la ligne droite. Dans son acception originaire et la plus étendue, il désignerait tout abandon, toute déviation de la ligne droite, ou, en d'autres termes, toute violation quelconque du droit. Dans l'usage, c'est une expression élastique, ayant différents sens plus ou moins étroits suivant la manière dont elle est employée.

Ainsi, en droit civil, cette expression *désignera*, suivant les idées communément reçues, tout fait préjudiciable au droit d'autrui commis avec l'intention de nuire; tandis que, s'il y a eu seulement faute sans intention de nuire, le fait ne sera plus appelé que *quasi-délit.* — L'idée d'un préjudice effectif est indispensable ici, dans l'un comme dans l'autre cas.

En droit pénal, au contraire, le mot délit, pris *lato sensu,* désignera tout fait puni par la loi pénale, sans distinguer si la faute qui s'y trouve a été intentionnelle ou non intentionnelle, même lorsqu'il n'en sera résulté aucun préjudice privé, du moment que ce fait devra donner lieu à l'application d'une peine.

Dans un autre sens plus restreint, opposé au mot *contravention,* le mot délit, toujours en droit pénal, *désignera particulièrement* le fait qui n'est puni par la loi qu'autant qu'il y a eu de la part de l'agent faute intentionnelle : tandis que celui de contravention sera réservé au fait frappé de peine même pour faute non intentionnelle.

Enfin, dans un sens technique, spécial à notre droit pénal positif français, on n'entendra plus par délit qu'une certaine catégorie d'infractions, celles punies de peines que notre loi a qualifiées de peines correctionnelles. Pour éviter l'équivoque, on est obligé d'ajouter délit *de police correctionnelle* ou délit *correctionnel.*

DÉFINITION DU DÉLIT.

En prenant le délit dans la première de ces acceptions en droit pénal, c'est-à-dire la plus large, si l'on veut en construire la définition suivant la science pure, il faut en chercher les éléments dans la théorie fondamentale du droit même de punir. — On arrivera ainsi à cette définition : « Toute action ou inaction extérieure blessant la justice absolue, dont la répression importe à la conservation ou au bien-être social, qui a été, à l'avance, définie et frappée de peine par la loi. »

En droit positif et dans la jurisprudence pratique, on peut s'en tenir à celle-ci, beaucoup plus simple, mais toute matérielle : « Le délit est toute infraction à la loi pénale. »

Dans les deux, il est fait mention d'une loi antérieure ayant prévu et menacé de peine, à l'avance, le fait constitutif du délit. En effet, si, aux

yeux de la justice absolue, un acte, qu'il ait été prévu ou non à l'avance, mérite récompense ou châtiment suivant sa nature même, c'est-à-dire suivant qu'il est bon ou mauvais en soi, il n'en est pas de même aux yeux de la pénalité sociale. Cette pénalité devant avoir pour base à la fois le juste et l'utile, c'est un principe supérieur que nul acte n'y peut être frappé de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant que cet acte fût commis; sinon il n'y aurait plus de sécurité pour les habitants, et le droit pénal, destiné à rassurer la société, y deviendrait lui-même une cause d'alarme et d'inquiétude pour chacun. — Cette règle est formulée en termes exprès par l'article 3 de notre Code pénal.

Cependant le principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif ne s'applique pas en droit pénal avec autant d'étendue que dans les autres branches du droit : si la loi nouvelle est plus douce, soit qu'elle abroge, soit qu'elle diminue la peine, on la fera rétroagir sur les faits antérieurs non encore jugés. En effet, par quel motif la peine antérieure aura-t-elle été supprimée ou diminuée? Ce ne pourra jamais être que par l'un des deux motifs qui suivent : ou parce qu'elles aura été réputée injuste, ou parce qu'elle aura été réputée inutile désormais; or, injuste ou inutile, la société ne doit plus l'appliquer. — Cette règle a été mise en action, dans notre droit pénal positif, par un texte formel, le décret du 23 juillet 1810, *sur la mise en activité du Code criminel;* bien que spéciale pour cette mise en activité, et par conséquent exprimée d'une manière transitoire et occasionnelle, cette disposition doit être généralisée. Le *Code de justice militaire* du 9 juin 1857, art. 276, et celui *pour l'armée de mer,* art. 376, en ont fait une nouvelle application.

Le principe que nul acte ne saurait être puni si ce n'est en vertu d'une loi, ou, en d'autres termes, que la loi seule a le pouvoir d'édicter des peines, doit être concilié cependant avec la nécessité d'un grand nombre de prescriptions de détail, que la vie des hommes en société peut faire surgir quotidiennement, essentiellement variables suivant les exigences du moment, des lieux ou des circonstances, et que le pouvoir gouvernemental ou administratif est seul à même d'établir ou de retirer avec opportunité. — On parvient à cette conciliation par le procédé suivant : la loi délègue à l'autorité gouvernementale ou administrative le pouvoir de faire le règlement sur tels objets déterminés, et marque la peine qui sera prononcée en cas de violation du règlement. De cette manière, le détail de l'incrimination se prend dans le texte du règlement, et la peine dans la loi; le délit que prévoit et frappe le législateur, c'est la violation du règlement.

CLASSIFICATION DES DÉLITS.

Toute classification n'étant qu'une opération d'ordre, il s'en présente plusieurs pour les délits, suivant l'aspect sous lequel les délits sont envisagés et suivant les caractères communs ou opposés qui servent à les grouper par classes diverses. — Nous indiquerons comme principales celles qui suivent :

1° *Délits d'action ou d'inaction.*

En droit positif, la loi pénale défend ou ordonne, elle est prohibitive ou impérative : faire ce qu'elle a défendu est le délit d'action; ne pas faire ce qu'elle a ordonné est le délit d'inaction.

Ces derniers sont moins nombreux que les autres, et, toutes choses

égales d'ailleurs sont moins graves. — On peut les rapporter principalement à ces deux variétés de devoirs : 1° faire certains actes commandés pour un service ou dans un intérêt public; 2° faire certains actes commandés ou nécessaires à titre de précaution, de mesures de prudence, pour prévenir certains malheurs ou accidents. C'est sous l'une ou sous l'autre de ces deux idées que se rangent, dans notre droit positif, les nombreux délits d'inaction prévus par notre Code ou par nos lois spéciales.

A ces deux sortes de devoirs on peut adjoindre les deux autres que voici : 3° agir pour empêcher un crime ou un délit auquel il nous est possible ou facile de nous opposer; 4° agir pour porter secours ou assistance à une personne que nous voyons en quelque péril ou en quelque nécessité. Notre droit positif ne nous offre guère de sanction pénale pour ces deux derniers sortes de devoirs. Nous y voyons néanmoins le refus de services ou de secours dans les circonstances de certaines calamités ou de certains délits, puni de peines, mais de peines de simple police, et seulement dans le cas où il y a eu réquisition faite par une autorité compétente (C. pén., art. 475, 12°).

Délits intentionnels, et délits non intentionnels, autrement dits contraventions.

Par délits *intentionnels*, il faut entendre ceux dans lesquels l'intention de délinquer est une condition constitutive du délit, de telle sorte que, cette intention manquant, le délit n'existe pas. Par délits *non intentionnels*, ceux qui existent et sont punissables même en l'absence de toute intention de délinquer; il est possible que cette intention s'y trouve, elle y forme alors aggravation de la culpabilité, mais elle n'y est pas condition essentielle pour l'existence du délit. — Ces derniers portent le nom spécial de *contraventions*, ce mot paraissant indiquer le simple fait matériel d'être venu contre la loi (*contra venire*). En ce sens, on oppose le délit à la contravention, l'un étant le délit intentionnel et l'autre le délit non intentionnel. Il y a là de nombreuses occasions d'équivoque dans le langage.

Parmi les contraventions en général, il faut remarquer surtout *les contraventions de police*. — Cette dénomination, dans laquelle figure le mot de police, mot à acceptions variées, dérivé de l'idée de ville (en latin *urbs, civitas;* en grec πόλις), désigne les infractions à certaines prescriptions ou prohibitions faites en vue de la bonne administration du pays et de la nécessité de pourvoir utilement aux divers intérêts communs de la population. Moralement indifférentes, pour la plupart, en elles-mêmes si on les considère à un point de vue particulier, les actions ou inactions dont il s'agit ici n'apparaissent comme justement punissables que si l'on fait intervenir l'idée de l'intérêt commun des populations au milieu desquelles nous sommes placés, et des liens de droit qui nous astreignent envers ces populations : c'est de là que leur vient le nom de contraventions de police.

Il y a à distinguer parmi elles les *contraventions de police générale*, qui se réfèrent aux intérêts généraux, par conséquent à l'administration centrale du pays pour toute l'administration, par tout le territoire; — et les *contraventions de police locale*, celles qui ne se réfèrent qu'aux intérêts locaux, et par conséquent à l'administration particulière de telle portion du territoire. L'État y est engagé sans doute, mais seulement

d'une manière indirecte, comme le tout l'est dans les intérêts de la partie. — Parmi ces dernières se présentent surtout les *contraventions de police municipale.*

C'est particulièrement aux mesures de police, soit générale, soit locale, qu'il faut appliquer cette observation : que, toutes ne pouvant pas être déterminées et prescrites à l'avance par la loi, il devient nécessaire de recourir à une délégation du pouvoir réglementaire faite à l'autorité gouvernementale ou administrative.

Ce pouvoir de règlement est exercé chez nous : — *Quant à la police générale,* par le Président de la République, en des décrets, précédemment nommés ordonnances ; ou par les ministres, en des arrêtés, limités aux objets placés dans le département de chacun de ces ministres ; plus particulièrement par le ministre de l'intérieur, chargé de la police générale ; — *Quant à la police locale,* par le préfet de police à Paris, par le préfet du département du Rhône, faisant fonction de préfet de police pour l'agglomération lyonnaise, par le préfet de chaque département et par le maire de chaque commune, en des arrêtés, limités aux objets et au territoire placés dans les attributions de chacune de ces autorités.

Mais, soit qu'il s'agisse des règlements émanés du chef de l'État lui-même, soit de ceux des ministres, des préfets ou des maires, l'injonction ou la prohibition sur les objets confiés à ces autorités étant déterminées par le règlement, toujours la sanction pénale doit se trouver dans une loi.

A défaut de texte spécial de loi, une sanction générale, ayant pour but de suppléer à tous les cas non prévus, a été ajoutée à notre Code pénal, lors de la révision de 1832, dans l'article 471, n° 15, d'après lequel doivent être punies des peines de simple police marquées en cet article : « Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits » par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés » aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale » en vertu des lois qui règlent la compétence de cette autorité.

3° *Délits communs, autrement dits ordinaires, et délits spéciaux.*

Ces qualifications n'ont rien de bien arrêté et sont susceptibles de diverses acceptions suivant le rapport de communauté ou de spécialité qu'on a en vue en les employant. — Il y a les délits spéciaux par rapport à la spécialité des principes de morale et d'utilité d'où dérive l'incrimination ; les délits spéciaux par rapport à la spécialité des personnes à qui est imposé le devoir ; les délits spéciaux par rapport à la spécialité de juridiction : et ces trois acceptions, quoique ayant entre elles des rapports intimes, ne se commandent pas impérativement et ne rentrent pas inévitablement l'une dans l'autre. Enfin, il est une quatrième acception suivant laquelle les délits spéciaux sont ceux qui sont régis par des lois à part, en dehors du Code pénal, la spécialité se rapportant alors à l'acte législatif.

Nos statistiques criminelles prouvent que les délits spéciaux de cette dernière sorte, en ne prenant que ceux qui tombent sous la compétence des tribunaux de police correctionnelle, prennent par leur nombre une place fort importante dans notre pratique judiciaire ; chaque année ils ont longtemps formé la moitié, ils forment aujourd'hui le tiers du nombre total des délits déférés à ces tribunaux.

4° Crimes, délits correctionnels, et contraventions de simple police.

Plusieurs raisons d'utilité se réunissent pour faire diviser les délits en diverses catégories à raison de leur gravité. C'est sur cette base qu'est assise la division tripartite dont il s'agit ici. — Il va sans dire que c'est par lui-même qu'un délit est plus ou moins grave, et lorsqu'il s'agit pour le législateur d'édicter la peine due à chacun d'eux, c'est le cas d'appliquer cette maxime : « *Distinctio pœnarum ex delicto*, la peine d'après le délit. » Mais, une fois la peine édictée, lorsqu'il ne s'agit plus que du classement des délits en plusieurs catégories suivant leur gravité reconnue, la peine portée contre chacun d'eux devient l'expression pratique la plus simple de cette gravité; c'est alors le cas de renverser la phrase et de dire : « *Distinctio delictorum ex pœna*, la division des délits d'après la peine. » Il n'y a rien en cela que de très-logique, de très-clair et de très-juste.

C'est ainsi qu'a procédé notre Code pénal, en qualifiant de *crimes* les infractions que nos lois punissent d'une peine afflictive ou infamante, de *délits de police correctionnelle* ou simplement *délits* celles que nos lois punissent de peines correctionnelles, et de *contraventions de simple police* ou simplement *contraventions* celles que nos lois punissent de peines de simple police (C. pén., art. 1).

Cette division tripartite a ses éléments bien reconnaissables dans la distinction de notre ancienne jurisprudence entre le *grand criminel* et le *petit criminel*, ce dernier comprenant, outre les *délits privés*, ceux qu'on nommait délits ou contraventions de police. Plusieurs des locutions employées par notre Code pour marquer cette division tripartite, surtout dans les diverses épithètes données aux peines, viennent aussi de cette ancienne jurisprudence. La division a passé de là, en se marquant toujours davantage, dans les lois de la Constituante de 1791, puis dans le Code *des délits et des peines* de brumaire an IV, et finalement dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle de l'Empire.

Au point de vue de la nomenclature, le mot *crime*, employé pour désigner la catégorie des délits les plus graves, est un mot bien choisi par ses origines et sans inconvénient dans la pratique. *Crimen* en latin désignait l'accusation, ce que nous appellerions aujourd'hui l'incrimination. Dérivé de la racine *cernere*, cribler, tamiser (de *cernere*, *crimen*, comme de *discernere*, *discrimen*), ce mot indiquait avec quel soin il faut faire passer au crible, analyser et vérifier les faits, avant de faire sortir de ce travail une accusation qui exposerait au danger d'incriminer un innocent et aux peines du talion en cas d'insuccès. Et comme il n'y avait véritablement accusation qu'à l'égard des faits donnant lieu à un *publicum judicium*, le mot a passé dans notre langue, réservé de préférence au grand criminel, ou, en d'autres termes, aux délits les plus graves. — Quant aux deux autres expressions de notre nomenclature légale, *délit* et *contravention*, elles ont les inconvénients de mots dont la valeur n'est pas invariablement fixée, pris dans un sens tantôt plus large, tantôt plus restreint, et quelquefois même dans des sens différents. Pour éviter toute équivoque, on est obligé d'ajouter les épithètes de délits *de police correctionnelle*, ou contraventions *de simple police*.

Il ne faut pas confondre les contraventions de simple police avec les contraventions en général ou délits non intentionnels : car, d'une part, un très-grand nombre de contraventions non intentionnelles sont frap-

pées par nos lois de peines correctionnelles, quelques-unes même de peines criminelles, et se rangent en conséquence au nombre des délits de police correctionnelle ou même au nombre des crimes; tandis que, d'autre part, certains délits intentionnels minimes ne sont frappés que des peines de la dernière catégorie et figurent par conséquent au nombre des contraventions de simple police. — Il ne faut pas les confondre non plus avec les contraventions de police en général; car parmi ces dernières il y en a beaucoup qui sont frappées de peines correctionnelles et quelques-unes même de peines criminelles. — Enfin, il ne faut pas même les confondre avec les contraventions de police municipale. Ces dernières sans doute relèvent de la police simple, mais elles ne sont pas les seules : les délits ou les contraventions de notre troisième catégorie peuvent se référer à une police locale plus étendue que celle d'une commune, ou même à la police générale pour tout le territoire. En résumé, il faut traduire uniquement cette locution technique *contraventions de simple police* en ce sens : « délits ou contraventions minimes qui n'ont paru mériter que des peines du troisième ordre de gravité. »

Malgré la démarcation légale entre les crimes et les délits correctionnels, comme au fond la ligne de séparation entre les deux catégories qu'ils forment est factice, que leur nature est la même, à tel point que souvent des nuances accessoires des faits peuvent faire passer le même acte de la classe des délits dans celle des crimes et réciproquement, notre Code en a traité simultanément, et, à part certaines divergences directement tirées de la différence de gravité, on peut dire qu'il applique généralement aux uns et aux autres les mêmes règles de pénalité. — Quant aux contraventions de simple police, elles ont été traitées à part dans le Code, et la règle de pénalité varie en beaucoup de points à leur égard.

D'après nos statistiques criminelles, en ne comptant que les affaires jugées par nos trois juridictions de droit commun, c'est-à-dire par les cours d'assises, par les tribunaux de police correctionnelle et par les tribunaux de simple police, la moyenne, durant les trente-cinq années écoulées de 1826 à 1860, a été : pour les crimes, de 5,175 par an; pour les délits de police correctionnelle, de 154,002; et pour les contraventions de simple police, 214,857. — Le nombre des poursuites pour crimes, quoique avec des variations accidentelles, paraît avec une légère diminution si l'on compare la moyenne de la période 1826 à 1830 avec celle de la période 1831 à 1850; diminution beaucoup plus marquée dans la moyenne de 1851 à 1860 (1); c'est surtout à partir de 1855 jusqu'en 1869 que le mouvement de décroissance est devenu plus sensible. — Quant au nombre des poursuites pour délits de police correctionnelle, ou pour contraventions de simple police, il s'est d'abord accru d'une manière notable. Toutefois, à l'égard des délits de police correctionnelle, un point d'arrêt dans cet accroissement se produit à partir de 1858, et depuis cette époque sa marche est descendante, ou du moins stationnaire. Quant aux contraventions de simple police, le

(1) M. Bérenger, dans son rapport déjà cité (p. 297, not. 3), attribue à l'effet intimidant de la transportation, introduite en 1854, la diminution du nombre des crimes. Mais cette diminution tient à des causes plus générales, puisqu'elle n'a pas cessé de se produire depuis vingt ans, sans nouveau changement dans la législation. — Le chiffre de 4,071, en 1872, au lieu de 3,397, en 1869, est exceptionnel.

nombre des affaires, si on compare la moyenne de 1826 à 1830 et celle de 1861 à 1865, est quadruplé.

5° *Délits politiques ou non politiques.*

Un raisonnement rigoureux et sans réplique, dans la science pure, démontre que, soit quant à la mesure de la culpabilité, soit principalement quant au caractère de cette culpabilité, les délits politiques se séparent d'une manière bien tranchée des délits non politiques ; d'où il suit qu'ils doivent en être séparés quant à la pénalité. — Il doit donc y avoir des peines différentes pour les délits politiques de celles pour les délits non politiques, et plus on les prendra à des degrés élevés, plus la séparation deviendra sensible, parce qu'en s'élevant les différences croissent en importance.

Il suit de là qu'il est fort nécessaire, pour la science et en même temps pour la pratique pénales, de pouvoir déterminer avec exactitude si un délit est délit politique ou délit non politique. — Dans le cas où il n'est pas compliqué d'un double caractère, la question pourra être résolue au moyen de la formule suivante : Analysez, appréciez dans tous ses éléments le délit dont il s'agit de vérifier le caractère, et répondez à ces trois questions : — Quelle est la personne directement lésée par ce délit? L'État. — Dans quelle sorte de droit l'État se trouve-t-il lésé? Dans un droit touchant à son organisation sociale ou politique. — Quel genre d'intérêt a-t-il à la répression? Un intérêt touchant à cette organisation sociale ou politique. — Le délit est politique.

Mais il peut arriver souvent que le délit ait un double caractère : les droits violés étant différents, les uns politiques, les autres non politiques, et par contre l'intérêt public de répression d'une double nature. — La difficulté sera résolue alors par l'application de cette règle générale, que, toutes les fois qu'un seul et même fait contient en soi plusieurs délits, le fait étant unique, il ne saurait justement y avoir deux peines; c'est par le plus grave des deux délits qu'il renferme que ce fait sera qualifié, le délit inférieur n'y jouant que le rôle de circonstance accessoire. Ainsi, dans l'hypothèse en question, quelle est la culpabilité la plus grave? De quel côté est le plus grand péril de la société, et par conséquent l'intérêt le plus grand à la répression, du côté politique ou du côté non politique? Si ce sont le droit et l'intérêt politiques qui sont les plus élevés, le délit est politique. En cas contraire, il est non politique.

Enfin, s'il s'agit de faits qui se sont reliés, dans l'ordre politique, à un délit plus général, celui de sédition, d'insurrection, de guerre civile, dont ils n'ont été que des épisodes, que des conséquences ou des moyens d'exécution : tous les actes de la lutte qui seront restés dans les limites avouées par les usages de la guerre prendront le caractère de cette lutte et constitueront des délits politiques. Mais si l'on suppose, au contraire, des actes qui ne sont point l'observation des pratiques de la guerre, mais qui en sont la violation, des massacres de parlementaires ou de prisonniers, des meurtres, des assassinats par haine ou vengeance; l'incendie, le sac ou le pillage des propriétés publiques ou privées, dans le but d'assouvir ses passions personnelles ou de s'approprier le butin qu'on y fait; des vols au milieu du trouble et du défaut de surveillance qu'entraînent les événements : les vices ou les passions qui jouent leur rôle dans de tels actes, fussent-ils allumés au foyer

politique, ne sauraient en changer le caractère; il y a délits à part, délits de droit commun, que tous les partis doivent répudier, sous peine d'en être déshonorés.

Dans notre législation positive, il y a à distinguer, quant aux actes punissables dans l'ordre politique, entre les crimes et les délits de police correctionnelle. — A l'égard de ces derniers, qu'il s'agisse de délits intentionnels ou de contraventions non intentionnelles, il n'existe aucune différence entre les délits politiques et les délits non politiques relativement au genre de peines employées, sauf l'application de la surveillance de la haute police, applicable à tout délit politique, dans les termes de l'art. 49 du Code pénal. Il en existe une relativement à la juridiction sous le régime de la Charte de 1830 et de la Constitution de 1848, qui, supprimé par les décrets des 31 décembre 1851, 17 et 25 février 1852, a été rétabli par la loi du 15 avril 1871. — Nous avons également signalé les refus d'extradition pour délits politiques. — A l'égard des crimes, on trouve bien dans le Code pénal de 1810 certaines peines plus spécialement destinées à la répression de ceux qui appartiennent à l'ordre politique. La loi de révision de 1832 a plus tard étendu cette idée, en la coordonnant presque en un système arrêté de deux ordres de peines distincts, l'un pour les crimes politiques, l'autre pour les crimes non politiques. Cependant la distinction n'a pas été toujours parfaitement observée dans nos lois. Plus d'une fois le législateur s'en est écarté, soit par l'application de peines de droit commun à certains crimes politiques, soit en sens inverse : ce sont là des dispositions impératives de la loi positive; le juge, dans notre jurisprudence pratique, n'a qu'à les faire exécuter. — Mais il n'en est pas de même du moment qu'il s'agit de la peine de mort. Cette peine se trouve abolie d'une manière absolue en matière politique par le décret du gouvernement provisoire du 26 février 1848, par la Constitution de 1848 (art. 5). par la loi du 8 juin 1850, et cette abolition a été confirmée encore indirectement par le sens donné aux amendements, au vote et à la promulgation de la loi du 10 juin 1853. C'est donc un devoir pour le juge, toutes les fois qu'il décide que le crime est politique, si la peine prononcée est celle de mort, d'y substituer la peine nouvelle de la déportation dans une enceinte fortifiée, destinée à remplacer celle de mort; et, la loi s'étant abstenue avec raison d'aucune indication limitative à cet égard, c'est à la jurisprudence qu'il appartient de résoudre avec indépendance, suivant la nature même des actes et conformément aux vérités démontrées par la raison du droit, la question de savoir si un crime capital est politique ou non politique.

La place que les crimes et les délits politiques occupent dans notre pratique pénale, sous le rapport du nombre, n'est pas aussi considérable qu'on pourrait se l'imaginer. La moyenne des affaires de cette nature, jugées par nos juridictions ordinaires durant les trente-cinq années de 1826 à 1860, est : pour les crimes politiques, de 18, et, pour les délits politiques, de 354 par an. Comparés à la moyenne annuelle totale des poursuites pour crimes ou pour délits correctionnels de toute nature, ces chiffres reviennent, en négligeant les fractions, à trois pour mille à l'égard des crimes, et à deux pour mille à l'égard des délits. — Mais ces moyennes annuelles sont bien loin, en fait de crimes de délits politiques, de représenter la manière dont les choses se passent en réalité. Rien de plus inégal que la répartition de cette nature de crimes ou

de délits entre les différentes années. Les temps de révolution, d'effervescence et d'agitations politiques en augmentent subitement et considérablement le nombre, qui décroît ensuite, jusqu'à des chiffres presque inaperçus, dans les temps de calme.

6° *Délits instantanés, et délits continus, autrement dits délits successifs.*

Nous nommons délits *instantanés* ceux qui consistent en des actions qui, dès qu'elles sont accomplies, cessent par cela même, sans pouvoir se prolonger au delà. Ces sortes de délits, quel qu'ait été le temps employé à les préparer et à les exécuter, dès que l'exécution s'en achève, s'accomplissent et prennent fin au même instant : tels sont, par exemple, les délits d'homicide, d'incendie, de coups ou blessures; le plus grand nombre sont dans ce cas. — Nous nommons délits *continus*, plus usuellement qualifiés de *successifs*, ceux qui consistent en des actions susceptibles, même après leur premier accomplissement, de se continuer, identiques à elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long, peut-être indéfini. Tels sont, par exemple, le port d'armes contre sa patrie, la détention de munitions ou armes de guerre prohibées, les séquestrations illégales, la possession de faux poids ou de fausses mesures. Ces délits, quoiqu'ils ne soient pas en majorité, ne laissent pas d'être très-nombreux.

La distinction s'applique également aux délits d'inaction; car, selon que le devoir auquel il aura été manqué par cette inaction sera un devoir instantané, comme, par exemple, celui de faire certain service ou certaines déclarations à heure dite ou dans un délai donné, ou bien que ce sera un devoir continu, se prolongeant pendant une durée plus ou moins longue et peut-être indéfinie, comme, par exemple, celui d'éclairer des matériaux entreposés ou des excavations faites dans les rues, de placer à l'extérieur des charrettes circulant sur la voie publique l'indication du nom du propriétaire, le délit consistant à manquer à ce devoir sera lui-même instantané ou continu.

Indépendamment de la continuité qui précède, continuité pour ainsi dire physique, matérielle, celle d'une seule et même action non interrompue, identique à elle-même et durant un temps plus ou moins long, il peut se faire qu'il y ait une continuité morale, unissant en un seul et même délit divers actes séparés, dont un seul aurait suffi pour constituer pénalement le délit, mais qui ont été répétés plusieurs fois pendant un temps plus ou moins long, afin d'atteindre un même but. Il y a là un autre genre de délits continus. Tel est, par exemple, le cas de celui qui, dans une même scène de violence, porte des coups répétés ou fait coup sur coup plusieurs blessures à la personne qu'il a assaillie, ou celui du faux monnayeur qui frappe d'un même coin en une même série d'opérations plusieurs pièces de fausse monnaie. Tel peut être aussi l'usage d'un faux passe-port, d'une fausse feuille de route présentée à chaque réquisition dans tout le cours d'un même voyage.

La continuité des délits a cette conséquence, en fait de pénalité, que, le délit étant unique, il ne peut y avoir qu'une seule pénalité encourue, qu'une seule poursuite; mais cette pénalité pourra être plus ou moins aggravée suivant la durée plus ou moins longue du délit, ou le nombre plus ou moins grand des actes répétés pour atteindre le but coupable.

— Une autre conséquence bien importante a trait à la prescription, dont le cours ne pourra pas évidemment commencer tant que le délit continu n'aura pas pris fin.

Il est certaines espèces particulières de délits dont la nature peut sembler douteuse. La distinction entre la continuité physique et la continuité morale servira beaucoup à faire disparaître ces difficultés.

7° *Délits simples, et délits collectifs ou d'habitude.*

Il arrive quelquefois, par exception, de certaines actions reprochables en elles-mêmes, que le législateur n'a pas voulu les frapper pénalement tant qu'il n'y a eu qu'un fait unique et isolé, mais qu'il a attendu, pour y voir un délit, la réunion d'un certain nombre de faits du même genre, dénotant chez l'agent une habitude vicieuse, et faisant naître dès lors un intérêt de répression pour la société. Ces sortes de délits se nomment délits *collectifs* ou délits *d'habitude;* et les autres, par opposition, délits simples.

Nous trouvons comme exemples de délits d'habitude dans nos lois pénales, ceux : de se livrer *habituellement* à l'usure (loi du 3 oct. 1807, art. 4, et du 19 déc. 1850, art, 2); d'attenter aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant *habituellement* la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans (C. pén., art. 334); le délit de ceux « qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent *habituellement* logement, lieu de retraite ou de réunions » (C. pén., art. 61); et le délit d'être « mendiant d'*habitude*, valide » (C. pén., art. 275).

Si le législateur n'a pas déterminé lui-même le nombre de faits nécessaires pour constituer le délit collectif, on ne peut pas dire qu'il en faille deux, trois, ou un plus grand nombre; c'est à la jurisprudence à apprécier dans chaque cause s'il y a eu ou non l'habitude que la loi a eu en vue de punir. Cette appréciation est donc susceptible de varier, non-seulement en fait dans chaque affaire, mais encore en droit, suivant chaque espèce de délit.

Il n'est pas nécessaire, pour constituer l'habitude, qu'il y ait eu pluralité de victimes dans les délits qui comportent cette distinction. C'est chez l'agent qu'existe l'habitude, c'est en lui qu'elle dénote un vice permanent, une immoralité usuelle; or ces caractères se rencontrent, que l'agent ait multiplié ou non le nombre de ses victimes, du moment qu'il a multiplié le nombre des faits coupables. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait, en droit positif, que le législateur eût textuellement exigé cette nouvelle condition, ou que la nature particulière du délit la commandât par exception.

Les délits collectifs ont cela de singulier qu'étant composés d'un certain nombre de faits dont la réunion seule forme le délit, il est impossible de dire d'aucun de ces faits considéré isolément qu'il soit un délit; d'où plusieurs difficultés relatives : — à l'action civile, lorsque ce sont des personnes différentes qui ont été lésées chacune par l'un de ces faits; — à la juridiction compétente, lorsque ces faits se sont passés chacun en des ressorts différents; — enfin, à la prescription, lorsqu'il s'agit de savoir si chacun de ces faits est ou n'est pas susceptible d'être couvert isolément par la prescription.

8° *Délits flagrants ou non flagrants.*

Un délit est *flagrant* (encore en feu, encore en flamme) au moment où il se commet, où le coupable l'exécute : si l'on survient, le coupable est pris sur le fait, en flagrant délit, *en présent meffaict*, comme disait notre ancien langage. — La flagrance du délit a diverses conséquences en droit pénal. Les unes ont trait à la pénalité : elles concernent le droit de légitime défense de soi-même ou d'autrui, et l'excuse tirée soit de la défense privée, s'il y a légitimité incomplète, soit de la provocation. Les autres ont trait à la compétence des juridictions, aux attributions des magistrats ou agents de la police judiciaire, aux règles de l'arrestation et de la procédure.

Indépendamment de la flagrance dont nous venons de parler, il y a la quasi-flagrance, dans les cas assimilés au flagrant délit ; tels sont ceux où le délit vient de se commettre, où celui à qui on impute ce délit est arrêté à la clameur publique, où il est arrêté, dans un temps voisin du délit, porteur d'instruments ou objets de nature à faire soupçonner qu'il est le coupable. Ces cas se rapprochent plus ou moins du flagrant délit, mais cette assimilation, ni en fait, ni en droit, ne saurait être complète. Les conséquences n'en peuvent donc pas être les mêmes. C'est par l'étude raisonnée des points de similitude ou de dissemblance qu'on jugera quelles sont, des conséquences du flagrant délit, celles qui doivent ou non résulter de ces cas.

Notre Code d'instruction criminelle, en son article 41, a donné une définition du flagrant délit et des cas assimilés au flagrant délit; mais cette définition est donnée particulièrement eu égard aux objets dont il est traité en cette partie du Code, c'est-à-dire eu égard aux attributions qui sont faites au procureur de la République, à ses auxiliaires et au juge d'instruction, ainsi qu'aux règles de procédure à suivre en pareille occurrence. Tout en accordant un certain crédit général à cette définition, il ne faut donc pas la faire sortir, avec une force impérative, du cadre dans lequel elle se trouve placée, et l'appliquer à tous les textes de nos lois pénales dans lesquels il est question de flagrant délit. On arriverait ainsi bien souvent à des conséquences inadmissibles. Mais l'article 41 doit évidemment être appliqué, pour la mise en œuvre de la loi du 20 avril 1863, sur l'instruction des flagrants délits de police correctionnelle.

L'expression de flagrant délit est générale, et les circonstances qui constituent la flagrance ou la quasi-flagrance sont de nature à se rencontrer, en notre jurisprudence pratique, aussi bien dans les délits de police correctionnelle, ou même dans les contraventions de simple police, que dans les crimes. Ainsi il y a contravention de simple police flagrante, délit de police correctionnelle flagrant, et crime flagrant (C. inst. crim., art. 507). Mais dans les dispositions du Code d'instruction criminelle auxquelles se réfère la définition de l'article 41, relatives aux attributions des magistrats et officiers de police judiciaire, le Code semble exiger, pour l'application de ces attributions, qu'il s'agisse de faits punis de peine afflictive ou infamante, et par conséquent de crimes flagrants.

9° *Classification pour l'ordre à suivre dans le dénombrement des divers délits.*

Cette classification toute pratique n'offre rien d'absolu scientifiquement; plus que toute autre, elle est susceptible de varier d'un code à l'autre, d'un écrivain à l'autre. Il est difficile, ou, pour mieux dire, impossible d'en trouver une qui, à côté de ses avantages, n'ait pas ses inconvénients.

Notre Code pénal a laissé en dehors de son cadre non-seulement les délits spéciaux tant de l'armée de terre que de la marine, mais encore un grand nombre de délits de droit politique, de droit administratif ou de police générale ou locale, qui, pour des causes diverses, les unes raisonnées, les autres accidentelles, ont fait l'objet de lois particulières.

En ce qui concerne les délits compris dans son cadre, notre Code pénal en a traité en les divisant d'abord en deux parts, suivant leur gravité : premièrement, dans un même livre (livre III), *Des crimes et des délits;* puis, dans un livre distinct (livre IV), *Des contraventions de simple police.* — Les crimes et les délits de police correctionnelle ont été distribués à leur tour d'après une distinction prédominante, suivant qu'ils sont *contre la chose publique* (tit. I), *ou contre les particuliers* (tit. II). Là-dessus viennent des subdivisions de détails prises successivement à des idées différentes les unes des autres, dans lesquelles se font sentir, outre celles qui sont inséparables en général d'une classification de cette nature, les difficultés propres au système adopté par notre Code.

Quant aux contraventions de simple police, notre Code, vu sans doute le peu de gravité de ces infractions, et par suite la faiblesse des nuances morales qui les séparent, n'a pas suivi d'autre méthode que de les ranger en trois classes, suivant le taux de l'amende encourue.

ÉLÉMENTS DE FAIT DU DÉLIT.

Après les éléments personnels du délit, c'est-à-dire ceux qui résident dans la personne du sujet actif et du sujet passif, arrivent les éléments de fait, tant ceux qui constituent l'action même ou l'inaction formant le délit, que ceux qui n'en sont que des modalités.

Du fait en lui-même.

C'est dans la diversité des faits par lesquels le droit est violé et l'intérêt social compromis que gît la diversité des délits; l'étude de chacun de ces faits n'est autre chose que l'étude de chaque délit, et par conséquent l'objet même de la partie spéciale du droit pénal.

Les faits à punir peuvent être soit des actes proprement dits, soit des écrits, soit des paroles, soit des menaces, soit des résolutions concertées et arrêtées entre plusieurs : ce qui n'est après tout que l'exercice extérieur de l'activité humaine; à quoi il faut joindre l'absence de cette activité dans les cas où il existait un devoir d'agir. L'essentiel est de ne jamais oublier la règle fondamentale : qu'aucun de ces faits extérieurs ne doit être érigé en délit de droit positif qu'autant que les deux conditions de la justice et de l'utilité sociale se réunissent pour l'exiger, ni puni plus que ne l'autorise chacune de ces deux conditions.

Nous avons en notre Code pénal des exemples des uns et des autres de ces délits.

Des moyens de préparation ou d'exécution.

Bien que les modalités qui ressortent de ces divers moyens soient de nombres et de variétés infinis, elles peuvent se grouper cependant pour la plupart sous certaines idées, dont les principales sont : — la *préméditation*, c'est-à-dire le fait que le délit a été médité à l'avance, commis de *propos et d'advis appensé*, de *propos délibéré*, suivant les expressions de nos anciens ; — le *guet-apens*, c'est-à-dire qu'il a été commis traîtreusement, en se cachant et attendant comme à un piége sa victime, « *d'aguet*, de *guet-appensé*, » disaient nos anciens ; dont nous est resté guet-apens, c'est-à-dire guet prémédité, et non pas guet-à-pens ou guet digne de la corde, comme croient quelques-uns. Le guet-apens est plus que la préméditation, car il la porte en soi et en outre la trahison.

Les autres modalités relatives aux actes de préparation ou d'exécution seront pour la plupart des variétés de la fraude ou de la violence. — Parmi elles, il faut distinguer le port ou l'emploi d'armes apparentes ou cachées, l'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs.

Notre Code pénal a prévu et défini à l'occasion de certains délits quelques-unes de ces modalités. — En dehors des prévisions textuelles de la loi, l'influence en sera restreinte, dans notre pratique, aux simples nuances de la culpabilité individuelle.

Du temps du délit.

Le temps se prendra ici en diverses acceptions :

Comme mesure de la durée, le temps mis à former et à nourrir le projet, à préparer ou à exécuter le délit, à y persévérer s'il s'agit de quelque action ou de quelque inaction continue ; quelquefois le temps que les conséquences préjudiciables auront mis à se produire, ou celui durant lequel elles se seront prolongées, entrent nécessairement avec une certaine influence dans l'appréciation des délits ;

Comme idée de corrélation d'époque entre l'existence du délit et celle de certains événements ou de certains phénomènes naturels, qui sont pris pour terme de comparaison (par exemple dans ces locutions : en temps de neige, en temps de pluie, en temps d'orage, ou bien en temps de troubles, en temps de révolution, en temps d'épidémie), il n'est pas non plus sans influence ; car il peut se faire fréquemment qu'une action ou qu'une inaction soit plus ou moins répréhensible, ou même qu'elle devienne de coupable innocente, ou d'innocente coupable, suivant qu'elle aura lieu durant l'accomplissement de tel événement ou de tel phénomène naturel ; ou bien avant ou après, ou tant de temps avant ou tant de temps après.

Parmi ces phénomènes naturels, un des plus généralement susceptibles d'exercer cette sorte d'influence sur la criminalité est celui du jour ou de la nuit. — Le phénomène naturel à prendre ici le plus souvent en considération est celui de l'obscurité commune, de l'obscurité atmosphérique dans les lieux et aux heures où règne la nuit, avec les conséquences variées qu'entraîne cette situation. — Il ne faut pas confondre avec le jour ou la nuit véritables, comme en étant le commencement ou la fin, ce qu'on appelle le lever ou le coucher du soleil, phénomènes astronomiques qui, bien que liés étroitement au premier, ne sont pas

identiques avec lui; il est possible, suivant la nature particulière du délit, surtout dans ceux qui se réfèrent aux travaux des champs, que le législateur ait eu en vue spécialement le lever ou le coucher du soleil et non le jour ou la nuit véritables; mais alors il devra s'en être expliqué textuellement, car l'un n'est pas synonyme de l'autre. — Encore moins faut-il confondre avec le jour ou la nuit véritables la détermination des heures fixées par la loi, à l'égard de certaines opérations, de certains actes de procédure, pour marquer le temps durant lequel il sera permis ou non permis de faire ces actes ou ces opérations. De telles règles, indispensables quand il s'agit de procédure, cessent d'être applicables du moment qu'il s'agit d'une mesure de culpabilité.

Notre Code pénal et nos lois répressives renferment des dispositions nombreuses relatives à ces diverses matières de considérer le temps dans les délits. En dehors de ces prévisions formelles, c'est au juge de la culpabilité à en tenir compte, suivant la latitude de ses pouvoirs.

Du lieu du délit.

Le lieu du délit exerce une influence à considérer quelquefois pour la pénalité, et, en règle générale, pour la compétence des autorités et des juridictions.

Quant à la pénalité, il se peut, suivant le cas, que le lieu où un fait a été commis aggrave le délit, ou, en sens contraire, qu'il l'atténue ou même l'efface.

Les exemples les plus saillants que nous en ayons dans les dispositions spéciales de notre Code pénal ou de nos lois répressives sont ceux qui concernent les lieux publics, les lieux consacrés ou servant même momentanément à l'exercice d'un culte légalement établi, les lieux où s'exerce la justice, les maisons ou lieux habités ou servant à l'habitation, et les lieux clos.

Il ne faut pas confondre ces deux expressions : un délit commis *dans un lieu public* et un délit commis *publiquement;* l'un exprime une circonstance de localité et l'autre une modalité du délit même; la publicité, dans le premier cas, affecte le lieu, et dans le second l'action même du délit. Cette publicité du délit ne s'entend pas toujours elle-même d'égale façon dans les lois répressives; le caractère en est variable suivant la nature particulière de chaque délit.

A défaut de prévisions formelles de la loi, le soin de tenir compte, dans chaque cause, des considérations relatives au lieu du délit, rentre toujours dans l'office du juge.

En fait de contraventions de simple police, le lieu du délit a une influence encore plus générale, à cause du caractère local propre à ces contraventions; l'autorité des règlements locaux s'arrêtant aux limites territoriales de la localité, ce qui est contravention de simple police dans tel lieu cesse de l'être dans tel autre.

Délits commis sur le territoire ou hors du territoire.

Les questions engagées ici sont des questions de puissance de la loi pénale et de puissance de juridiction. — Les éléments qui s'y présentent sont non-seulement des éléments de lieu, le territoire national ou le territoire étranger, mais aussi des éléments de personnes, la qualité de national ou la qualité d'étranger, soit chez l'agent, soit chez le patient du délit.

Deux situations sont à distinguer : celle des délits commis sur le territoire national et celle des délits commis hors du territoire.

Pour les délits commis sur le territoire, aucune difficulté. Le premier et le plus gravement intéressé à la punition de l'action coupable, entre les États, c'est celui sur le territoire duquel cette action a eu lieu. Les conditions de justice morale se trouvant d'ailleurs observées, c'est sur la base même fondamentale du droit pénal que vient s'asseoir cette vérité : que chaque État a le droit de punir les délits commis sur son territoire, sans distinction entre les délinquants nationaux ou les étrangers. — Règle qui se trouve formulée chez nous, par l'article 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

En ce qui concerne les délits commis hors du territoire, deux théories radicales et en sens inverse se sont produites : — suivant l'une, n'importe où une mauvaise action ait été commise, chaque État qui tient le coupable en son pouvoir a le droit de le punir ; — suivant l'autre, du moment que les actes se sont passés au dehors, quels que soient ces actes et quels qu'en soient les auteurs ou les victimes, le droit de punir n'existe pas pour l'État. — La vérité n'est ni dans l'un ni dans l'autre de ces extrêmes. Pour la mettre en évidence, il faut toujours se reporter aux principes fondamentaux du droit de punir. Certaines actions coupables suivant la morale universelle ayant eu lieu, il peut se faire, par suite d'un grand nombre de circonstances, qu'un État autre que celui sur le territoire duquel cette action a été commise ait un intérêt social à la répression, et que dès lors les deux bases essentielles, la justice et l'utilité sociale se trouvant réunies, le droit de punir existe pour cet État. La tâche du législateur est de déterminer exactement quels sont ces cas. Dans ceux, au contraire, où l'État n'a pas d'intérêt social à la répression, il n'a pas à s'en mêler.

La pratique la plus commune, avant 1866, était de poser en axiome de droit la territorialité de la loi pénale, en ce sens que cette loi ne pourrait être appliquée, même sur notre territoire, à des faits commis au dehors. On s'était habitué à voir là un principe, qui ne devait recevoir que quelques rares exceptions. — Telle n'était pas cependant la règle qui avait prévalu dans notre ancienne jurisprudence, ni dans notre législation intermédiaire, et particulièrement celle du *Code des délits et des peines* de brumaire an IV. — Cette opinion avait été consacrée par les dispositions du Code d'instruction criminelle de 1808, articles 5, 6 et 7.

Dans le système de ce Code, le Français ne pouvait être poursuivi que pour crime contre l'État, ou pour crime contre un Français sur la plainte de la partie lésée. Quant à l'étranger, il était dans tous les cas, du moins pour les crimes privés, non punissable en France pour les faits commis par lui hors de notre territoire. Les mesures ouvertes contre lui se bornaient au droit d'expulsion, que le gouvernement peut exercer par mesure de police (loi du 3 décembre 1849, art. 7 et suiv.), ou au droit d'extradition. Sur ce dernier point, le Code de 1808 est demeuré en pleine vigueur.

Aujourd'hui, aux termes de la loi du 27 juin 1866, tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française, même contre un étranger, peut être poursuivi en France, sans aucune condition de plainte ou de dénonciation (Cod.

d'inst. crim., nouv. art. 5). Mais l'étranger ne peut être poursuivi que pour crimes contre la sûreté ou la fortune de l'État (nouv. art. 7); le législateur de 1866 a eu tort de ne point suivre l'exemple de plusieurs pays, qui atteignent les crimes commis par des étrangers contre les nationaux.

A l'égard des délits, le Français peut être poursuivi pour les faits qualifiés délits par la loi française et par la loi étrangère; toutefois, s'il s'agit de délit contre un particulier français ou étranger, le ministère public ne peut poursuivre que sur la plainte de la partie lésée ou sur la dénonciation officielle de l'autorité du pays (nouv. art. 5).

Qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger (même. art. 5).

Enfin, en ce qui touche les contraventions commises par un Français en pays étranger, il peut y avoir poursuite en France, du moins pour certaines matières spéciales, pourvu qu'il y ait réciprocité légalement constatée (loi du 27 juin 1866, art. 2).

Ce qui précède doit être complété par l'étude des règles propres à fixer ce que c'est que le territoire d'un État, et des cas divers dans lesquels, soit par des concessions, soit par suite de situations exceptionnelles, un État peut être admis à exercer des droits de commandement et de juridiction en des lieux qui ne font pas partie de son territoire. — Ces règles appartiennent au droit international. — Il faut étudier, à ce sujet, ce qui concerne : la haute mer, la mer territoriale, les ports, rades, golfes et baies, les navires de guerre et les navires de commerce, les armées, détachements ou fractions organisées de l'État, en marche ou en stationnement soit sur des terres désertes, où ne se serait établie encore la domination d'aucune puissance, ou bien où l'on ne trouverait que des peuplades barbares, n'offrant aucune garantie de justice et d'institutions publiques locales, soit sur un territoire neutre ou ami, soit sur un territoire ennemi militairement occupé; — comme aussi les concessions exceptionnelles de droits de police et de juridiction à l'égard de nos nationaux qui nous ont été faites par divers traités dans les Échelles du Levant; dans les ports et lieux du territoire chinois ouverts au commerce des étrangers; dans les États de l'iman de Mascate, sur la côte d'Arabie; dans le royaume de Siam et dans l'empire du Japon.

Mal du délit.

Le mal produit par le délit est de deux sortes : — un mal direct, la lésion du droit et des intérêts que souffre directement la personne atteinte par le délit; — et un mal indirect, mal social : alarme de la population, défaut de confiance dans la loi et dans l'autorité qui se montreraient impuissantes à garantir la société contre de tels actes, danger des récidives et du mauvais exemple. Le mal social indirect est une des causes fondamentales du droit social de punir; mais lui-même n'existe qu'à cause du mal direct.

C'est par ce mal direct que les délits se distinguent les uns des autres et qu'ils se dénomment : vol, incendie homicide, etc.; c'est principalement par la gravité de ce mal qu'ils sont tenus pour plus ou moins graves.

Mais il y a le mal que le délinquant avait en vue et le mal produit en réalité : l'un et l'autre peuvent être en désaccord. — Il n'en est pas à ce sujet du droit pénal comme du droit civil : quand bien même le mal direct du délit que le délinquant avait en vue n'aurait en rien été effec-

tué, il reste toujours la violation du devoir, et, en outre, un certain mal social, quoique moindre; cela suffit pour que la peine soit encourue. — Mais plusieurs raisons concluantes font voir que la quotité effective du mal produit par le délit doit entrer comme une considération qui ne laisse pas d'avoir son importance dans la mesure de la peine. Ces diverses raisons, déduites toutes des principes fondamentaux du droit social de punir, peuvent se résumer en celle-ci : le mal directement produit par le délit est l'événement final que l'on impute à l'agent, dont on dit qu'il est la cause première, la cause efficiente et responsable, et qu'on porte en conséquence à son compte pénal. Or, si ce mal est plus ou moins grand, son compte évidemment est plus ou moins chargé.

Les dispositions de notre Code pénal et de nos lois répressives à cet égard ne sont pas concordantes entre elles, et aucun système bien arrêté n'y a présidé. Tantôt la peine y est basée sur le mal que le délinquant a eu en vue, sans tenir compte du mal produit ou non produit; d'autres fois sur le mal produit, sans égard à l'intention du délinquant; d'autres fois enfin sur la considération de l'un et de l'autre. On mettra plus de clarté dans l'étude de ces dispositions prises dans leur ensemble, en les rangeant sous les trois hypothèses suivantes :

La plus simple de ces hypothèses est celle dans laquelle le mal que le délinquant avait en vue a été produit. — Mais, même dans cette hypothèse, il arrivera fréquemment que le préjudice résultant d'un même délit sera plus ou moins grand : le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, la banqueroute frauduleuse, les dégradations ou destructions de propriétés, le faux, l'injure, la diffamation, la calomnie, sans changer de caractère général en tant que délits, sont susceptibles d'une variété infinie quant au mal qu'y aura voulu faire et qu'y aura fait effectivement le délinquant. — Un grand nombre de dispositions de nos lois répressives font varier la peine de certains délits à raison du mal produit, tandis qu'à l'égard de beaucoup d'autres délits, du vol, par exemple, nos lois pénales n'ont tenu aucun compte de ces variétés. — La ressource du *maximum* et du *minimum*, s'il en existe, et celle des circonstances atténuantes sont les moyens pratiques de combler cette lacune.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle le mal qui a été produit n'était en aucune manière dans l'intention du délinquant, ou a dépassé cette intention, ou ne formait pas le but arrêté, le but précis de cette intention. Ici nos lois pénales ont tenu compte du résultat préjudiciable, souvent même avec une sévérité rigoureuse, de telle sorte que le délinquant profite ou souffre de la chance heureuse ou malheureuse des événements.

La troisième hypothèse, enfin, est celle de la tentative.

TENTATIVE ET ATTENTAT.

Tentative.

L'agent, dans la plupart des cas, avant d'accomplir le délit, suit une progression d'actes successifs qu'il importe d'examiner :

Première série, les actes internes : pensée, désir, projet, résolution;

Deuxième série, les actes extérieurs : résolution manifestée au dehors, soit par écrits, par paroles, par menaces, par confidences et communications, soit parce qu'elle a été arrêtée après délibération et par concert entre plusieurs; — actes préparatoires; — actes d'exécution.

Après le dernier acte d'exécution, le rôle de l'agent, quant à la production du délit, est terminé; mais là s'ouvre une troisième série de faits qui se réfère, non plus à l'exercice de l'activité de l'agent, mais aux conséquences de cette activité : quel a été l'effet des actes de l'agent, quelles lésions de droits, quels préjudices en sont résultés?

Quand le mal qui constitue la fin du délit a été produit, on dit que le délit est *consommé*. — Quand l'agent, sans produire ce mal, en est venu aux actes d'exécution, on dit qu'il y a eu *tentative*. Ce mot, par sa propre origine philologique (*tentare*, fréquentatif de *tenere*, tâter, porter la main à diverses reprises), indique que la tentative n'existe que lorsqu'il y a eu un acte ou une série d'actes non-seulement extérieurs, mais actes de main mise, tendant à l'accomplissement du délit. — La tentative elle-même, à mesure qu'elle s'avance vers cet accomplissement, parcourt des gradations successives : elle peut être inachevée ou achevée; *inachevée*, ou, en d'autres termes, *suspendue*, lorsque l'agent, avant d'avoir mené à fin les actes d'exécution, s'est arrêté volontairement ou a été arrêté contre son gré dans le cours de ces actes; — *achevée*, lorsque, les actes d'exécution ayant été accomplis en entier par l'agent, le mal du délit n'a cependant pas été produit. Ce dernier cas se désigne encore par le nom de délit *manqué*.

Enfin, il peut arriver que ce soit par une raison d'impossibilité que l'agent n'ait pas produit par ses actes le mal du délit qu'il avait en vue : le cas alors prend le nom de délit *impossible;* mais il n'existe qu'autant qu'il s'agit d'une impossibilité véritable, absolue, insurmontable, d'après les lois mêmes de la nature.

Sans entrer dans le détail des raisonnements qui servent à établir, en droit pénal, les nuances de ces divers cas, il suffira de dresser pour chacun d'eux, suivant les règles fondamentales de l'imputabilité, le compte pénal de l'agent, et de voir comment ce compte se trouve graduellement plus ou moins chargé, pour en déduire, en droit rationnel, les conséquences suivantes : — La peine entière du délit, au délit consommé seulement. — A la tentative achevée dont l'effet a été manqué, la peine du délit avec abaissement. — A la tentative inachevée, suspendue par des causes indépendantes de la volonté de l'agent, cette peine avec un nouvel abaissement. Des degrés de plus ou de moins pourront exister dans cette tentative inachevée, suivant qu'elle aura été poussée plus ou moins loin avant d'être interrompue; mais la loi, qu'il faut éviter d'ailleurs de rendre trop compliquée, ne peut suivre ces nuances multiples et variables des faits : ce doit être à l'office du juge en chaque cause. — A la tentative suspendue par la volonté de l'agent, pas de peine, afin de l'encourager à s'arrêter, à moins que les actes déjà accomplis ne constituent par eux-mêmes un délit particulier complet. — Aux actes préparatoires, pas de peine, à moins qu'ils ne constituent par eux-mêmes un délit particulier complet en soi, ou que la loi, par exception, à raison de la gravité et du caractère dangereux de certains crimes, n'en ait puni les préparatifs d'une peine spéciale, qui doit être inférieure à celle de la tentative inachevée. — Même solution pour la résolution concertée et arrêtée entre plusieurs, et pour le délit impossible, qui ne sont punissables que si la loi les a érigés par eux-mêmes et exceptionnellement en délits spéciaux, dont la pénalité doit être inférieure encore à la précédente. — La menace est plus encore dans une classe à part.

Nous sommes, quand nous nous laissons aller à apprécier par instinct ces hypothèses diverses, entre deux tendances contraires : l'une, immatérielle, qui nous porte à nous attacher uniquement à l'intention, sans tenir compte des faits physiques; l'autre, matérielle, qui fait entrer ces faits physiques dans la balance. La première tendance n'appartient qu'à la justice absolue et n'est pas de ce monde; la seconde seule est en accord avec la nature et les bases fondamentales de la pénalité sociale.

Dans notre droit positif, il y a une différence à faire, eu égard à la tentative, entre les crimes, les délits de police correctionnelle et les contraventions de simple police.

En ce qui concerne les crimes, il est curieux de voir comment notre législateur, perdant la trace de ce qui avait lieu autrefois dans notre ancienne jurisprudence, a été conduit à généraliser ce qui n'était qu'une exception, qu'un excès de rigueur dans cette ancienne jurisprudence, et à assimiler la tentative du crime au crime consommé (C. pén., art. 2). — En effet, la règle de notre ancienne jurisprudence était que la tentative devait moins se punir que le crime consommé. Il n'y avait d'exception qu'à l'égard des crimes qualifiés atroces, ceux de lèse-majesté au premier chef, de parricide, d'empoisonnement, d'assassinat et d'incendie. — Le législateur de 1791, suivant en partie ces errements, continua à punir, dans le Code pénal de cette époque, la tentative d'assassinat et celle d'empoisonnement à l'égal du crime consommé; mais, comme il ne dit rien des autres, il s'ensuivit qu'elles restèrent toutes impunies. Pour combler cette lacune, une loi du 22 prairial an IV étendit à toutes les tentatives de crime la rigueur du Code pénal de 1791, concernant seulement celles d'assassinat ou d'empoisonnement; la disposition est passée de là, en termes à peu près identiques, dans l'article 2 de notre Code pénal actuel, et elle y a été maintenue lors de la révision de 1832, sauf une simplification de rédaction.

Il résulte des termes mêmes de cet article : — Qu'à l'égard des menaces, des résolutions arrêtées et concertées entre plusieurs, ainsi que des actes préparatoires, dont l'article ne parle pas, on reste sous l'empire des principes généraux du droit, ou des dispositions spéciales de la loi qui auraient frappé particulièrement quelqu'un de ces actes; — Que la tentative ne commence qu'au moment où il y a eu *commencement d'exécution*. Notre Code n'ayant point défini lui-même quel est le point où l'on pourra dire qu'il n'y a plus actes préparatoires, mais que l'exécution est commencée, c'est une appréciation de fait qui est laissée à la sagesse du jury ou du juge; — Que la tentative suspendue par la volonté de son auteur n'est frappée d'aucune peine en qualité de tentative; elle ne le serait que si les actes déjà accomplis constituaient par eux-mêmes un délit achevé en soi, et seulement à raison de ce délit; — Enfin que la tentative qui n'a été suspendue ou dont l'effet n'a été manqué que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est punie comme le crime même : expressions qui comprennent et placent sous un même niveau, avec le crime *consommé*, tant la tentative inachevée que la tentative achevée, autrement dite crime *manqué*. — Ce système est en désaccord avec les principes rationnels du droit pénal, avec les traditions de notre ancienne jurisprudence, et avec les dispositions des Codes de pénalité des autres États. Il passe sans transition de l'impunité des actes préparatoires à la peine du crime même, dès les premiers

actes d'exécution. — Le correctif pratique consiste dans l'usage que peut faire le juge de la latitude entre le *maximum* et le *minimum* de peine, si cette latitude lui est ouverte, ou dans la déclaration qu'il existe des circonstances atténuantes.

Certaines exceptions à cette assimilation de la tentative du crime au crime consommé sont faites textuellement par le législateur à l'égard de quelques crimes particuliers (C. pén., art. 179, 361 et suiv., 365, 317).

Le crime impossible, d'une impossibilité radicale et absolue, ne saurait rentrer dans les termes de l'article 2 de notre Code pénal; ainsi, même en notre droit positif, il reste à l'abri de toute peine.

En ce qui concerne les délits de police correctionnelle, les tentatives n'en sont punies, suivant notre droit pénal positif, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi (C. pén., art. 3) : telles sont les tentatives d'évasion de détenus, celles des diverses espèces de vols, détournements d'objets saisis, ou escroqueries, et celles des coalitions de maîtres ou d'ouvriers en vue de faire baisser ou hausser les salaires par violence ou par fraude (C. pén., art. 241, 243, 388, 400, 401, 405; art. 414 et 415 remaniés en 1864).

Enfin, quant aux contraventions de simple police, en l'absence de toute disposition du Code pénal ou des lois spéciales, elles restent impunissables.

Il résulte des données de nos statistiques que, dans les accusations pour crimes, les tentatives sont, en moyenne, environ de 66 pour 1,000; ou, en d'autres termes, que sur 1,000 accusations pour crimes, il y en a 934 pour crimes consommés et 66 pour tentatives. — Il ressort de ces mêmes statistiques que, durant les vingt années de 1841 à 1860 inclusivement, il y a eu 130 condamnés à mort et 712 condamnés aux travaux forcés à perpétuité, pour tentatives de crime. Toutefois la statistique de 1861 à 1865 ne signale plus que 10 condamnations à mort, chiffre qui correspond à celui de 40 pour une période vicennale.

Attentat.

Attentat n'est autre chose que tentative, *attenter* autre chose que tenter. Dans notre ancienne jurisprudence, soit dans le texte des ordonnances, soit dans le langage des jurisconsultes, ces mots n'ont pas d'autre sens, et nos criminalistes français, au lieu de dire tentative, disent constamment d'un crime que le simple attentat y est ou n'y est pas punissable, recherchent quels sont les crimes où le simple attentat est punissable, comme le serait le crime consommé lui-même. — Or, comme ces derniers crimes étaient ceux qualifiés d'atroces, savoir, les crimes de lèse-majesté au premier chef, de parricide, d'assassinat, d'empoisonnement, d'incendie, l'usage est venu d'entendre le mot d'attentat, dans la langue vulgaire, comme signifiant un grand crime, et de l'appliquer non-seulement à la tentative, mais même au crime consommé.

Dans le système du Code pénal de 1810, l'assimilation de la tentative au fait consommé étant devenue la règle générale pour tous les crimes, pour les moins graves comme pour ceux qui le sont le plus, ce qui avait lieu autrefois quant à l'attentat des crimes atroces s'est absorbé dans cette règle générale; et néanmoins les mots *attentat, attenter, attentatoire* nous sont restés, figurant dans le Code pénal en certaines disposi-

tions, tantôt en leur acception véritable quoique à demi oubliée, tantôt en une acception corrompue et sans caractère précis.

On en trouve des vestiges, venus précisément toujours de notre ancienne jurisprudence, en ce qui concerne, avant tout, les crimes correspondant aux anciens crimes de lèse-majesté au premier chef (C. pén., art. 86 et suiv.); — puis l'empoisonnement et l'incendie (C. pén., art. 301 et 434); — enfin, d'une manière moins marquée, l'assassinat (C. pén., art. 297); comme aussi dans ces expressions, *attentats à la liberté* ou *attentats aux mœurs* (C. pén., art. 114 et suiv.; 330 et suiv.).

Dans les cas où le mot figure en sa véritable acception, comme ceux particulièrement où il s'agit de crimes correspondant aux anciens crimes de lèse-majesté au premier chef, substituez au mot attentat, partout où il se trouve dans nos articles de lois, celui de tentative, et appliquez les règles de la tentative, vous verrez à l'instant les équivoques disparaître et les principes généraux commander avec autorité les solutions.

FAITS CONSTITUTIFS DU DÉLIT; CIRCONSTANCES EMPORTANT AGGRAVATION, EXEMPTION DE PEINE OU ATTÉNUATION.

On entend par faits constitutifs les faits qui forment les conditions, les éléments indispensables pour l'existence même du délit, ceux dont le délit est en quelque sorte bâti ou construit (de *condere*, fonder, construire).

On entend par circonstances les faits qui, le délit existant, se placent, se groupent alentour (de *circum-stare*), en qualité de faits accessoires (de *ad-cedere*, mot qui contient une idée analogue), et en forment des modalités.

On dit aussi quelquefois *circonstances constitutives*, lorsque, le délit étant formé d'éléments complexes, l'un de ces éléments est considéré logiquement comme le fait principal, et les autres comme des faits accessoires, quoique la réunion de tous soit indispensable pour l'existence du délit : c'est ainsi que dans le délit, de la part d'un mari, d'entretenir une concubine dans la maison conjugale (C. pén., art. 331), cette circonstance que l'entretien a eu lieu dans la maison conjugale, étant nécessaire, suivant notre loi pénale, pour l'existence même du délit, sera appelée circonstance constitutive.

Ceci entendu et un délit étant donné, il est possible que les circonstances accessoires qui s'y rencontrent opèrent ou une aggravation du délit, ou une atténuation, ou une exemption totale de peine, ou bien une transformation du délit en un autre, ou bien une addition de délit. Dans quels cas l'un ou l'autre de ces effets sera-t-il produit? La solution dépend surtout d'une appréciation exacte des conditions d'existence, c'est-à-dire des faits ou éléments constitutifs de chaque délit.

Faits constitutifs.

La règle pratique générale, pour bien discerner ces faits, sera celle-ci : reportez-vous à la définition donnée par la loi du délit en question, étudiez, analysez avec soin cette définition, et faites-en sortir tout ce qui est condition *sine qua non* de l'existence du délit.

Il n'est guère possible qu'il y ait lieu à confusion entre les faits constitutifs et les circonstances emportant atténuation ou exemption de

peine; mais cette confusion est de nature à se présenter quelquefois entre les faits constitutifs et les circonstances aggravantes. Il faut mettre la plus grande attention à s'en garantir et à distinguer soigneusement dans chaque délit ce qui est constitutif et ce qui n'est qu'aggravant. — Les crimes à l'égard desquels cette étude peut être plus particulièrement recommandée sont ceux d'assassinat, de parricide, d'infanticide, d'empoisonnement et d'incendie.

La grande utilité pratique de cette distinction se réfère, indépendamment des effets de pénalité, aux règles de la procédure pénale, et notamment à la position des questions devant le jury.

Circonstances aggravantes.

Parmi les circonstances aggravantes, il en est qui sont de nature à influer sur la culpabilité absolue : elle doivent faire l'objet d'une disposition expresse du législateur; — d'autres seulement sur la culpabilité individuelle : elles sont forcément abandonnées à l'appréciation du juge. — Les premières sont les seules qui soient qualifiées, à proprement parler, dans notre droit positif, de *circonstances aggravantes;* l'effet aggravant en doit toujours être appuyé sur un texte de loi. — Il ne peut être tenu compte des secondes, dans notre pratique judiciaire, qu'à l'aide de la latitude entre le *minimum* et le *maximum*.

Les circonstances aggravantes déterminées par la loi peuvent être générales, c'est-à-dire de nature à se produire dans tous les délits ou du moins dans un certain ensemble de délits, ou bien spéciales, c'est-à-dire exclusivement propres à certains délits en particulier. — Nous ne voyons dans notre Code pénal que deux circonstances aggravantes rentrant dans la première de ces deux catégories, savoir : la récidive (C. pén., art. 56 et suiv.), et la qualité de fonctionnaire ou officier public dans les cas de l'article 198 du Code pénal. — Toutes les autres sont spéciales.

L'effet des circonstances aggravantes est quelquefois tel, qu'il fait passer la contravention de simple police dans la classe des délits de police correctionnelle, ou le délit de police correctionnelle dans la classe des crimes. Les exemples de ce dernier changement sont nombreux; le type le plus marqué en est dans ce qu'on appelle les *vols qualifiés*.

Quelquefois l'effet aggravant n'est attaché qu'à la réunion d'un certain nombre plus ou moins grand de circonstances diverses. Les exemples les plus marqués que nous en offre notre Code pénal se trouvent encore en ce qui concerne les vols qualifiés.

Excuses.

Les circonstances produisant atténuation du délit sont, comme les circonstances aggravantes, de nature à influer ou sur la culpabilité absolue, elles doivent alors faire l'objet d'une disposition expresse du législateur; ou seulement sur la culpabilité individuelle, celles-ci sont abandonnées forcément à l'appréciation du juge. — Dans le langage technique de notre droit pénal français, nous nommons les premières *excuses*, et nous gardons pour les secondes le nom de circonstances atténuantes.

Quelle que soit leur origine première, les deux expressions accuser et excuser (*ad-cusare, ex-cusare*), accusation et excuse (*ad-cusatio, ex-cusatio*), ont indubitablement une source commune, et se présentent, quant à l'idée, comme l'inverse l'une de l'autre. Si accuser c'est mettre

en cause, excuser c'est mettre hors de cause. — Cependant, dans le langage ordinaire et aussi dans celui de notre droit pénal français, le mot d'excuse emporte l'idée d'une certaine culpabilité, qui reste, mais qu'on veut bien, par quelque considération particulière, pardonner ou du moins mitiger.

L'article 65 de notre Code pénal pose en règle absolue que « nul » crime ou délit ne peut être excusé ni la peine mitigée que dans les cas » et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet » de lui appliquer une peine moins rigoureuse. » — Parmi les excuses définies par notre loi pénale, il en est qui emportent exemption totale de peine, et que nous appellerons en conséquence excuses *absolutoires;* d'autres qui emportent seulement atténuation de peine, et qui se nommeront excuses *atténuantes*. — Ce serait une grave erreur que de confondre les excuses, même absolutoires, avec les causes de non-culpabilité, savoir : la démence, la contrainte, la légitime défense, et l'ordre ou l'autorisation de la loi. Dans ces divers cas, l'accusé est non coupable; dans les cas d'excuse absolutoire, au contraire, il est coupable; mais la loi, par des motifs exceptionnels, par exemple, parce que le délit aura été commis contre certains parents, comme en cas de vol (Cod. pén., art. 380), ou en faveur de certains parents, comme en cas de recel de coupable (C. pén., art. 248), ou parce que le mal aura été réparé dans un certain délai (C. pén., art. 247, 357), ou parce qu'il y aura eu certaines révélations (C. pén., 108, 138, 144, 213, 284, 285, 288), ou par des motifs analogues, ordonne qu'il ne soit prononcé contre lui aucune peine. — Cette distinction est de grave conséquence, en notre pratique criminelle, tant pour le fond que pour la forme, et particulièrement en ce qui concerne les questions à poser au jury.

Quant à l'étendue d'application que peuvent avoir les excuses, il y en a de générales pour tous les délits ou du moins pour un certain ensemble de délits. Deux seulement, dans notre droit positif, ont ce caractère : celle tirée de la minorité de seize ans, lorsqu'il est reconnu que le mineur a agi avec discernement (C. pén., art. 67 et 69), et celle tirée de la provocation par des violences graves, ou des autres offenses énumérées dans notre loi (C. pén., art. 321, 322 et 324). Toutes les autres excuses sont spéciales pour tel ou tel délit en particulier.

Quant aux motifs sur lesquels elles sont fondées, les unes le sont sur des motifs de justice, la culpabilité étant moindre; — les autres sur des motifs d'utilité sociale, le législateur ayant jugé plus utile pour la société que la peine fût adoucie ou même remise en totalité, que si elle était appliquée rigoureusement. — Les premiers de ces motifs appartiennent plus particulièrement à des faits antérieurs au délit ou concomitants; les seconds à des faits postérieurs.

Notre Code pénal, après la définition, dans les articles 321 et 322, de l'excuse tirée de la provocation par coups ou violences graves envers les personnes, ou de l'escalade ou effraction pendant le jour, porte, article suivant : « Le parricide n'est jamais excusable » (art. 323). — Cette disposition ne doit pas être prise néanmoins dans un sens absolu; elle n'est applicable, en définitive, qu'aux excuses dont il est question dans les deux articles qui la précèdent; le législateur n'a pas eu en vue les autres sortes d'excuses; ainsi, par exemple, le bénéfice de la minorité de seize ans devrait certainement être étendu même à ce crime.

Circonstances atténuantes.

Il s'agit ici des circonstances en dehors des prévisions abstraites du législateur, de nature à atténuer la culpabilité individuelle, abandonnées, en conséquence, nécessairement à l'appréciation du juge. — Notre droit pénal offre un premier moyen de tenir compte, dans la pratique, de ces circonstances individuelles : c'est la latitude du *maximum* au *minimum*. — Mais, d'une part, il y a beaucoup de cas où cette latitude n'existe pas ; tels sont notamment tous ceux où il s'agit de crimes emportant peine de mort ou peine perpétuelle, précisément ceux dans lesquels l'esprit de justice se trouvera le plus porté à reculer devant la grandeur du châtiment. — D'autre part, le *minimum* peut être insuffisant lui-même pour cette considération. — Le second moyen offert par notre droit positif, c'est la déclaration qu'il existe des circonstances atténuantes au profit individuellement de telle ou telle personne déclarée coupable.

Cette institution des circonstances atténuantes a son germe dans plusieurs lois antérieures au Code pénal de 1810; ce Code ne l'avait admise qu'à l'égard des délits de police correctionnelle, et avec restriction, même dans ce cas ; elle a été généralisée lors de la révision de 1832, et étendue à nos trois catégories d'infractions (C. pén., art. 463 et 483; C. inst. crim., art. 341). — Son application a lieu, en fait de crimes, à tous ceux prévus tant par le Code pénal que par des lois particulières en dehors du Code (à l'exception des crimes spéciaux de l'armée de terre ou de mer, où l'application en est réglée, pour certains cas seulement, par les Codes de justice militaire, de 1857 et de 1858) ; mais, en fait de délits de police correctionnelle ou de contraventions de simple police, seulement à ceux prévus par le Code pénal, à moins que la loi particulière ne porte elle-même la disposition expresse que le bénéfice des circonstances atténuantes pourra y être appliqué.

Indépendamment de la nécessité de tenir compte des nuances variées de la culpabilité individuelle, ce qui est la destination véritable et scientifique de l'institution des circonstances atténuantes, une autre destination y a été donnée encore textuellement dans l'exposé des motifs et dans tout le cours de la discussion, par le législateur de 1832 : on y a vu, à cette époque, un moyen offert au jury et au juge de corriger les rigueurs de notre loi pénale, qui paraîtraient excessives, une sorte de remède général aux imperfections qui pouvaient se trouver dans notre droit pénal positif, mais que notre législateur n'avait pas le temps de rectifier.

La proportion, révélée par nos statistiques, entre les déclarations de circonstances atténuantes et le nombre des accusés reconnus coupables de crimes, a été, en moyenne, durant les quinze années de 1851 à 1865, de 70 sur 100; spécialement pour le crime de parricide, de 56 sur 100; — en fait de délits de police correctionnelle, elle a été de 57 sur 100.

CORPS DU DÉLIT.

Le mot de corps emporte l'idée d'une substance ou objet physique, d'un tout formé par la réunion de diverses parties matérielles liées entre elles plus ou moins étroitement. — Ainsi en est-il du corps du délit ; le corps du délit n'est autre chose que l'ensemble des éléments physiques, des éléments matériels dont se compose le délit. — De

même qu'il n'y a pas d'homme sans ces deux éléments, le corps et le moral, de même il n'y a pas de délit sans des éléments physiques et des éléments moraux : ce sont les premiers, dans tout leur ensemble, qui se nomment corps du délit.

Tout délit, même ceux dont l'action est la plus fugitive, même ceux qui consistent dans une inaction, ont, au moins au moment où ils se commettent, des éléments physiques, un corps de délit. — Après le délit commis, il ne reste que des fractions, que des vestiges plus ou moins importants du corps du délit. Ces vestiges sont plus ou moins significatifs, plus ou moins probants comme témoignage de l'existence du délit. — Quelquefois, par une figure de langage, en prenant la partie pour le tout, on les nomme aussi corps du délit. Mais ils n'en sont pas le tout, ils n'en sont que des parties.

Quant à dire, avec quelques-uns, que le corps du délit n'est autre chose que l'existence même du délit, c'est comme si on disait que le corps de l'homme n'est autre chose que l'existence de l'homme. On passe de l'idée physique à l'idée métaphysique; il n'y a plus là qu'une occasion d'obscurité et de confusion.

Quel que soit le moyen de preuve par lequel le corps du délit puisse être constaté, cela ne fait rien à sa propre nature. Qu'il le soit par des preuves physiques, c'est-à-dire par le témoignage des sens en face des éléments ou des vestiges matériels eux-mêmes, ou par des preuves métaphysiques, le corps du délit ne change pas. Ces deux sortes de preuves sont d'ailleurs l'une et l'autre admissibles.

Il est question du corps du délit en l'article 11 de notre Code pénal français, à propos de la confiscation spéciale : le mot est pris dans cet article en un sens restreint, comme désignant certains objets qui font partie du corps du délit, quoiqu'ils n'en soient pas le tout. — Il en est question encore, dans l'article 32 du Code d'instruction criminelle, à propos des règles de procédure ayant pour but de le constater : *ici le mot doit être entendu dans toute son extension, pour l'ensemble de tous les éléments physiques du délit, ou du moins pour tout ce qui pourra encore en être saisi et constaté.*

TITRE IV

PLURALITÉ DE DÉLITS, PLURALITÉ D'AGENTS OU DE PATIENTS DU DÉLIT.

1142. Jusqu'ici nous avons traité de l'hypothèse la plus simple : celle d'un seul délit, d'un seul agent et d'un seul patient du délit. Nous pouvons maintenant compliquer les données du problème. Il peut se faire, en effet, qu'il y ait pluralité de délits, pluralité d'agents, pluralité de patients du délit : quelles devront être alors les solutions du droit pénal ?

1143. Afin de marcher toujours graduellement, même en ces sortes de complications, nous commencerons par celle qui offre le moins d'éléments composés : pluralité de délits à la charge d'un seul agent.

Celle-ci se présente elle-même de deux manières : — ou bien l'agent s'est rendu coupable de ces délits cumulés avant d'avoir été encore atteint d'aucune condamnation ; — ou bien c'est après une condamnation prononcée contre lui pour un premier délit que l'agent en a commis un nouveau. — On donne communément au premier cas, dans le langage des jurisconsultes, le nom de concours de délits (*concursus delictorum*) ou *réitération* (ce dernier mot est usité techniquement dans les Codes italiens) : nous nous servirons, quant à nous, de celui de *cumul de délits*. Le second cas porte le nom, généralement consacré, de *récidive*.

CHAPITRE I

DU CUMUL DE DÉLITS, OU RÉITÉRATION.

1° *Suivant la science rationnelle.*

1144. Qu'on veuille bien considérer que, dans l'hypothèse dont il s'agit ici, l'agent ayant commis les délits qu'il a cumulés avant d'avoir été condamné pour aucun, tous sont encore à punir. C'est là le trait distinctif de la situation ; c'est de là que nous tirerons, par la seule déduction logique, les règles qui doivent y dominer. — Le problème pénal est de savoir quelle peine on fera subir au coupable pour lui faire expier tous ces délits. Nous dirions volontiers, pour plus de précision : *cumul de délits à punir*.

1145. Qu'on veuille bien considérer qu'une fois que les délits cumulés ont été commis, qu'ils soient déférés à la justice pénale tous en même temps, dans une même instance, ou qu'ils le soient séparément en des instances différentes, la conclusion du pro-

blème, quant à la pénalité, ne saurait changer ; car il est impossible d'arriver logiquement à un tel résultat, que l'agent soit, en droit, plus ou moins punissable selon qu'on aura donné telle ou telle autre direction à la procédure. Le jurisconsulte et le législateur pénal ont été dans le faux et dans l'injuste lorsqu'ils se sont mis en dehors de cette vérité.

1146. C'est en conséquence des deux observations qui précèdent que nous repoussons l'expression de concours de délits, dérivée d'ailleurs, nous le reconnaissons, d'un fragment du droit romain (ci-dessous, n° 1159). Les mots de *concours, concurrence,* indiquent une sorte de lutte, de rivalité, et un choix à faire entre les concurrents : ce sont des lutteurs qui courent ensemble vers un même but; lequel d'entre eux y arrivera ? — Nous concevons davantage le mot de concours à propos des actions à exercer en justice, et c'est particulièrement à ce propos que les jurisconsultes romains s'en sont servis. Plusieurs actions nous sont offertes ; elles se présentent ensemble ; pouvons-nous user de toutes ? sommes-nous obligés d'en choisir une, et, dans ce cas, laquelle devra l'emporter ? — Mais à l'égard des délits dont nous parlons, rien de semblable. Il n'y a pas concours, il y a cumul de délit sur délit. Compris ou non compris dans une même instance, ces délits existent tous, l'agent est coupable de tous, il est punissable à raison de tous.

1147. Le problème général reste toujours le même, de quelque nature que soient les délits cumulés : qu'il s'agisse d'une même espèce de délits, comme de plusieurs vols; ou de délits d'un même genre, comme de vol et d'escroquerie ; ou de délits tout à fait différents de caractère, comme un délit de chasse ou un délit de presse et des coups ou blessures ; toujours, ces délits cumulés ayant été commis avant qu'aucun d'eux eût été frappé de peine, ils sont tous à punir. On peut bien, par rapport à l'appréciation morale du caractère de l'agent, de ses penchants ou de ses habitudes vicieuses, distinguer deux sortes de cumuls : cumul *de mêmes délits,* cumul *de délits divers ;* mais le problème pénal ne change pas de l'un à l'autre : l'agent a toujours à expier tous ses délits. — Le mot de *réitération* convient parfaitement aux cas du cumul de mêmes délits ; ce n'est que dans une acception impropre, rendue plus générale, qu'on l'a étendu même au cas du cumul de délits divers. Voilà pourquoi nous préférons, quoique moins brève, l'expression de *cumul de délits,* qui est exacte en tous les cas.

1148. Que les délits aient été commis en différents temps ou en différents lieux, qu'ils soient plus ou moins graves ou plus ou moins légers, cela ne change rien au problème général, en ce sens qu'ils sont toujours tous à punir. — Sans doute le plus ou moins de gravité des délits cumulés influera directement sur la quotité de la peine, peut-être même sur la manière de calculer

cette quotité ; mais toujours, graves ou légers, il s'agira de faire expier au coupable tous les délits qu'il aura commis. — Ceux néanmoins de ces délits qui, à raison du temps, se trouveraient couverts par la prescription, ou qui, à raison du lieu, seraient en dehors de l'action pénale du pays, n'entreraient pas en ligne de compte dans le cumul des délits, puisqu'ils ne seraient plus à punir, ou qu'ils ne l'auraient jamais été par la justice de ce pays.

1149. Si l'agent n'a commis qu'un seul fait, lequel contient en soi la violation de plusieurs devoirs qui se réunissaient pour le défendre, la transgression de plusieurs lois pénales qui le frappaient chacune de peine : au point de vue de l'exercice physique de l'activité humaine, de l'acte matériel accompli, il n'y a qu'un seul délit; mais au point de vue de l'appréciation morale de cet acte, il y en a plusieurs. Cette sorte de cumul est nommée cumul *idéal*, cumul *moral* de délits. Les délits politiques, les délits de fonctions en offriront souvent l'exemple ; car souvent il arrivera que le même acte constituera en même temps une de ces sortes de délits particuliers et en outre un délit de droit commun : comme serait la séquestration, le meurtre du chef de l'État. (On en peut voir de nombreux exemples ci-dessus, nos 724 et suiv., no 1057 avec la note). — La solution du problème pénal en cette sorte de cumul ne saurait offrir de difficulté : puisqu'il n'y a qu'un fait unique, il ne peut y avoir qu'un seul châtiment. C'est par la plus grave des transgressions en lui contenues que l'acte sera caractérisé ; ce sera la peine de cette transgression la plus grave qui sera appliquée ; les autres violations de devoirs qui se trouveront dans le même acte devront servir seulement de motif d'aggravation de cette peine, dans les cas où l'appréciation morale du fait le comportera (ci-dess., nos 726 et 729, et aussi 1057, avec la note).

1150. Une solution analogue, quant à la pénalité, se présente au sujet des délits continus (vulgairement nommés *successifs*), et l'observation est importante, surtout au cas de la continuité morale, dont nous avons déjà marqué les caractères, ci-dessus, no 748. Bien qu'il y ait en cette sorte de continuité divers actes dont chacun suffirait à lui seul pour constituer le délit, cependant l'unité de conception, de résolution et de but relie tous ces actes en un seul et même délit, qui sera frappé d'une seule peine, sauf l'aggravation pouvant résulter de la considération du nombre de faits compris dans le délit (ci-dess., nos 758 et 759). Il faut donc se bien donner garde de confondre la continuité morale avec la réitération ou le cumul des délits. La distinction sera souvent très-délicate à établir en fait ; mais elle n'en doit pas moins être observée en droit.

1151. Le vrai cumul de délits n'existe que lorsqu'il y a eu de la part de l'agent plusieurs actes constituant chacun séparément et distinctement un délit : le cumul est alors qualifié, par les jurisconsultes, de cumul *réel*, ou cumul *formel, matériel*, par oppo-

sition au cumul idéal ou moral. C'est ici seulement qu'il y a pluralité de délits à punir dans la personne du même agent.

1152. La règle scientifique pour marquer la mesure de cette punition sera toujours déduite des mêmes principes : infliger à tous ces délits cumulés la quotité de peine qu'exigent la justice et la nécessité sociale réunies; jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est nécessaire.

1153. Là-dessus deux systèmes radicaux, en sens inverse l'un de l'autre, se sont produits : — l'un qui consiste à infliger au coupable les peines additionnées de tous les délits qu'il a commis; ce qui s'exprime par cette formule : « Le cumul des délits emporte cumul des peines; » — l'autre qui consiste à n'infliger au coupable que la peine du délit le plus gravement réprimé entre ceux qu'il a commis; ce qui s'exprime en disant : « La plus forte peine absorbe toutes les autres. »

Il n'est pas difficile de démontrer que ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes n'est en accord avec les principes fondamentaux de la pénalité sociale. Le premier pèche par excès de peine, le second par insuffisance.

1154. En effet, le cumul des peines à raison du cumul des délits n'est ni juste ni nécessaire. — Ni juste, car la société a une partie des reproches à prendre à sa charge dans cette accumulation de délits, pour avoir, par son inaction ou par les retards de son action, laissé le coupable s'engager dans une voie où l'impunité lui a fait pente. Prise en masse, la culpabilité du délinquant, dans l'ensemble de tous ces faits, n'est pas égale, en justice absolue, à la somme de toutes les culpabilités partielles qu'offrirait chacun de ces faits considéré isolément. — Ni nécessaire, car ni les conditions de la sécurité publique, ni celles de l'exemple à donner, n'exigent, pour être satisfaites, l'application des peines additionnées. Le total de cette addition pourra même quelquefois s'élever à des chiffres tellement exagérés, par exemple pour la somme des amendes, pour la durée des peines privatives de liberté, ou pour les autres peines, qu'ils deviendront hors de toute proportion avec une pénalité sérieuse et pratique.

1155. Quant à la règle que la plus forte peine absorbe toutes les autres, elle ne donne satisfaction, à son tour, ni à la justice, ni aux exigences de la sécurité sociale. — Ni à la justice, puisque l'auteur de plusieurs délits cumulés est puni seulement comme s'il avait commis un seul de ces délits, le plus grave d'entre eux, les autres ne comptant pas dans la mesure de la peine. — Ni à la sécurité sociale, puisque, après avoir commis un délit, le malfaiteur a, pour ainsi dire, carte blanche, en ce qui concerne la mesure de la peine, pour commettre impunément, autant de fois qu'il le voudra, tous les délits de même gravité ou de gravité inférieure; la société est laissée sans protection pénale contre ces délits ultérieurs; le premier délit est comme un bref d'impunité

pour les autres : « Que saurait-il m'en advenir de plus? Rien, » peut se dire le malfaiteur. La crainte que l'un ne fasse découvrir l'autre, voilà le seul frein légal qui reste, en fait, pour le retenir.

1156. L'idée d'un tel système, aussi radicalement en désaccord avec les principes de justice et avec ceux d'utilité, est venue de ce qu'en certains cas, il est impossible qu'il en soit autrement : la peine la plus grave absorbe forcément toutes les autres. Il en est ainsi particulièrement de la peine de mort, qui absorbe forcément toutes les peines corporelles ; il en est de même, jusqu'à un certain point, de la peine privative de liberté de l'ordre le plus dur, lorsqu'elle est perpétuelle, qui absorbe forcément toutes les autres peines privatives de liberté ; ou de la peine privative de droits de l'ordre le plus étendu et à perpétuité, qui absorbe forcément toutes les autres peines privatives, partiellement ou temporairement, des mêmes droits. Nous disons jusqu'à un certain point, parce qu'un système de pénalité bien coordonné peut encore pourvoir, par des aggravations sagement combinées, à ces deux dernières hypothèses, et qu'il n'y a réellement d'inévitable absorption que celle qu'opère la peine de mort sur toutes les peines corporelles. Mais, de ce que cette dernière situation est inévitable, de ce qu'il est impossible à la société, lorsqu'elle a atteint le *nec plus ultra* des châtiments sur le corps de l'homme, d'aller au delà et de se protéger davantage, vouloir transporter tous les inconvénients de la situation dans les cas où il peut en être autrement, vouloir transformer en règle générale de droit ce qui n'est qu'une fatalité extrême à subir : quelle manière de raisonner, et quel abandon des garanties dues à la société contre les crimes !

1157. Laissant donc de côté l'un et l'autre de ces deux systèmes, celui qui pèche par excès et celui qui pèche par insuffisance, il faut dire que la vraie solution de la science rationnelle sera dans la combinaison d'une peine plus grave, comme résultante générale de tous les délits qui ont été commis et qui sont tous à punir. — Sans doute, il est beaucoup plus simple pour le législateur de décréter : « La peine de tous les délits sera appliquée ; » ou, au contraire : « La peine la plus forte sera seule appliquée ; » mais la simplicité qui s'obtient aux dépens des exigences de la justice ou de la sécurité sociale n'est plus une qualité, elle est un vice radical dans la loi de répression. — Il faut donc que le législateur trouve et formule un système de combinaison, d'où le juge doive faire sortir cette résultante, cette peine aggravée, non par addition, mais en considération de tous les délits à punir. Sans entrer dans le détail des règles possibles à cet égard, il nous suffira de dire qu'à mesure que la législation pénale avancera vers le point où la science la pousse, celui de l'unité de peine principale, variée par des degrés divers et par l'adjonction

de quelques peines accessoires, les complications disparaîtront, et la combinaison dont il s'agit deviendra de plus en plus facile à faire.

1158. Qu'on se pénètre bien de la différence qui existe sous ce rapport entre la question pénale et la question civile. Quant à cette dernière question, le cumul des délits doit toujours entraîner le cumul des condamnations aux dommages-intérêts à raison de chaque délit. Quelle que puisse être la somme de tous ces dommages-intérêts additionnés, peu importe, parce qu'il ne s'agit pas ici de punition, il s'agit de réparation; or, la moindre faute suffit, en droit civil, pour obliger à réparer tous les préjudices résultant de cette faute. Quant à la punition publique au contraire, elle doit être mesurée sur le degré de la culpabilité et sur les nécessités de la sécurité sociale, qui repoussent l'une et l'autre, suivant les principes rationnels, tant la règle du cumul des peines que celle de l'absorption.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

1159. L'ancienne doctrine européenne a été divisée sur la règle pénale à suivre en cas de cumul de délits, nommé par elle *concursus delictorum*. Cependant la décision prédominante, dans la plupart des États, a été pour le cumul des peines. Tel était le courant de notre ancienne jurisprudence française. Il n'était fait exception à ce cumul que dans les cas d'impossibilité, tels que celui de la peine de mort, qui absorbe forcément toutes les autres peines corporelles, ou bien encore à l'égard de certaines peines qui étaient réputées, d'après les usages du temps, *incompatibles* entre elles (1). Les criminalistes distinguaient d'ailleurs du véritable concours de délits le concours *idéal*, et le cas de délit continu, autrement dit successif (ci-dess., nos 1148 et 1149) : leur décision variant de l'une à l'autre de ces hypothèses (2). Enfin, il faut remarquer que, d'une part, malgré le principe du cumul, la règle que les peines étaient quasi toutes arbitraires pouvait permettre au juge, le plus souvent, de modérer ce cumul et d'empêcher que le total résultant de l'addition ne s'élevât à des quotités exorbitantes et hors d'application possible; tandis que, d'autre part, la faculté d'exaspérer même la peine de mort, par des supplices accessoires, permettait à ce même juge de faire sentir l'aggravation résultant du cumul jusque dans les condamnations capitales.

1160. Cette coutume prédominante du cumul des peines en cas de cumul de délits avait été basée par l'ancienne jurisprudence sur un fragment d'Ulpien fort connu : « *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur : neque enim de-*

(1) JOUSSE, tom. 2, p. 643, nos 280 et suiv.
(2) *Ibid.*

lictum ob aliud delictum minuit pœnam (1) » ; c'était de là même qu'était venue l'expression *concours de délits*. Ce fragment n'a pas trait aux peines publiques, aux délits de droit criminel, poursuivis par voie d'accusation ou par voie criminelle *extra ordinem ;* il ne se réfère qu'aux délits dans le sens du droit privé, poursuivis par voie d'action, pour faire prononcer une condamnation pécuniaire au profit du demandeur. Il n'en a pas moins été entendu, il n'en a pas moins été répété partout dans le sens du véritable droit pénal, il est devenu un brocard et a fait règle en ce sens (2). Au besoin, les docteurs le corroboraient par quelque citation du droit canon.

1161. La maxime tirée d'Ulpien n'empêchait pas qu'un autre brocard, diamétralement opposé, n'eût cours, en même temps, dans l'ancienne jurisprudence : « *Major pœna minorem absorbet.* » Seulement ce dernier était entendu, suivant l'opinion commune, des cas où, les peines étant incompatibles, soit par leur propre nature, soit par les usages du temps, le cumul n'en pouvait avoir lieu, et l'absorption devenait forcée.

Là-dessus, néanmoins, il s'est trouvé des criminalistes qui ont soutenu la justice de ce second adage dans un sens plus étendu, de manière à en porter l'application des cas où les peines sont incompatibles aux cas même où elles ne le sont pas, et à le substituer, comme règle générale répressive du cumul des délits, à la règle du cumul des peines. — Cette manière de voir a eu faveur, surtout en Allemagne. Une disposition particulière de la Caroline, ou Code criminel de Charles-Quint (de 1530, 1532), a contribué à cette direction de la jurisprudence en ce pays (3), et toutefois,

---

(1) Dig., 47, 1, *De privatis delictis*, 2, Fr. Ulp.

(2) Pour bien comprendre ce fragment d'Ulpien, il ne faut pas s'arrêter à la partie citée, il faut achever de le lire dans les paragraphes qui suivent, où il n'est question que des actions privées, *furti, legis Aquiliæ, vi bonorum raptorum*, et non des peines publiques criminelles que les mêmes faits pourraient mériter.

Si l'on veut des textes de droit romain relatifs véritablement aux accusations ou poursuites criminelles et aux peines publiques, on peut lire les suivants : — *Pour le cumul idéal :* Cod. 9, 2, *De accusationibus*, 9, const. Diocl. et Maxim. ; Dig. 48, 18, *De quæstionibus*, 5, Fr. Marcian. — *Pour le cumul réel :* Dig. 48, 2, *De accusationibus*, 7, § 5, Fr. Ulp. — 49, 7, *Nihil innovari appellatione*, 1, § 5, Fr. Ulp. — 49, 16, *De re militari*, 5, § 2, Fr. Arri. Menand. — Ces textes ne sont pas suffisants pour donner la notion précise de l'état du droit romain sur ce point, ni même pour qu'on soit autorisé à en conclure que la jurisprudence romaine eût un système bien arrêté à cet égard. Il en ressort néanmoins d'une manière certaine qu'il y avait au moins aggravation de peine à raison du cumul de délits. — Il faut observer, en outre, que le cas de cumul proprement dit et celui de la récidive se confondent souvent, sans distinction marquée, dans les dispositions du droit romain. Il en a même été ainsi plus d'une fois dans l'ancienne jurisprudence européenne, et l'expression *reiteratio, delictum reiteratum*, n'a pas chez les anciens criminalistes le sens technique qu'elle a pris de nos jours dans la doctrine et spécialement dans les codes italiens.

(3) Art. 163. « Lorsque dans un vol il y aura plus d'une des circonstances

quand on y regarde de près, dans la pratique, on voit que la règle « *Major pœna minorem absorbet* » y était appliquée avec de si nombreuses restrictions qu'elle revenait, en définitive, à admettre le cumul pour certaines peines, à le repousser pour d'autres, et à infliger, dans ce dernier cas, au moyen de l'arbitraire dans les peines, une aggravation, en place de l'addition (1). C'était ainsi que le même principe, celui des peines arbitraires, servait, tour à tour, dans l'ancienne jurisprudence, à corriger d'une part l'excès de la règle du cumul, et d'autre part l'insuffisance de la règle de l'absorption.

1162. Finalement, nous trouvons la règle de l'absorption passée en texte formel de loi dans un Code pénal décrété sous les inspirations de la philosophie du dix-huitième siècle, celui de l'empereur Joseph II, pour l'Autriche (du 1er janvier 1787), art. 15 : « Si le criminel est coupable de plusieurs délits différents entre eux, la peine doit être infligée eu égard au délit le plus rigoureusement puni. »

1163. Chez nous, après la révolution de 1789, ni les lois de police correctionnelle ou municipale, ni le Code pénal de 1791, ni plus tard celui de 1810, n'ont formulé de règle sur ce point. — Seulement la Constituante, dans la loi de 1791 sur l'établissement des jurés, à propos des opérations de la cour d'assises, et de nouveaux délits qui seraient révélés dans le cours des débats à la charge de l'accusé, a émis une disposition de laquelle il résulte que la règle à suivre, dans son esprit, était que la peine du délit le plus grave absorbe celle des délits inférieurs (2) ; le Code *des*

---

aggravantes dont il a été traité aux précédents articles, la peine sera prononcée en raison de l'aggravation la plus forte. » — Voir néanmoins, aux deux articles précédents, article 161, du vol commis pour la seconde fois, article 162, du vol commis pour la troisième fois, combien le système de l'absorption est loin d'être généralisé dans la Caroline, et combien sévèrement est punie la réitération des vols, non pas, il est vrai, au moyen de l'addition des peines, mais par une aggravation qui peut être plus rigoureuse encore, puisqu'elle peut aller contre le vol commis pour la troisième fois, jusqu'à la peine de mort.

(1) On peut voir là-dessus Carpzov, *Quæst.*, 132, notamment nos 19 et suiv., nos 62 et suiv., nos 67 et suiv., nos 78 et suiv. — Ce fut dans ce sens que furent conçues les dispositions du Code général, ou *Landrecht*, pour les États prussiens, promulgué en 1791, puis de nouveau en 1794, qui admettait le cumul des peines pécuniaires, soit entre elles, soit avec les autres peines (2e partie, tit. 20, art. 54, 55, 56), et qui à l'égard des peines corporelles disposait en ces termes, art. 57 : « S'il y a concours de plusieurs peines afflictives, il faut augmenter ou prolonger celle du plus grave des délits à punir, sans excéder toutefois la somme des peines encourues par les divers délits. »

(2) *Loi du* 29 *septembre* 1791, concernant la justice criminelle et l'établissement des jurés, tit. 7, *De l'examen et de la conviction*, art. 40 : « Si l'accusé est déclaré convaincu du fait porté dans l'acte d'accusation, il pourra encore être poursuivi pour raison du nouveau fait (révélé à sa charge par les débats) ; mais s'il est déclaré convaincu du second délit, il n'en subira la peine qu'autant qu'elle serait plus forte que celle du premier, auquel cas il sera sursis à l'exécution du jugement.

délits et des peines, de brumaire an IV, et enfin celui d'instruction criminelle de 1808, ont suivi les mêmes errements (1) ; et c'est ainsi que sur ce problème capital du droit de répression, qui aurait dû être législativement réglementé dans la partie générale du Code pénal, nous n'avons aucun article de ce Code, mais seulement deux articles du Code d'instruction criminelle (art. 365, 379), placés sous le titre *des affaires soumises au jury,* et sous la section *Du jugement et de l'exécution.*

1164. Mais le législateur de 1808, tout en suivant la trace de celui de 1791 et de brumaire an IV, a voulu du moins formuler d'une manière plus précise, qui la met plus en relief, la règle par lui adoptée, et il l'a fait en ces termes : *Code d'instruction criminelle,* art. 365 : «... En cas de conviction de plusieurs crimes » ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. »

1165. L'orateur du gouvernement devant le Corps législatif s'est borné à dire au sujet de cette disposition : « Le projet se décide formellement contre la cumulation des peines.... Jusqu'ici les cours de justice criminelle se sont interdit cette cumulation, plutôt d'après une jurisprudence que d'après un texte formel; mais en telle matière tout doit être réglé par la loi » (2). — Se décider contre le cumul des peines, fort bien (ci-dess., n° 1154) ; mais adopter la règle de l'absorption, c'était tomber de l'excès dans l'insuffisance (ci-dess., n° 1155).

Les seuls palliatifs pratiques de cette insuffisance peuvent se rencontrer chez nous dans le *maximum* de la peine, que le juge doit être plus facilement porté à appliquer en cas de cumul de délits, et dans la privation du bénéfice des circonstances atténuantes, que le jury ou le juge doivent être plus difficiles à accorder. — Encore faut-il remarquer : 1° que ces chances de sévérité ne sont pas spéciales au cas de cumul, puisqu'elles existent même pour les délits uniques ; 2° qu'à l'égard de beaucoup de crimes il n'y a pas de *maximum* dans la peine ; 3° et que, même lorsqu'il y en a un, notre loi n'impose pas au juge l'obligation de l'appliquer à raison du cumul des délits. Le juge reste encore maître, dans son appréciation, d'aller jusqu'à ce *maximum,* ou de se tenir au-dessous.

Les Codes de pénalité les plus récents en Europe ont réglementé d'une manière spéciale, plus ou moins heureuse, mais

(1) *Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV,* tit. 7, *Du jugement et de l'exécution,* art. 446 : « Lorsque, pendant les débats qui ont précédé le jugement de condamnation, l'accusé a été inculpé, soit par des pièces, soit par des dépositions de témoins, sur d'autres faits que ceux portés dans l'acte d'accusation, le tribunal criminel ordonne qu'il sera poursuivi, à raison de ces nouveaux faits, devant le directeur du jury du lieu où il tient ses séances, mais seulement dans le cas où ces nouveaux faits mériteraient une peine plus forte que les premiers.

(2) *Exposé des motifs,* par M. FAURE, dans la séance du Corps législatif du 29 novembre 1808; voir dans LOCRÉ, t. 25, p. 577.

s'éloignant du moins du radicalisme de notre loi, les divers cas de cumul de délits, comme l'avaient déjà fait d'ailleurs plusieurs des Codes modernes qui les avaient précédés (1).

1166. Cet article 365 de notre Code d'instruction criminelle est de ceux qui présentent de nombreuses difficultés dans son application.

Il en présente *par rapport aux peines :* Quelle est la gravité respective des peines, et comment décider de deux ou de plusieurs peines, qui concourent entre elles, quelle est la plus forte ? Toutes les peines sont-elles soumises à la règle de l'absorption, ou y en a-t-il quelques-unes, par exemple, certaines peines accessoires, qui y échappent? Ce sont des questions que nous résoudrons après avoir traité des peines.

1167. Il en présente *par rapport aux juridictions.* L'article 365, en effet, ne se réfère textuellement qu'aux affaires soumises à la cour d'assises ; si c'est devant un tribunal correctionnel que se produit la poursuite pour délits cumulés, la règle sera-t-elle la même ? Sans doute ; car comment admettre logiquement que le changement de juridiction changeât la règle de pénalité ; et quelle justice à ce que, pour les mêmes faits, le coupable fût plus ou moins punissable, suivant le juge devant lequel il aurait été traduit? La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

1168. Il en présente *par rapport à l'époque des poursuites.* En effet, l'article 365 est rédigé pour le cas de poursuites simultanées, réunies dans une même instance. Il serait à désirer que cette réunion pût toujours avoir lieu, afin que le même juge, ayant à prononcer à la fois sur tous les précédents de l'inculpé, pût, au moins dans la limite que lui donne le *maximum,* mesurer la condamnation, en connaissance de cause, à raison de tous les délits cumulés. — Mais souvent il aura été impossible de procéder ainsi, soit parce que les divers autres délits commis par l'inculpé n'auront été découverts qu'après coup, soit parce que l'instruction de quelques-uns ne se sera pas encore trouvée complète, soit par quelque autre motif de convenance judiciaire, de telle sorte que les poursuites auront dû avoir lieu séparément; la règle de l'absorption continuera-t-elle néanmoins de subsister? Sans doute ; car comment admettre logiquement qu'un changement dans l'époque des poursuites pût changer la règle de pénalité, et que pour les mêmes faits le coupable fût plus ou moins punissable, suivant que les instances auraient été divisées ou réunies (*ci-dess.*, n° 1145)? Qu'on remarque d'ailleurs, et cette raison est décisive,

---

(1) Voir notamment : Code pénal d'Autriche (1852), §§ 34, 35, 44, 263, 266 et 267 ; — de Saxe (1855), art. 76 et suiv. ; — des États du roi de Sardaigne (1859), art. 106 et suiv. ; — de Bavière (1861), art. 84 ; — de Belgique (1867), art. 59 et suiv. ; — de l'Allemagne du Nord (1870), art. 74 et suiv. — Le projet de Code pénal portugais contient un chapitre spécial à ce sujet, art. 40 et suiv.

textuellement, que les articles 40 du titre 7 de la loi de 1791, 446 du Code de brumaire an IV, et 379 de notre Code d'instruction criminelle ont été faits précisément dans la prévision de poursuites postérieures. — Mais là-dessus plusieurs hypothèses se rencontrent :

1169. 1° Si la première poursuite a eu lieu pour le fait le moins grave, par exemple, pour un délit de police correctionnelle, la seconde ayant lieu pour un crime, la peine inférieure qui a été prononcée par la première condamnation ne peut pas faire obstacle à la peine plus grave méritée par le coupable. Le second juge prononcera cette peine plus grave, en ordonnant que la première viendra se confondre avec elle.

2° Si, au contraire, c'est le fait le plus rigoureusement puni qui a été poursuivi d'abord, et que le *maximum* de la peine portée contre ce fait ait été épuisé, il n'y a plus rien à y ajouter; les poursuites ultérieures ne sauraient aboutir à aucune application de peine. — Si le *maximum* n'a pas été épuisé, il est bien vrai de dire que les premiers juges n'ont pas prononcé en toute connaissance de cause; que, s'ils avaient jugé à la fois le coupable pour tous les délits par lui accumulés, ils auraient élevé probablement la condamnation jusqu'au *maximum;* et cependant, qu'y faire? Les seconds juges, saisis de la connaissance de faits qui n'emportent que des peines inférieures, n'ont aucun pouvoir, suivant les règles de compétence de nos juridictions, pour ajouter ce qui manque au *maximum* de la peine la plus forte ; par exemple, un tribunal de police correctionnelle ne peut ajouter à la peine de la réclusion prononcée auparavant par une cour d'assises, ou bien une cour d'assises saisie de la connaissance d'un crime emportant peine de réclusion seulement ne peut augmenter la peine des travaux forcés prononcée antérieurement. Les poursuites ultérieures, dans ce cas encore, ne sauraient aboutir à aucune application de peine.

3° Mais, si les faits, objet des poursuites successives, sont de même espèce (cumul de mêmes délits); ou, sans être les mêmes, s'ils sont punis de la même peine, par exemple, chacun de l'emprisonnement, ou chacun de la réclusion, chacun des travaux forcés, les seconds juges, tant que le *maximum* n'aura pas été épuisé par la première condamnation, pourront, en se tenant toujours dans les limites du délit qu'ils auront à juger, ajouter ce qui manquera à ce *maximum,* soit par un supplément de peine, en ordonnant que ce supplément ira se joindre à la première condamnation, soit par une peine intégrale prononcée à nouveau, dans laquelle il sera ordonné que la condamnation antérieure viendra se confondre.

1170. Dans tous les cas où, suivant les occurrences que nous venons d'indiquer, les poursuites ultérieures ne sauraient aboutir à aucune application de peine, ces poursuites pourront-elles

néanmoins avoir lieu? Il y a là des difficultés par rapport à *l'exercice de l'action publique*, que nous aurons à examiner en traitant de cette action.

1171. Et que faire, s'il arrivait que les tribunaux saisis séparément eussent, dans l'ignorance du cumul des délits, prononcé chacun la peine afférente au délit poursuivi devant lui, et que ces condamnations fussent, par l'expiration des délais, devenues désormais inattaquables? Ces peines, qui n'auraient pas dû être cumulées dans la condamnation, pourront-elles être cumulées dans l'exécution? Ce sont là des difficultés *par rapport à l'exécution des peines*, que nous devrons résoudre en traitant de cette exécution.

1172. Enfin, l'application de notre article 365 présente des difficultés *sous le rapport des faits* à régir par cet article, ou à laisser en dehors.

L'article ne parle que de crimes ou de délits; notre jurisprudence des arrêts, après des oscillations en sens contraire, est aujourd'hui fixée à cette décision que, dans le silence de la loi, les contraventions de simple police n'y sont pas comprises, et qu'en cas de cumul de ces sortes de contraventions, les peines doivent aussi être cumulées. — Il y a, en effet, de bonnes raisons pour le décider ainsi en notre droit positif. D'une part, les peines de simple police, soit d'emprisonnement, soit d'amende, sont si minimes, qu'il n'est pas à craindre que leur addition produise de ces sommes exorbitantes qui devraient faire reculer dans l'application. D'autre part, il peut y avoir, surtout en fait de professions commerciales ou industrielles, de tels profits illégitimes à retirer de certaines contraventions, que plus d'un contrevenant trouverait encore avantage à courir la chance d'une condamnation si, quel que fût le nombre des manquements accumulés, une seule peine devait être prononcée (1). Enfin remarquez que le système général de notre législateur a été de ranger à part les contraventions de simple police, et de les soumettre à des règles différentes de celles des crimes et des délits, ainsi que nous l'avons déjà vu en tant de points (ci-dess., nos 298, 404, 699, 1032), et comme nous le verrons encore sur plusieurs autres (2).

Nous tenons donc pour certain que l'article 365 du Code d'in-

---

(1) Voir, au tome VI des *Réquisitoires* de M. le procureur général DUPIN, page 411, les conclusions du procureur général, et l'arrêt de la cour, toutes les chambres réunies, en date du 7 juin 1842, qui ont fixé la jurisprudence dans ce sens.

(2) Il faut toutefois ne point confondre avec le cumul de contraventions l'hypothèse où la contravention porterait sur un certain nombre d'objets à la fois : ainsi, pour des volailles introduites simultanément, en contravention, aux Halles de Paris, on ne saurait exiger autant d'amendes qu'il y a de volailles. Il en est autrement lorsque la loi elle-même établit une amende par tête de bétail (Code forest., art. 199).

struction criminelle est applicable uniquement aux crimes et aux délits de police correctionnelle.

1173. Mais l'est-il à tous les crimes et à tous les délits de police correctionnelle, ou bien faut-il distinguer si les crimes ou délits sont prévus par le Code pénal ou par des lois spéciales en dehors du Code, et si ces lois spéciales sont antérieures ou si elles sont postérieures au Code pénal? Nous répondrons sans hésiter que ces diverses distinctions sont étrangères en elles-mêmes à l'article 365 du Code d'instruction criminelle et, qu'à moins d'exception particulière, tous les crimes et tous les délits correctionnels rentrent sous l'application de cet article. Le Code pénal n'a rien à faire ici, ni l'article 484 de ce Code, puisqu'il s'agit d'une règle posée, non par le Code pénal, mais bien par le Code d'instruction criminelle. Assurément, ni la loi de 1791 sur l'établissement des jurés, dans son article 40 du titre 7, ni le Code de brumaire an IV, dans son article 446, ni le Code d'instruction criminelle, dans son article 365 décrété et promulgué en 1808, n'ont eu en vue de restreindre leur disposition aux cas à venir d'un futur Code pénal, dont les lois n'ont été décrétées et promulguées qu'en 1810. Ils ont statué pour les crimes ou délits existants à leur époque, suivant les lois alors en vigueur, comme aussi pour ceux qui pourraient être prévus par la suite. Leurs termes n'expriment aucune restriction à cet égard : il n'y en a donc aucune à tirer de cette seule considération qu'il s'agirait de crimes ou de délits prévus par des lois en dehors du Code pénal, ou antérieures au Code pénal.

1174. Mais, si une règle contraire se trouve formellement exprimée pour certains crimes ou pour certains délits, soit par quelque article du Code pénal lui-même, soit par quelque texte de loi spéciale, antérieure ou postérieure à ce Code, alors, sans aucun doute, l'application de l'article 335 du Code d'instruction criminelle cessera, et il faudra s'en tenir, en ce qui concernera ces crimes ou délits, au règlement exceptionnel formulé pour eux. — Nous avons des exemples de pareilles dispositions dans les articles 220 et 245 du Code pénal, relatifs aux délits de rébellion ou d'évasion de détenus; comme aussi dans le texte de certaines lois particulières (1). — Il y a plus, il n'est pas indispensable que

(1) Ainsi l'ont ordonné, pour certains délits déterminés : — la loi du 3 septembre 1807, art. 4, et plus tard celle du 19 décembre 1850, art. 4, contre le délit d'usure cumulé avec celui d'escroquerie : disposition que notre jurisprudence des arrêts a appliquée avec extension; — la loi du 21 octobre 1814, relative à la liberté de la presse, art. 16, contre le défaut de certaines déclarations ou dépôts exigés de l'imprimeur; — le Code forestier de 1827, art. 207, appliqué par notre jurisprudence des arrêts avec extension; — la loi du 22 mars 1841, relative au travail des enfants dans les manufactures, art. 12. Il ne s'agit ici que de peines de simple police, et l'article 12, en ordonnant le cumul des amendes en cas de cumul des contraventions, en limite le total à 200 francs au plus.

l'exception soit textuellement formulée ; elle peut résulter, par voie de conséquence, soit de dispositions dans lesquelles elle se trouve implicitement contenue, soit du caractère et de l'esprit particulier de la loi spéciale ; c'est là une question de jurisprudence à agiter et à résoudre à propos de chaque loi particulière qui peut offrir ce doute (1).

1175. Jusqu'à l'époque de l'une des lois de septembre 1835, celle contre les crimes ou les délits de la presse, ces sortes d'exceptions à la règle de l'absorption ont été peu nombreuses ; mais, à dater de cette époque, notre législateur est entré dans une nouvelle voie : il s'est mis à distinguer, dans les crimes ou délits cumulés, ceux qui ont été commis avant le premier acte de poursuite, et ceux qui ont été commis après, maintenant la règle de l'absorption quant aux premiers, et ordonnant ou permettant le cumul des peines quant aux seconds. C'est ce système que nous trouvons formulé dans un certain nombre de lois décrétées depuis (2).

---

(1) C'est ainsi que notre jurisprudence des arrêts le décide le plus généralement : — pour les crimes ou délits destinés à faire fraude à l'emprunteur et cumulés avec le délit d'usure, par extension des articles 4 des lois de 1807 et de 1850 citées ci-dessus ; — pour les amendes en matière de douanes, par déduction de l'article 56 de la loi du 28 avril 1816, qui donne à ces amendes la qualification de condamnations civiles ; pour les amendes en matière de contributions indirectes, par analogie de celles-ci avec les précédentes ; — pour les délits en matière forestière, par extension de l'article 217 du Code forestier de 1827, ou, pour mieux dire, à cause du caractère particulier du système de répression adopté contre ces délits, caractère que nous avons déjà signalé ci-dessus, n° 973, note 3 ; — pour les délits de pêche fluviale, par analogie des délits forestiers, à cause du caractère semblable dans le système de répression, et en invoquant spécialement l'article 32 de la loi du 15 avril 1829, relative à la pêche fluviale. Ceci, hors le cas particulier de cet article 32, est néanmoins beaucoup plus contestable.

(2) Loi du 9 septembre 1835, *sur les crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publicité*, art. 12. Cette loi a été abrogée par le décret du gouvernement provisoire, du 6 mars 1848. La disposition de l'article 12 a été reproduite, mais seulement en ce qui concerne les *peines pécuniaires*, dans la loi du 16 juillet 1850, sur la presse périodique, art. 9 : « Les peines pécuniaires prononcées pour crimes et délits par les lois sur la presse et autres moyens de publication ne se confondront pas entre elles, et seront toutes intégralement subies, lorsque les faits qui y donneront lieu seront *postérieurs à la première poursuite*. » Le décret du 17 février 1852, organique de la presse, qui n'a pas abrogé cet article de la loi de 1850, contient, en outre, une disposition spéciale ordonnant, sans condition, le cumul des amendes contre certaines contraventions fiscales qu'il prévoit à l'article 11, mais toutefois en limitant le montant total de ces amendes accumulées. — Loi du 3 mai 1844, *sur la police de la chasse*, art. 17 : « ... Les peines encourues pour des faits *postérieurs à la déclaration du procès-verbal* de contravention pourront être cumulées, s'il y a lieu, sans préjudice des peines de la récidive. » Le cumul s'applique ici à toutes les peines, mais il faut remarquer qu'il est facultatif pour les juges (*pourront, s'il y a lieu*), et non obligatoire. — Loi du 5 juillet 1844, *sur les brevets d'invention*, art. 42 : « Les peines établies par la présente loi ne pourront être cumulées. La peine la plus forte sera seule prononcée pour tous les faits *antérieurs au premier acte de poursuite*. » — Loi du 15 juillet 1845, *sur la police des chemins de fer*, art. 27 : « ... Les peines encourues pour des faits *postérieurs à*

1176. Il résulte de tout ce qui précède que, soit par la règle de l'article 365 du Code d'instr. crim., soit par les exceptions qui y sont faites, notre législateur se trouve toujours ou dans l'excès ou dans l'insuffisance de pénalité, à l'encontre des délits cumulés; qu'il a toujours pris, dans un but de simplicité, l'un ou l'autre des deux systèmes radicaux condamnés par la science pure, et jamais un terme moyen de nature à répondre à la fois aux exigences de la justice et à celles de l'utilité sociale. Nous savons qu'il est en désaccord sur ce point avec la plupart des codes modernes de pénalité en Europe, dont le plus grand nombre, en Italie, en Allemagne, en Portugal, ont organisé, de diverses manières plus ou moins heureuses, un système, non pas d'addition, mais d'aggravation de peine, à raison des délits cumulés (ci-dess., n° 1165, avec la note).

1177. Si les cas qui doivent être régis, dans notre jurisprudence pratique, par la règle de l'absorption, offrent des difficultés, ceux qui doivent être régis par la règle du cumul des peines ont aussi les leurs. Ainsi, lorsque les peines cumulées ne sont pas de nature à pouvoir être exécutées en même temps, dans quel ordre successif l'exécution devra-t-elle avoir lieu? Et parmi les différentes peines qui forment notre système répressif, n'y en a-t-il pas qui soient incompatibles entre elles, de telle sorte que la règle « *Major pœna minorem absorbet* » revienne forcément à leur égard, non comme un principe de droit, mais comme une nécessité de fait à subir (ci-dess., n°s 1156 et 1160)? Ce sont des questions dont la solution viendra quand nous traiterons des peines et de leur exécution.

1178. Il est un cas particulier prévu par notre Code pénal, dans lequel le cumul des crimes n'intervient plus comme placé sous la règle de l'absorption, ni sous celle du cumul des peines; mais où il donne lieu à une aggravation considérable, bien plus rigoureuse encore que ce cumul, puisqu'il emporte peine de mort; c'est le cas de l'article 304 du Code pénal : « Le meurtre empor-» tera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou » suivi un autre crime. » — Cette disposition prend sa source dans un article du Code pénal de 1791, rendu plus précis et plus rigoureux dans l'article correspondant du Code pénal de 1810,

---

la poursuite pourront être cumulées, sans préjudice des peines de la récidive. » Le cumul des peines semble encore ici facultatif pour le juge (*pourront*). — Loi du 15 mars 1849, *organique électorale*, art. 118; et dans le même sens le décret organique du 2 février 1852, pour l'élection des députés au Corps législatif, qui a reproduit la disposition de cet article 118 dans son article 49 : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits prévus par la présente loi et commis *antérieurement au premier acte de poursuite*, la peine la plus forte sera seule appliquée. » — Loi du 30 mai 1851, *sur la police du roulage et des messageries publiques*, art. 10, et art. 12, dans lequel les conditions du cumul des peines en cas de cumul des contraventions sont réglées d'une manière toute spéciale. — Loi du 23 juin 1857, *sur les marques de fabrique et de commerce*, art. 10.

lequel a été légèrement atténué lors de la révision de 1832 (1).

La condition indispensable pour cette aggravation, c'est la simultanéité du meurtre et du crime qui y est joint. Que le meurtre ait précédé, accompagné ou suivi ce crime, peu importe ; mais il faut que l'un et l'autre aient été commis dans un même trait de temps (*in eodem tractu temporis*), c'est-à-dire dans une même succession d'action ; la liaison entre eux est une liaison de temps : il est laissé au juge de la culpabilité, c'est-à-dire, en cour d'assises, au jury, d'apprécier si cette liaison existe et de le déclarer formellement. Le Code d'ailleurs n'exige pas d'autre condition. — Il suit de là que, si le meurtre et l'autre crime sont séparés par un intervalle marqué, si le coupable même en a commis, à diverses époques, une série, qui constituent à sa charge une criminalité persistante, à plusieurs fois renouvelée, la peine la plus forte est seule prononcée et aucune aggravation n'a lieu. Tandis que, si c'est dans une même impulsion de passions ou de résolutions criminelles, dans un même entraînement occasionnel des faits et des événements successifs que le meurtre et l'autre crime ont eu lieu, le châtiment est élevé jusqu'à la peine de mort. Résultat singulier, qui montre combien peu de proportion il y a dans le système adopté par notre Code, à l'encontre du cumul des crimes. — Sans doute, il y a aggravation de culpabilité dans les deux cas, plus encore dans le premier que dans le second ; mais, la peine du meurtre (travaux forcés à perpétuité) se trouvant, dans notre système répressif, à l'extrémité supérieure de l'échelle des peines privatives de liberté, et aucune addition de temps ni de rigueur n'y étant possible, notre législateur, après avoir érigé en principe de n'appliquer aucune aggravation de pénalité au premier cas, qui est cependant le plus grave, franchit, pour le second, l'intervalle incommensurable entre les peines qui laissent vivre l'homme et celle qui le tue, et prononce, par seule mesure d'aggravation, la

---

(1) *Code pénal de* 1791, 2e part., tit. 2, 1re sect., art. 14 : « Sera qualifié assassinat, et comme tel puni de mort, l'homicide qui aura précédé, accompagné ou suivi d'autres crimes, tels que ceux de vol, d'offense à la loi, de sédition ou tous autres. »

Code pénal de 1810, ancien article 304 : « Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit. — En tout autre cas le coupable de meurtre sera puni de la peine des travaux forcés à perpétuité. »

Article 304 *actuel :* « Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura » précédé, accompagné ou suivi un autre crime. — Le meurtre emportera éga- » lement la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faci- » liter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des » auteurs ou complices de ce délit. — En tout autre cas, le coupable de meurtre » sera puni des travaux forcés à perpétuité. »

Le Code belge (art. 475, 532) n'admet la peine de mort pour le meurtre, accompagnant certains crimes ou délits contre les propriétés, qu'autant que le meurtre se rattache à ces crimes ou délits par un rapport de causalité.

peine de mort. Une échelle mieux graduée et des principes plus exacts de pénalité conduiraient à de meilleures proportions.

L'article 304 du Code pénal n'exige pas la diversité des crimes; nous croyons, avec la jurisprudence des arrêts, que, quand bien même il s'agirait d'un meurtre ayant précédé, accompagné ou suivi un autre meurtre, l'aggravation serait applicable; une fois l'article posé, la logique nous force à en suivre les conséquences. — Mais il en serait autrement s'il n'y avait qu'une seule et même action, par exemple, si d'un même coup de fusil le coupable avait tué deux personnes, ainsi que nous l'expliquerons plus au long en traitant de la pluralité des victimes du délit. Le cas est analogue, en droit, à celui déjà exposé ci-dessus, n° 1148, quoique avec certaines nuances de fait.

Si, au lieu d'un crime cumulé avec le meurtre, il s'agit d'un délit de police correctionnelle, la simple simultanéité entre le meurtre et ce délit correctionnel ne suffit plus pour entraîner l'aggravation de l'article 304; cet article, d'après la révision qui en a été faite en 1832, exige une relation plus intime, que nous examinerons en traitant de la connexité.

1178 *bis*. Quant au cumul idéal de délits, il peut se présenter, soit, comme nous l'avons vu (n° 1149), dans les délits politiques, soit dans diverses autres hypothèses, notamment lorsqu'un employé de l'administration des postes commet à la fois un vol et une violation du secret des lettres (Code pén., art. 187), en ouvrant une lettre afin d'en soustraire une valeur. Dans des cas semblables, au point de vue de l'exercice physique de l'activité humaine, de l'acte matériel accompli, il n'y a qu'un seul délit; mais au point de vue de l'appréciation morale et juridique de cet acte il y en a plusieurs. Quel que soit le système adopté à l'égard du cumul réel des délits, on reconnaît, en doctrine et en jurisprudence, qu'ici, où il n'y a qu'un fait unique, il ne peut y avoir qu'un seul châtiment. C'est par la plus grave des transgressions contenues en l'acte que cet acte doit être caractérisé, c'est la peine de cette transgression la plus grave qui doit être appliquée (1); les autres violations de devoirs forment seulement causes accessoires d'aggravation, soit que la loi en ait spécialement marqué l'effet aggravant, soit que le soin d'en tenir compte se trouve abandonné au juge dans la limite du *maximum*.

(1) C'est ce qui est universellement admis (Code belge de 1867, art. 65; — de l'Allemagne du Nord, de 1870, art. 73).

CHAPITRE II.

DE LA RÉCIDIVE.

1° *Suivant la science rationnelle.*

1179. Le mot de *récidive* (1) est consacré pour désigner le fait du coupable qui, après une première condamnation prononcée contre lui pour infraction à la loi pénale, commet une nouvelle infraction (ci-dess., n° 1143). Ce mot, considéré uniquement dans son origine philologique, ne contient pas en lui-même de toute nécessité l'idée de cette première condamnation, et l'on conçoit qu'avant que le sens en ait été bien arrêté dans la science, il ait pu se confondre avec celui de réitération. Cependant il est plus énergique que ce dernier : on peut, en effet, réitérer de bonnes comme de mauvaises actions, tandis que dans le mot récidive (de *recidere*, en notre vieux langage *ren-cheoir*) il y a forcément l'idée d'une première et d'une seconde chute; l'idée de celui qui, ayant failli après s'être relevé ou avoir été relevé, a refailli encore (2). Voilà pourquoi les deux significations de *réitération* (ou cumul de délits à punir) et *récidive* sont bien distinctes aujourd'hui dans la science pénale.

1180. Qu'on remarque aussi la grande différence qui existe entre les deux cas. Dans la récidive, il ne s'agit plus, comme dans la réitération, de punir le coupable pour tous les délits par lui commis ; le premier ou les premiers délits ont été punis, une condamnation les a frappés, la peine en a été subie ou est à subir, il n'y a plus à revenir là-dessus. Le seul délit qui soit à punir c'est le dernier, celui qui ne l'a pas encore été; le problème pénal est de savoir comment il doit l'être. Ainsi, dans le cas de réitération ou cumul de délits, il y a pluralité de délits à punir; dans la récidive il n'y en a qu'un seul.

1181. Il suit de là que, pour que le cas de récidive existe, il faut que la condamnation antérieure soit exécutée ou en train de l'être, ou, pour le moins, exécutoire et par conséquent inattaquable. Car, s'il n'y a encore eu que des poursuites, un procès en

(1) On consultera avec fruit sur ce sujet le livre de M. Bonneville de Marsangy, sur *la Récidive*, et le travail récent (Guillaumin, 1874) publié par M. Yvernès, *De la Récidive et du Régime pénitentiaire en Europe*. L'Espagne a payé aussi son tribut à la science par *la Reincidencia*, de M. Armengol (Barcelone, 1872).

(2) La même idée se retrouve identiquement tant dans les langues qui ont conservé, en ce mot, l'origine latine : *re-cidiva* en italien, *re-incidencia* en espagnol et en portugais, *re-lapse* en anglais (usité dans notre vieux langage, d'un autre mot latin, *lapsus*, chute), que dans celles qui ont l'origine germanique, *Rückfall*, en allemand, le mot *Fall* y exprimant la chute, d'où nos expressions *faute, faillir, faillite, failli*.

cours d'être jugé, ou une condamnation susceptible encore d'être attaquée par quelque recours de droit qui l'empêche d'être exécutoire, l'affaire relative au délit antérieur n'est pas terminée; ce délit antérieur n'est pas encore puni; il incombe, avec le délit nouveau, à la charge de l'inculpé, et tous les deux sont encore à réprimer : c'est le cas du cumul de délits à punir (1), et non celui de la récidive. On donne communément de cette vérité d'autres raisons, mais celle-ci est la bonne, la seule radicale et irréfragable.

1182. Il suit encore de là que dans le cas de récidive, quelle que soit la peine prononcée à raison du dernier délit, cette peine vient se joindre à celles résultant des précédentes condamnations; chacune de ces condamnations, étant en soi inattaquable, a son existence distincte; chacune a dû ou doit avoir son exécution; il y a cumul de peines, et, par conséquent, lorsqu'elles n'ont pas encore été toutes subies dans leur intégrité, nécessité de déterminer en droit pénal dans quel ordre elles le seront (ci-dess., n° 1177). C'est ce que nous aurons à voir en traitant de l'exécution des peines. — Ici néanmoins la règle que la peine la plus forte absorbe toutes les peines inférieures dont l'existence est incompatible avec la sienne, intervient encore; mais elle n'intervient que comme elle intervenait en notre ancienne jurisprudence, c'est-à-dire dans les cas où il est impossible de faire autrement, en tant que nécessité inévitable, à titre de fait et non de droit (ci-dess., n°s 1156, 1161, 1177).

1183. Ces préliminaires posés, nous pouvons aborder le problème de la pénalité à infliger au délit commis en récidive. La peine doit-elle rester ce qu'elle serait suivant la règle commune, ou bien l'état de récidive du délinquant autorise-t-il à l'aggraver ou à la modifier? — On a fait contre l'aggravation ou la modification de la peine cette objection que, les premiers délits ayant été irrévocablement jugés, frappés de peines déjà subies ou à subir, ce serait violer la règle *non bis in idem* que de les faire intervenir de nouveau pour aggraver la punition du coupable, ce serait punir celui-ci deux fois à raison d'un même fait (2). — L'objection ne manque pas de vérité s'il s'agit de repousser tout système qui voudrait faire entrer de nouveau dans la mesure de la peine du dernier délit la peine méritée par les délits précédents, laquelle est peut-être déjà subie ou est à subir, de telle sorte qu'on procéderait ainsi par voie d'addition : évidemment il y aurait là double emploi; aussi ne trouvons-nous rien de plus faux, en principe rationnel, que le calcul qui était fait dans le Code pénal de Bavière de 1813 (art. 112), et surtout que

(1) Mais nous avons vu (n° 1175) que, pour le cumul de délits, plusieurs lois spéciales tiennent compte de cette circonstance qu'une première poursuite était déjà intentée lors du second délit.

(2) CARNOT, *Code pénal*, sur l'article 56.

l'exposition de ce calcul dans le Commentaire officiel de ce Code, pour la fixation de la peine des délits en récidive : sous une apparence trompeuse de déduction arithmétique, il y avait bien là violation de la règle *non bis in idem* (1).—L'objection est encore pleine de vérité s'il s'agit de se mettre en garde contre les exagérations d'aggravation. — Mais elle n'en a plus si on prétend la faire servir à repousser toute aggravation ou modification de la peine du délit commis en récidive, et arriver à cette conséquence que cette peine devrait rester ce qu'elle serait en règle commune, abstraction faite de l'état de récidive.

1184. En effet, il est bien vrai que la base d'où il faut partir, c'est qu'il ne s'agit de punir que le dernier délit, celui qui ne l'a pas encore été. Mais dans l'appréciation de la peine à prononcer contre tout délit, il faut comprendre nécessairement et les éléments de fait, et l'état moral du délinquant au moment de l'acte, et le besoin social de répression. La récidive ne change pas, il est vrai, les éléments de fait du délit lui-même, mais elle entre pour une notable part dans l'élément moral; elle entre aussi pour une part non moins notable dans l'élément social, c'est-à-dire dans le besoin public de répression : d'où il suit que, tant au point de vue de la justice qu'au point de vue de l'utilité sociale, ces deux fondements du droit de punir, elle doit exercer une influence incontestée sur la répression.

1185. Au point de vue de la justice, à titre d'appréciation de l'état moral du délinquant dans l'acte à punir, la récidive dénote chez ce délinquant une ténacité, une persistance à enfreindre la loi pénale, qui augmentent incontestablement sa culpabilité. Il n'est pas nécessaire, pour la démonstration de cette vérité, de recourir à des expressions exagérées, d'y prodiguer tout d'abord les mots de perversité, d'incorrigibilité. Incorrigibilité, à moins d'en venir à mettre à mort le coupable, sonne mal à l'oreille du vrai législateur pénal. Quant à la perversité, sans doute, toutes les fois qu'il s'agit de crimes ou de délits partant de sentiments pervers, la récidive en signale une plus grande chez le délinquant. Mais le mot n'est plus applicable dès qu'il s'agit d'infractions qui tiennent plutôt à des entraînements irréfléchis, à des négligences, à des inobservations de règlements; et cependant la récidive n'en continue pas moins de dénoter, même en ces sortes d'infractions, une augmentation de faute morale chez le délinquant. Cette signification de la récidive est donc vraie pour tous les délits, grands ou petits : elle tient à cette observation de simple bon sens, que les antécédents de tout inculpé entrent comme un élément important dans l'appréciation de la culpabilité. Or, quoi de plus

(1) On peut voir ces articles et cette partie du commentaire dans l'excellente traduction, déjà signalée par nous, du Code pénal de Bavière de 1813, par M. Ch. VATEL, p. 100 et 330. — Ce code a été remplacé par un nouveau, en 1861.

précis que les antécédents constatés par condamnation judiciaire ?

1186. Au point de vue de l'utilité sociale, la récidive dénote un danger plus grand d'infraction à la loi pénale de la part du récidiviste ; d'où un plus grand besoin de répression contre lui : ceci est toujours vrai. — Elle dénote aussi l'impuissance de la pénalité ordinaire contre ce récidiviste : expérience qui peut cependant n'avoir pas été faite. En effet, il ne faut pas exagérer, en l'individualisant, la portée de cette dernière observation. Si l'on considère tel ou tel récidiviste en particulier, il est possible que la peine prononcée contre lui pour le premier délit n'ait pas encore été exécutée ; il s'y est soustrait par la fuite, ou bien il a commis le nouveau délit avant de l'avoir subie en entier, ou ayant été gracié ; il l'a commis à l'instant même où la condamnation inattaquable venait de le frapper : on ne peut pas dire que l'inefficacité de la première peine ait été expérimentée à son égard ; ce qui se trouve expérimenté seulement, c'est que la condamnation irrévocable à ladite peine n'a pas fait impression suffisante sur lui pour le détourner du nouveau délit.

1187. Mais si, au lieu d'un récidiviste isolé, c'est l'ensemble des récidivistes que l'on considère, alors il est bien vrai de dire que le nombre de ces récidivistes, s'il est considérable proportionnellement à celui des condamnés, atteste l'impuissance et le vice radical du système répressif. Un des buts essentiels de la pénalité, c'est de prévenir les récidives (ci-dess., nos 194 et suiv.) : si les récidives ne sont pas prévenues, si elles vont en croissant, le système répressif est jugé ; non-seulement il ne va pas à son but, mais il va contre son but ; non-seulement il n'amende pas, mais il corrompt. La pierre de touche de la pénalité est là, comme l'a si bien vu notre commission pénitentiaire. Le législateur est averti presque matériellement.

1188. Et s'il s'agit de ces crimes ou de ces délits qui ne tiennent pas à un emportement momentané des passions ou à des causes accidentelles, mais qui passent facilement à l'état chronique et contagieux, qui tournent en une sorte de métier ou de profession, et ouvrent comme une hostilité permanente contre les lois et les intérêts de la société ; combien les récidivistes en ces sortes de crimes ou de délits ne sont-ils pas des hommes dangereux, moins encore par l'exécution de leurs propres méfaits, que par le foyer de corruption, par l'école et l'apprentissage du crime qui s'établissent autour d'eux (ci-dess., n° 196)!

1189. La conséquence logique des observations qui précèdent, c'est que les récidives appellent, en justice absolue comme en intérêt social, une aggravation et surtout une modification de peine.

1190. L'idée d'aggravation de peine contre les récidives passe pour l'idée principale ; c'est l'idée courante encore aujourd'hui en droit positif, l'idée qui vient dès l'abord au législateur pénal.

Il importe cependant de ne pas se laisser égarer dans la mesure de cette aggravation.

L'aggravation pour cause de récidive doit, en principe, toutes choses égales d'ailleurs dans les faits, être moins forte que celle pour cause de cumul de délits à punir : et la raison, c'est qu'en cas de récidive il ne reste qu'un seul délit à réprimer, le dernier; les autres l'ont déjà été ; les peines prononcées contre ces délits antérieurs sont déjà subies ou à subir, toutes les condamnations subsistent et s'additionnent l'une à l'autre ; tandis qu'en cas de cumul de délit, l'aggravation a pour but de réprimer à la fois tous les délits accumulés (ci-dess., n° 1157). Dans un cas, l'aggravation s'ajoute au cumul des peines ; dans l'autre, elle remplace ce cumul. Cette proposition paraîtra bien contraire à l'opinion généralement répandue, surtout dans le système énervé qui laisse le cumul des délits impuni, en n'appliquant à tous ces délits que la peine méritée par le plus grave (ci-dess., n° 1155) ; mais elle n'en est pas moins fondée en science rationnelle.

1191. Quelques criminalistes posent en règle que, la récidive n'étant qu'une augmentation de culpabilité dans la même espèce de crime, « on ne devrait jamais changer le genre de la peine, mais seulement en augmenter le taux (1). » — Qu'on ne puisse passer, pour cause de cette aggravation, des peines de l'ordre politique à celles de l'ordre non politique, et réciproquement, cela est scientifiquement de toute rigueur (ci-dess., nos 707 et suiv., 729). — Et même, dans les législations qui ont divisé les délits et les peines en plusieurs ordres, suivant la gravité (comme chez nous en peines criminelles, correctionnelles ou de simple police), qu'on doive s'abstenir de faire monter la punition de l'un de ces ordres à l'autre, nous l'admettrons encore si l'on veut, non pas d'une manière absolue, mais jusqu'à un certain point, surtout en ce qui concerne la transition aux peines criminelles. — Qu'on ne puisse, en aucun cas, pour le seul motif de récidive, franchir l'intervalle sans mesure qui sépare ces deux termes, « être ou n'être pas », et passer d'une peine non capitale quelconque à la peine de mort, la science est encore bien arrêtée là-dessus. — Mais hors de ces restrictions la formule proposée est inacceptable. Elle n'est inspirée d'ailleurs que par l'état imparfait des systèmes répressifs existants chez les divers peuples, à variété de peines multiples, et deviendrait un non-sens dans un système logiquement gradué, suivant la rénovation à laquelle pousse la science rationnelle du droit pénal. Elle est en désaccord radical avec la démonstration donnée par cette science, qu'il s'agit précisément,

(1) Rossi, *Traité de droit pénal*, t. 3, p. 114 ; — Haus, *Droit pénal belge*, dont le système a été adopté dans une certaine mesure par le Code belge de 1867 (art. 54-57). La législation anglaise admet d'une manière générale la simple aggravation de la peine. Tel est aussi le système du projet italien (art. 88-90.)

à l'encontre des récidivistes, moins d'une augmentation que d'une transformation de pénalité.

1192. En effet, c'est là le point nouveau mis en saillie par la science, appuyée tant sur les déductions logiques du raisonnement que sur l'expérience des faits. L'aggravation de peine à raison de la récidive peut être suffisante tant qu'il ne s'agit que de délits inférieurs ou accidentels, qui ne dérivent pas d'une perversion morale, qui ne sont pas susceptibles de passer à l'état chronique et contagieux. Mais du moment qu'il s'agit de ces récidivistes dangereux dont nous avons parlé ci-dessus (n° 1188), l'inefficacité de la peine ordinaire démontre la nécessité de recourir vis-à-vis d'eux à une transformation de mesures qui puisse les mettre dans d'autres conditions de réforme et délivrer la société du péril qu'ils lui font courir. Aussi longtemps que les mesures pénales contre ces sortes de récidivistes ne seront pas organisées en ce sens, les vraies données de la science ne se trouveront pas satisfaites et la société ne sera pas garantie.

1193. Il se produit à l'égard de la récidive la même distinction qu'à l'égard des autres causes d'aggravation ou d'atténuation. — Il est des cas où c'est la culpabilité absolue qui s'en trouve modifiée : ceux-là, et ce sont les plus fréquents en fait de récidive, doivent être prévus et réglementés par le législateur. — Il en est d'autres, au contraire, où le fait de récidive, suivant la combinaison, la nature divergente ou le peu d'importance des délits, n'est susceptible d'exercer qu'une influence moins significative et variable de cause en cause, par rapport seulement à la culpabilité individuelle : ceux-là rentrent uniquement dans la latitude laissée à l'appréciation du juge pour la mesure de la peine. — Dans cette dernière catégorie se rangent aussi les autres antécédents judiciaires de l'inculpé, résultant non pas de condamnations, mais de poursuites suivies d'absolution ou d'acquittement; il est possible, suivant les causes, qu'il n'y ait aucune conséquence défavorable à en tirer contre l'inculpé, comme le contraire aussi est possible; mais, dans tous les cas, ce sont des nuances qui ne dépassent pas les limites de la culpabilité individuelle.

1194. La différence de nature ou de gravité entre les délits prend une bien autre importance par rapport à la récidive que par rapport au cumul de délits à punir. Dans ce dernier cas, en effet, nous avons vu que, quels que soient les délits cumulés, le problème général reste toujours le même : les punir tous (ci-dess., n° 1147); tandis que dans le cas de récidive, le dernier délit étant le seul à punir, et le problème pénal étant de savoir comment et jusqu'à quel point le fait de la condamnation déjà encourue pour l'un doit influer sur la punition de l'autre, c'est une combinaison à faire entre les deux délits : suivant le rapport plus ou moins grand de nature ou de gravité entre l'un et l'autre, la signification de l'état de récidive peut varier.

1195. Les récidives les plus significatives, si on les considère isolément, sont sans doute celles du même délit, ou récidives *spéciales :* par exemple, après une condamnation pour vol, un nouveau vol ; après une condamnation pour coups ou blessures, un nouveau délit de coups ou blessures ; après une condamnation pour délit de chasse, le même délit de chasse. La persistance qui aggrave la culpabilité et l'insuffisance de la première condamnation sont ici bien évidentes. L'augmentation de sévérité contre cette sorte de récidive est instinctive, c'est celle qui apparaît la première dans les lois, c'est à celle-là même que devraient se réduire, suivant certaines opinions, les dispositions aggravantes du législateur.

1196. Le raisonnement, néanmoins, conduit bientôt à rapprocher les récidives non pas du même délit, mais de délits du même genre, c'est-à-dire dérivés des mêmes fautes, des mêmes vices ou des mêmes passions ; comme sont, par exemple, les violences, coups, blessures, meurtres et toutes atteintes à la sécurité des personnes ; ou bien le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance et toutes les appropriations coupables du bien d'autrui ; ou bien les divers délits contre les mœurs ; ou bien encore l'oubli, la négligence, ou l'inobservation volontaire en un certain genre de prescriptions de police générale ou locale, et tant d'autres exemples.

1197. Enfin la science généralise encore davantage l'idée de récidive, et la pousse jusqu'à la récidive de délits divers. C'est ici une conception plus avancée. Nous donnerons à cette récidive le nom de récidive *générale* (1). La signification en est moins concentrée sur une seule tendance coupable, et par conséquent moins énergique sous ce rapport, il faut en convenir. Mais elle dénote toujours la persistance du délinquant à violer la loi pénale et à ne point s'arrêter devant la répression judiciaire. D'ailleurs chez les malfaiteurs les plus dangereux, les divers genres de crimes ou de délits, vol, faux, meurtre, incendie et les autres, se mêlent, se succèdent suivant les occasions, et forment le tissu de l'existence criminelle de ces malfaiteurs. Le législateur, en négligeant ces sortes de récidivistes, négligerait précisément ceux dont il importe le plus qu'il se préoccupe.

Nous ne craignons pas de le dire, quelque opposée que soit notre assertion aux idées généralement répandues à ce sujet, le mode de procéder par prévision des récidives générales est bien supérieur, dans la loi, à celui qui consiste à procéder seulement par prévision des récidives spéciales : autant, s'il m'est permis de faire cette comparaison, que dans les facultés intellectuelles de l'homme la généralisation est au-dessus de l'intuition. Celui de la

(1) M. Bonneville, dans son traité *De la récidive*, t. 1, p. 173, la qualifie de récidive *absolue*. L'opposé de l'absolu, c'est le relatif : il faudrait donc dire alors récidive *relative* et récidive *absolue*. Mais l'opposé du *spécial*, c'est le général : voilà pourquoi nous préférons récidive *spéciale* et récidive *générale*.

récidive spéciale est l'enfance de la pénalité ; l'autre arrive à mesure que la science se forme et que la vue du législateur s'élargit (1). Dans l'un, le législateur, préoccupé du seul délit qu'il songe à réprimer, est facile à frapper fort, à s'irriter contre le récidiviste, à lutter d'aggravation en aggravation de peine contre son obstination dans le délit, afin de finir par en avoir raison : de là les récidives prévues jusqu'à la troisième, à la quatrième fois ou au delà, et les exagérations de pénalité en désharmonie avec la proportion générale des peines et des délits. Dans l'autre, au contraire, le législateur, embrassant l'ensemble des délits, ne se passionne pas plus contre l'un que contre l'autre ; il a sous les yeux cette proportion générale, et il s'y conforme au lieu de s'en écarter.

Toutefois, la généralisation ne doit pas être poussée jusqu'au rapprochement de délits qui sont tellement distincts de nature que les idées de rapport cessent entre eux et qu'il n'y a rien d'absolu ni de constant à conclure de la chute de l'un à l'autre ; par exemple, des délits purement militaires aux délits communs, des délits politiques aux délits non politiques, des infractions contre certaines lois de police spéciale aux crimes ou délits contre la loi morale universelle. En ces ordres si divergents d'infractions à la loi pénale, la récidive de l'un à l'autre n'apporte plus que des nuances incertaines et variables, capables d'affecter, suivant les faits de chaque cause, la culpabilité individuelle laissée à l'appréciation du juge, mais non la culpabilité absolue mesurée d'une manière abstraite par le législateur.

1198. Les différences comparatives de gravité entre le premier et le second délit peuvent être telles aussi, que la signification de la récidive se trouve limitée à ces nuances incertaines et variables de la culpabilité individuelle.

1199. Le temps écoulé entre la première condamnation et le nouveau délit ne saurait être indifférent ; car, si ce n'est qu'après un long intervalle qu'est survenu le nouveau délit, on ne saurait dire qu'il y ait eu chez l'agent cette persistance coupable et cette inefficacité de la répression ordinaire, qui motivent une rigueur de plus dans la pénalité. Après un certain temps l'influence de la récidive, du moins en ce qui concerne la culpabilité absolue, doit donc cesser. Et comme, à mesure qu'une condamnation a été plus grave, le souvenir et les effets en sont ordinairement plus longs à s'effacer, la longueur de ce temps doit varier suivant la gravité de la condamnation précédente. Nous pensons, les raisons de décider étant, sinon identiques, du moins fort analogues, que ce

(1) Il est à regretter que, conformément à l'article 85 du Code actuel, le projet de Code pénal portugais (art. 58) consacre exclusivement le système de la récidive spéciale. Le Code espagnol de 1870 veut que le délit soit compris dans le même titre du Code.

temps ne devrait pas dépasser celui au bout duquel le droit lui-même de faire exécuter la condamnation pénale se serait trouvé prescrit s'il y avait eu lieu à prescription. En cas de cumul de délits à punir, c'est forcément et identiquement le temps même de la prescription du droit d'action (ci-dess., n° 1148); en cas de récidive, il convient que ce soit le temps qui suffirait à la prescription du droit d'exécution.

1200. La différence de lieu n'entre en compte que s'il s'agit d'infractions purement locales, d'actes qui, prohibés ici, sont licites là, par mesures variables de police (ci-dess., nos 615 et suiv., 660 et suiv.). — Ou bien s'il s'agit de condamnations encourues en pays étrangers. Nous savons, en effet, qu'en principe de droit international, les jugements prononcés par les juridictions d'un État étranger n'ont pas d'autorité obligatoire pour les autres États (ci-dess., n° 908). D'ailleurs, si l'augmentation de culpabilité a lieu même encore ici, on ne peut pas dire du moins que l'inefficacité de la loi pénale ordinaire du pays ait été éprouvée. C'est là une règle qui pourra s'adoucir ou s'effacer à mesure que la loi de similitude nivellera de plus en plus les institutions et les coutumes entre les peuples; mais elle est encore régnante. Les condamnations encourues en pays étranger ne sauraient avoir d'influence que sur la mesure de la culpabilité individuelle laissée à l'appréciation du juge.

1201. Il n'est pas rare que les récidives se multiplient en la personne du même délinquant, et qu'après une première il en survienne une seconde, quelquefois une troisième et ainsi de suite : faut-il que la loi pénale poursuive cette période croissante de culpabilité par une période toujours croissante dans la peine correspondante? Outre que ceci ne serait guère praticable, en fait, qu'à l'égard des récidives spéciales, nous n'y verrions que le spectacle d'une lutte d'obstination entre le coupable d'une part et la loi pénale de l'autre: lutte sans dignité pour la loi, parce qu'elle en attesterait l'impuissance et qu'elle conduirait forcément ou à la lassitude ou à l'exagération. D'ailleurs, la simplicité nécessaire à la loi pénale ne s'accommode pas de telles complications, et les prétentions de règlements par formules arithmétiques ou géométriques y sont en général d'une justice fort équivoque. A part de rares exceptions, contenues elles-mêmes dans une étroite mesure, à l'égard seulement de certaines récidives spéciales, à pénalité peu élevée, nous croyons donc que ces sortes de distinctions ne sont pas à introduire dans la loi.

1202. Outre les questions de pénalité, la récidive peut en susciter d'autres encore, relatives aux juridictions et à la compétence, que nous aurons à examiner plus tard.

1203. Il ne suffit pas pour le législateur d'avoir réglementé dans la loi pénale ce qui concerne les récidives : il faut encore assurer à la justice les moyens, lorsqu'un inculpé est traduit devant elle, de

connaître d'une manière prompte et sûre les antécédents judiciaires de cet inculpé ; de savoir si déjà il a été ou non frappé de condamnations antérieures, et quelles ont été ces condamnations. Tant que ces conditions ne sont pas remplies, les dispositions de la loi pénale ne sont qu'une abstraction, les récidives échappent aux mesures qui doivent les atteindre, la société n'est pas garantie. Et, que sera-ce, s'il est possible à un malfaiteur récidiviste d'usurper le nom, avec les antécédents irréprochables d'une autre personne, et de rejeter sur celle-ci le faix de son passé criminel? La science pénale à l'égard des récidives est donc incomplète, pour ne pas dire illusoire, si elle n'apprend à donner satisfaction à cette nécessité pratique d'application. C'est un point qu'un de nos magistrats, criminaliste distingué, M. Bonneville, a parfaitement élucidé, en signalant à la fois et le besoin et la manière d'y pourvoir. Nous reviendrons sur le service éminent rendu en cela par ce criminaliste, non-seulement à notre administration de la justice criminelle, mais encore à la science générale du droit pénal (1).

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

1204. Le sentiment qui porte, après une première punition inutile, à augmenter de sévérité si le même manquement se renouvelle, et à lutter au besoin par l'énergie de la peine contre l'énergie de la résistance, afin que force, en définitive, demeure à l'autorité, est un sentiment instinctif, facile à se passionner : le raisonnement est plus nécessaire pour le modérer que pour le faire naître. — L'idée d'user contre l'accusé d'une rigueur plus grande, lorsqu'à propos du crime pour lequel il est poursuivi, on trouve en lui un coupable dangereux, déjà frappé inutilement de condamnations antérieures, fût-ce pour des méfaits différents, est elle-même une idée rudimentaire. — De pareilles aggravations matérielles, poussées la plupart du temps jusqu'à l'exagération, se rencontrent dans les législations le plus en enfance, les plus grossières : est-ce à dire que les règles de la récidive spéciale ou de la récidive générale soient organisées dans ces législations, et n'y a-t-il pas loin de tels rudiments informes à cette concordance, cette juste proportion de mesures efficaces, dont la science démontre la nécessité et enseigne quel doit être le caractère?

1205. Les anciens criminalistes de l'Europe, lorsqu'ils ont cherché à construire, sur l'autorité du droit romain, leur doctrine générale touchant la récidive, n'ont eu à puiser dans ce droit que bien peu de textes, qui ne sont pas au-dessus des idées communes d'aggravation (2).

(1) Voir ci-dessous, n° 1236, avec la note 1.

(2) *Récidives confondues avec la réitération :* Dig. 48, 19, *De pœnis*, 28, § 10, Fr. Callistrat., relatif aux *grassatores*, ou vagabonds marchant au vol et à la rapine : « *Utique si sæpius atque in itineribus hoc admiserunt.* » — 49, 16, *De re militari*, 3, § 9, Fr. Modestin, relatif au fait de désertion, lequel doit

1206. Ils y ont trouvé souvent la récidive et la réitération confondues entre elles, surtout en fait de rigueurs à exercer contre l'habitude ou la fréquence de certains crimes. Les Romains n'avaient pas même de mot correspondant à notre substantif de *récidive;* et les anciens criminalistes de l'Europe, tant qu'ils ont écrit en latin, n'en ont pas eu davantage. *Reiteratio,* à moins d'employer quelque périphrase, est le seul terme, équivoque, pour rendre les deux idées. — Cette confusion, en matière surtout de fréquence de certains délits, a passé communément dans l'ancienne jurisprudence criminelle européenne; un texte de la Caroline, contre les larcins commis pour la première, pour la seconde ou pour la troisième fois, texte qui n'était lui-même que la consécration formulée de vieux usages, en offre un exemple saillant dont la trace se retrouve dans tous les traités qui étaient écrits en Allemagne (1). — Et néanmoins, à part ces cas de con-

---

être traité avec indulgence pour la première fois chez les conscrits *(tirones)*, mais qui est puni « *si iterato hoc admiserint.* » — COD. 1, 4, *De episcopali audientia,* 3, const. Valentin., Theod. et Arcad., relative aux indulgences pascales, dont sont exclus certains crimes, et entre autres ceux « *non semel commissa.* » C'est de là que nos anciens criminalistes européens ont déduit qu'en récidive il ne doit pas y avoir de grâce. — 9, 12, *Ad legem Juliam de vi publica,* 8, §§ 1 et 2, const. Valentin., Théod. et Arcad., relative à ceux : « *qui bis aut sæpius violentiam perpetrasse convincentur.* »

Récidives du même délit, ou spéciales. DIG. 37, 14, *De jure patronatus,* 1, Fr. Ulp., relatif à l'affranchi qui, pour acte inofficieux envers son patron, est châtié, avec avertissement d'une punition plus rigoureuse qui ne lui manquera pas, « *si rursus causam querelæ præbuerit.* » 48, 19, *De pœnis,* 28, § 3, Fr. Callistrat., relatif aux émotions ou insurrections populaires : « *cum sæpius seditiose et turbulente se gesserint...; in eadem temeritate propositi perseveraverint.* » C'est le texte principal le plus fréquemment cité. — COD. 6, 1. *De servis fugitivis,* 4, const. Constantin., relative au recel d'esclave fugitif : « *Si vero secundo vel tertio eum susceperit.* » — 10, 20, *De superexactionibus,* constit. unica, Arcad. et Honor., relative au crime d'exaction : « *Si in iisdem sceleribus perseveret.* »

Récidives de délits divers, ou générales. DIG. 48, 19, *De pœnis,* 10, § 1, Fr. Macer., relatif aux condamnés aux mines (*metallici*), qui sont assimilés aux esclaves et par conséquent punis comme eux en cas de délits. — 48, 19. *De pœnis,* 28, § 16, Fr. Callistr., relatif à la plus grande sévérité de peine qui doit frapper les personnes *famosæ*. (Il faut rapprocher de ce texte ceux où il est indiqué quelles sont ces personnes : DIG. 3, 2, *De his qui notantur infamia,* 1, Fr. Julian., et 48, 1, *De publicis judiciis,* 7, Fr. Macer.) — 48, 19, *De pœnis,* 4, Fr. Marcian., et 28, §§ 13 et 14, Fr. Callistrat., relatifs à la rupture de ban par les relégués ou exilés : rapport indirect avec la récidive générale. — COD. 9, 47, *De pœnis,* 17, const. Constantin., relative à la marque à infliger aux condamnés aux mines, laquelle ne sera plus imprimée sur la face.

(1) Nous avons déjà cité ces articles de la Caroline, ci-dessus, n° 1161, note 2. Il était indifférent, pour l'aggravation marquée par lesdits articles, laquelle portait peine de mort à la troisième fois, que les vols dont il s'agit eussent été commis seulement en réitération ou bien en récidive proprement dite; mais il fallait qu'ils l'eussent été en des temps distincts. — La coutume de Bergerac de 1322 contenait une disposition semblable, avec cette différence que le voleur devait être pendu dès le second larcin : « Le second larrecin s'entend quand deux larrecins sont commis en divers temps. » (Art. 91 *et suiv.*) On

fusion encore reçus par eux, les anciens criminalistes n'en avaient pas moins posé déjà cette règle, que, pour qu'il y ait lieu à l'aggravation afférente à la récidive, il faut qu'il y ait eu condamnation antérieure et inattaquable.

1207. Au sujet de cette donnée de la véritable récidive, les textes du droit romain se bornent à quelques fragments, tous relatifs à des récidives spéciales ou récidives du même délit. Aussi était-il de jurisprudence européenne que la récidive ne devait s'entendre que de la rechute, après punition, dans le même délit, tout au plus dans un délit de même nature ; et telle est encore la disposition d'un grand nombre des codes modernes de pénalité en Europe (1). — C'était aussi sur l'autorité d'un texte romain, par eux prorogé d'un cas tout particulier au général, qu'ils avaient posé en règle que les délits en récidive ne peuvent obtenir de grâce : règle assurément fort en opposition avec les principes de la science rationnelle, écrite quelquefois dans certains statuts ou édits spéciaux, mais observée très-imparfaitement.

1208. Quant à la récidive de délits divers ou récidive générale, il faut, pour en trouver un indice indirect dans le droit romain, se reporter au principe de ce droit, qui punissait de peines plus sévères les esclaves que les hommes libres, et les personnes notées d'infamie que les personnes de considération intacte. Or, parmi les esclaves étaient comptés les condamnés aux mines (*metallici*), lesquels, par l'effet de la condamnation prononcée, changeaient immédiatement de condition et devenaient esclaves de la peine (*servi pœnæ*) ; et parmi les gens notés d'infamie (*famosi*), indépendamment de ceux qui l'étaient à raison de certaines circonstances touchant au droit privé, figuraient aussi ceux qui avaient été condamnés par suite d'une accusation publique (*ex publico judicio*). C'était ainsi qu'indirectement, mais non moins généralement, les condamnés pour crimes divers se trouvaient, en cas de nouveaux délits, frappés de peines plus rigoureuses. A quoi il faut rattacher encore la marque, appliquée comme signe de reconnaissance aux condamnés aux mines, marque qui dut s'inscrire ou sur les mains ou sur les jambes, après que Constantin eut défendu d'en maculer la face de l'homme, image de la beauté céleste. Le reflet de ces diverses dispositions se retrouve, quoique modifié, dans l'ancienne jurisprudence criminelle européenne.

1209. A tout cela enfin se joignait cette observation que, de même que chez les Romains, dans les poursuites à l'extraordi-

---

retrouve un écho de cette vieille doctrine dans le Code pénal autrichien de 1852, qui, à la troisième condamnation, transforme le vol de délit en crime.

(1) Signalons notamment le même Code pénal autrichien de 1852, qui n'admet que la récidive spéciale. Les rédacteurs du projet de Code pénal italien (art. 87 et suiv.), mieux inspirés que ceux du projet portugais, admettent la récidive générale.

naire (*extraordinaria crimina,* — voir ci-dessus, n°ˢ 581, 582, et page 450 en note), la latitude de pouvoir (*imperium*) laissée au préfet, au proconsul ou au magistrat qui exerçait cette juridiction, donnait à ce magistrat toute faculté d'augmenter la peine en considération des mauvais précédents de l'accusé ; de même en était-il des juges en Europe, d'après la règle commune des peines arbitraires.

1210. Le caractère général de la doctrine criminelle européenne se retrouve en particulier dans notre jurisprudence et dans les détails de notre législation française antérieure à la révolution de 1789 ; c'est ainsi qu'on y voit :

L'aggravation pour cause « *d'accoustumance,* » ou contre « *les coustumiers de ce faire,* » en laquelle se confond la réitération avec la récidive, et qui est déjà posée en maxime dans le *Grand Coustumier de France,* du temps de Charles VI, et dans la *Somme rural* de Jehan Bouteiller (ci-dess., n° 797, note 2) ;

Les récidives spéciales prévues, à l'occasion de chaque délit en particulier, par un grand nombre de coutumes, d'ordonnances ou d'édits, fréquemment jusqu'à la tierce, quarte fois ou même au delà, avec des peines ascendantes de degré en degré, conduites finalement, même pour des délits inférieurs, jusqu'au terme extrême, le bannissement perpétuel, les galères perpétuelles ou la mort (1) ; — La prohibition faite quelquefois au juge, par ces ordonnances, d'y modérer les peines ; — L'interdiction que se fait à lui-même le roi, en certains cas, d'y accorder grâce, pardon ou rémission (par imitation de la loi romaine, ci-dess., n° 1205, en note) ; — L'avertissement donné par le juge au condamné en prononçant la sentence, qu'il lui est fait défense de « *rencheoir,* » ou récidiver, sous menace *de plus griefve peine* (autre imitation d'une loi romaine, ci-dess., n° 1205, en note).

Quant aux récidives générales : rigueurs plus grandes, soit dans les peines, soit dans le jugement sans appel, soit dans une juridiction exceptionnelle et plus expéditive, contre ceux précédemment condamnés au grand criminel, surtout comme compris nominativement, à titre de *bannis* ou *repris de justice,* dans les dispositions des ordonnances contre les vagabonds, gens sans aveu et dangereux ; marques dont le coupable, en certains crimes, était, encore au temps de la *Somme rural* de Jehan Bouteiller, « signé en la joue du seing de la justice ou du Sei-

(1) Pour se faire une idée du nombre des délits à l'égard desquels les ordonnances avaient prévu et frappé plus grièvement la récidive, il suffit de parcourir le *Code pénal de* L'AVERDY, dont nous avons déjà parlé ci-dessus (n° 121, avec la note 2), aux pages 66, 70, 78, 87, 102, 106 à 108, 117, 120, 135, 147, 151, 164 à 167, 175, 176, 178, 180, 184, 185, 187 à 190, 193, 195, 196, 200, 205 de la *Première partie,* et aux passages correspondants de la Seconde partie, qui contient le texte des ordonnances.

gneur (1), » et plus tard en l'épaule ou autre lieu caché ; plus, les mesures répressives contre la rupture de ban (2).

(1) «.... Combien que les droicts canons, ajoute Jehan Boutciller, défendent que nul ne soit signé au visage qui est à la semblance et image de nostre Seigneur Jésus-Christ ; mais selon la coustume local si faict. » (*Somme rural*, liv. 2, tit. 40, p. 886). Et un peu plus loin, au même titre : « Sçachez que selon ladicte loy (la loy escrite, c'est-à-dire le droit romain), il n'est mie concédé de deffacer la face faicte à la semblance de la propre image de nostre Seigneur : mais doit avoir punition equipollée ; et selon les coustumiers et aux pays où on use par coustume locallе, qui en tel cas delinque, il est à mettre à l'eschelle, et estre flastry du seing de la ville aussi chaud que rouge, en la joue ; et ainsi en use l'en par coustume laye. » (*Ibid.*, p. 871.)

(2) *Ordonnance criminelle de Louis XIV*, de 1670, tit. 1, art. 12 : « Les Prévots de nos cousins les maréchaux de France, les Lieutenants criminels de robe courte, les Vicebaillifs et Vicesénéchaux, connoistront *en dernier ressort* de tous crimes commis par vagabonds, gens sans aveu et sans domicile, ou qui auront esté condamnés à peine corporelle, bannissement, ou amende honorable. »

Déclarations du Roi des 21 mars 1682 et 29 avril 1687, relatives aux ruptures de ban : galères à temps ou à perpétuité contre les hommes repris de justice et bannis, même pour le seul fait d'avoir rompu leur ban ; et quant aux femmes dans le même cas, enfermées à temps ou à perpétuité dans les hôpitaux généraux les plus prochains.

Déclarations du Roi du 25 juillet 1700 et du 27 août 1701, relatives aux vagabonds et aux bannis : — ordre aux vagabonds d'avoir pris emploi, condition ou travail dans le délai d'un mois de ladite déclaration (de 1701) ; faute d'y avoir satisfait, bannissement du ressort de Paris pour la première fois, et trois ans de galères pour la seconde ; art. 7 : « Et en cas que lesdits vagabonds aient déjà été condamnés pour d'autres crimes à peine corporelle, bannissement ou amende honorable, Voulons qu'ils soient condamnés, même pour la première fois, aux galères pour trois ans. » — Défense à tous bannis de se retirer, durant le temps de leur bannissement, dans le ressort de la ville de Paris ou à la suite de la Cour, sous les peines indiquées ci-dessus (1682 et 1687) pour rupture de ban. (*La même défense est faite aux libérés des galères par les déclarations qui suivent.*)

Déclarations du Roi des 8 janvier et 12 mars 1719, relatives aux vagabonds, gens sans aveu, libérés des galères ou bannis, permettant aux juges, dans les cas où les ordonnances, édits et déclarations avaient prononcé la peine des galères contre ces gens, pour rupture de ban ou autres faits, d'ordonner que les hommes seraient transportés dans nos colonies, pour y servir comme engagés au défrichement et à la culture des terres.

Déclaration du Roi du 5 juillet 1722, qui rétracte cette mesure et revient avec quelques modifications aux peines antérieures : « Les colonies se trouvant à présent peuplées par un grand nombre de familles qui y ont passé volontairement, plus propres à entretenir un bon commerce avec les naturels du pays que ces sortes de gens, qui y portaient avec eux la fainéantise et leurs mauvaises mœurs. »

Déclaration du Roi du 4 mars 1724, concernant la punition des voleurs. — Art. 4 : « Ceux et celles qui, après avoir été condamnés pour vol, ou flétris pour quelque autre crime que ce soit, seront convaincus de récidive en crime de vol, ne pourront être condamnés à moindre peine que, savoir : les hommes aux galères à temps ou à perpétuité, et les femmes à être de nouveau flétries d'un double V si c'est pour récidive de vol, ou d'un simple V si la première flétrissure a été encourue pour autre crime, et enfermées à temps ou pour leur vie dans les maisons de force ; le tout sans préjudice de la peine de mort, s'il y échet, suivant l'exigence des cas. » — Art. 5 : « Ceux qui seront condamnés aux galères, à temps ou à perpétuité, pour quelque crime que ce puisse être, seront flétris, avant d'y être conduits, des trois lettres GAL, pour, en cas de récidive

Enfin, pour tous ces cas, principe des peines arbitraires (à moins qu'il ne s'agit de punitions déterminées impérativement et sans modification possible par les édits ou ordonnances), principe qui laisse au juge la faculté d'aggravation pour cause des mauvais antécédents de l'accusé, et des condamnations par lui encourues précédemment (1).

1211. La transition de cette ancienne jurisprudence au système actuel de notre Code pénal, se fait par les trois phases qui suivent : — 1° La loi du 22 juillet 1791, en fait de délits de police municipale ou correctionnelle, avec le Code pénal de 1791, en fait de crimes, auxquels il faut joindre, comme appendices sous ce rapport, la loi du 28 septembre 1791 sur la police rurale, le Code de brumaire an IV et la loi du 25 frimaire an VIII ; — 2° La loi du 23 floréal an X ; — 3° Enfin, le Code pénal de 1810, modifié plus tard par les lois de révision de 1832 et de 1863.

1212. Dans la première de ces phases, les prévisions de la loi, en fait de délits de police municipale ou de police correctionnelle, se bornent encore aux récidives spéciales du même délit, et quelquefois de délits du même genre : les dispositions en sont très-nombreuses dans la loi du 22 juillet 1791 (2). — La peine est généralement doublée (3) ; elle s'élève en certains cas de la police municipale à la police correctionnelle (4) ; et même de la police correctionnelle au rang des peines criminelles (5). — Les prévisions légales ne distinguent pas entre la première récidive et

---

en crime qui mérite peine afflictive, être punis de mort. » Art. 6 : « Seront les deux articles précédents exécutés, encore que les accusés eussent obtenu de Nous des Lettres de rappel de ban ou de galères, ou de commutation de peine pour précédents vols ou autres crimes. »

Déclaration du Roi du 5 février 1731, sur les cas prévôtaux, qui attribue aux Prévôts des maréchaux la connaissance de tous crimes commis par vagabonds, gens sans aveu, et gens précédemment condamnés à peine corporelle, bannissement ou amende honorable, à l'exception de la simple infraction de ban quand le bannissement n'aurait pas été prononcé par ces Prévôts (art. 1 et 2).

(1) MUYART DE VOUGLANS, p. 24, § 6, nos 1 et 3. — JOUSSE, t. 2, p. 601, nos 187 et suiv., 190 et 191.

(2) *Loi du 22 juillet* 1791 : tit. 1 de la police municipale, art. 7, 14, 16, 19, 23, 27 : — tit. 2 de la police correctionnelle, art. 10, 11, 14, 19, 24, 25, 27 à 29, 32, 35, 36, 38 à 40. — Voir aussi l'article 23, n° 6, d'après lequel le fait d'être un *repris de justice* est une circonstance aggravante du délit de mendicité.

(3) Telle est la disposition de la plupart des articles cités ci-dessus. L'article 27 du titre 1er, relatif à la police municipale, porte généralement : « En cas de récidive, toutes les amendes établies par le présent décret seront doubles, et tous les jugements seront affichés aux dépens des condamnés. »

(4) *Même loi,* tit. 1, art. 19, conféré avec l'article 29 du titre 2 ; et titre 1, art. 23, conféré avec l'article 40 du titre 2.

(5) *Même loi,* tit. 2, art. 40, conféré avec l'article 46 du Code pénal de 1791, part. 2, tit. 2, section 2. — Plus, les cas résultant de la loi du 25 frimaire an VIII, art. 15. — Il va sans dire que, l'ordre des peines changeant, l'ordre des juridictions changeait en conséquence, tant dans les cas de la note précédente que dans les cas de celle-ci, ce que portent textuellement plusieurs des articles précités, et ce qu'explique l'article 607 du Code de brumaire an IV.

les suivantes : en un seul cas elles vont jusqu'à la seconde récidive, et c'est alors une peine criminelle qui est prononcée (1). — Le temps et le lieu commencent dès lors à être pris en considération, en ce qui concerne les récidives des délits de simple police (2) ; et le temps, mais non le lieu, en ce qui concerne les récidives des délits de police correctionnelle réglementées par la loi du 25 frimaire an VIII (3).

En fait de délits punis de peines afflictives ou infamantes, auxquels nous donnons aujourd'hui le nom technique de crimes, c'est la récidive générale de crimes divers, ou, en d'autres termes, de crime à crime, qui est prévue par le Code pénal de 1791. Le système de la Constituante consiste à appliquer au crime commis en cette sorte de récidive la peine ordinaire de ce crime sans augmentation, mais à ordonner qu'à l'expiration de cette peine, le condamné sera transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. La peine reçoit ainsi une profonde modification, qui a pour but de purger la société des récidivistes de crime à crime. Par exception, en certains cas moins graves, ce n'est pas la déportation, c'est seulement une peine plus rigoureuse qui est édictée (4). A cette époque, toute marque des condamnés est abolie (5).

---

(1) *Loi du* 22 *juillet* 1791, tit. 2, art. 40.

(2) *Loi du* 28 *septembre* 1791, sur la police rurale, tit. 2, art. 4 : « ... Toutes les amendes ordinaires qui n'excéderont pas la somme de trois journées de travail seront doubles en cas de récidive *dans l'espace d'une année.* » — Art. 38 : « ... S'il y a récidive *dans l'année,* l'amende sera double.

Code de brumaire an IV, art. 608 (relatif aux délits de simple police) : « Pour qu'il y ait lieu à une augmentation de peines pour cause de récidive, il faut qu'il y ait eu un premier jugement rendu contre le prévenu pour pareil délit *dans les douze mois précédents et dans le ressort du même tribunal de police.* »

(3) *Loi du* 25 *frimaire an VIII,* art. 15 : « En cas de récidive, les délits sus-énoncés (diverses variétés de vol, et menace d'incendie) seront jugés par le tribunal criminel et punis des peines portées au Code pénal. Il y aura récidive quand un délit de la nature de ceux ci-dessus énoncés aura été commis par le condamné *dans les trois années* à compter du jour de l'expiration de la peine qu'il aura subie. La lecture du présent article sera faite aux condamnés lors de la prononciation du jugement de police correctionnelle.

(4) *Code pénal de* 1791, 1re partie, tit. 2, *De la récidive,* art. 1 : « Quiconque aura été repris de justice pour crime, s'il est convaincu d'avoir, postérieurement à la première condamnation, commis un second crime emportant l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre ledit crime ; et, après l'avoir subie, il sera transféré, pour le reste de sa vie, au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. » — Art. 2 : « Toutefois, si la première condamnation n'a emporté autre peine que celle de la dégradation civique ou du carcan, et que la même peine soit prononcée par la loi contre le second crime dont le condamné est trouvé convaincu, en ce cas le condamné ne sera pas déporté ; mais, attendu la récidive, la peine de la dégradation civique ou du carcan sera convertie dans celle de deux années de détention. »

(5) *Loi des* 26 *et* 27 *septembre* 30 *décembre* 1791, art. 2 : « La marque est abolie de ce jour. »

1213. Dans la seconde phase, le système, en fait de récidives de délits de police municipale ou de police correctionnelle, ne change pas. — Mais en fait de récidives de crime à crime, il reçoit une entière transformation par la loi du 23 floréal an X (1). La déportation des malfaiteurs annoncée par le Code pénal de 1791 n'avait jamais été organisée : en conséquence il arrivait, à l'égard des récidivistes de crime à crime, ou que les tribunaux n'ajoutaient rien à la peine ordinaire du crime par eux commis, ou que, s'ils y ajoutaient la déportation, cette déportation se résolvait de fait en détention, peine temporaire, dont la durée, aux termes du Code pénal, ne pouvait excéder six ans (2). D'après la nouvelle loi, le récidiviste sera flétri, sur l'épaule gauche, de la lettre R, et ainsi flétri, il sera tout simplement rendu à la société à l'expiration de sa peine. C'est le rétablissement de la marque, et, quoique décrétée à titre provisoire, cette mesure reste jusqu'à la mise en vigueur du Code pénal de l'Empire.

1214. Le système du Code pénal de 1810, modifié en 1832 par un adoucissement notable de pénalité et par quelques changements importants de rédaction, forme la troisième phase, sauf quelques modifications introduites en 1863. — La récidive générale, tant en fait de délits de police correctionnelle qu'en fait de crimes, y devient la règle; la récidive spéciale n'y est plus que l'exception. Nous avons signalé (ci-dess., n° 1197) la supériorité de ce mode de procéder sur l'autre.

1215. La première condition essentielle pour constituer l'état de récidive, c'est l'existence d'une condamnation antérieure : il faut appliquer à cet égard, dans notre jurisprudence pratique, les principes de la science (ci-dess., n°s 1180 et 1181). La condamnation doit, en conséquence, être inattaquable à ce point qu'elle soit exécutoire. Il s'agira, dans la pratique, de faire fonctionner cette formule dans l'hypothèse des divers recours ouverts contre la décision pénale (opposition, contumace, appel, pourvoi en cassation, pourvoi en révision), et des divers moyens de remettre ou d'effacer les effets des condamnations (grâce, réhabilitation, amnistie). La combinaison des règles de chacune de ces institutions avec notre formule donnera la solution.

---

(1) *Loi du 23 floréal an X*, art. 1 : « Tout individu qui aura été repris de justice pour un crime qualifié tel par les lois actuellement subsistantes, et qui sera convaincu d'avoir, postérieurement à sa première condamnation, commis un second crime emportant peine afflictive, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre ledit crime, et, en outre, à être flétri publiquement, sur l'épaule gauche, de la lettre R. » — Art. 7 : « La présente loi n'aura d'effet, à l'égard de la flétrissure en cas de récidive, que jusqu'à l'époque où la déportation pourra y être substituée, conformément à ce qui est prescrit par l'article 1er du titre 2 de la seconde (c'est la première) partie du Code pénal du 25 septembre 1791. »

(2) *Exposé des motifs* de la loi de floréal an X, par le conseiller d'État Berlier.

L'acquittement prononcé en faveur d'un mineur de seize ans, reconnu avoir agi sans discernement, n'étant pas une condamnation, ne saurait être un élément constitutif de récidive, quand bien même les mesures autorisées en ce cas contre le mineur acquitté auraient été ordonnées (ci-dess., n^os^ 291 et suiv.)

1216. Bien qu'il soit vrai de dire, au point de vue le plus général, que la récidive est « le fait de celui qui, après une précédente condamnation pour infraction à la loi pénale, commet une nouvelle infraction », cependant il faut observer que toute récidive n'emporte pas forcément, d'après notre Code, une aggravation légale de pénalité. Il y a des distinctions à faire, et la première est celle de la gravité des infractions.

1217. En effet, notre Code pénal a séparé d'abord, quant aux règles de la récidive, d'une part les crimes et les délits de police correctionnelle, d'autre part les contraventions de simple police. Combinant ensemble les crimes et les délits dans un chapitre spécial intitulé : *Des peines de la récidive pour crimes et délits* (art. 56 et suiv.), il n'établit aucune combinaison entre eux et les contraventions de simple police. Ainsi, qu'il y ait récidive de simple contravention à crime ou à délit, ou bien de crime ou de délit à simple contravention, cela n'emporte aucune aggravation légale de peine. Les contraventions de simple police se combinent exclusivement entre elles. Il faut donc traiter, pour suivre l'ordre de notre Code pénal : 1° des récidives pour crimes ou délits; 2° des récidives pour simples contraventions.

1218. Les crimes et les délits étant à combiner entre eux, si l'on réfléchit que deux termes combinés deux à deux, l'un avec l'autre, et en outre chacun avec soi-même, ne peuvent donner que quatre combinaisons, il sera facile de voir que les diverses récidives ici en question se réduisent à ces quatre cas : 1° récidive de crime à crime; — 2° de crime à délit; — 3° de délit à crime; — 4° de délit à délit.

1219. Nous venons d'employer ces locutions : récidive de *crime à crime, de crime à délit, de délit à crime, de délit à délit;* mais, là-dessus, nous avons à faire une observation importante. Il est possible que, soit par le résultat d'une excuse (par exemple, la minorité de seize ans, la provocation), soit par celui d'une déclaration de circonstances atténuantes, un fait qualifié crime par la loi et poursuivi comme tel n'ait été puni (s'il s'agit du fait antérieur) ou ne soit à punir (s'il s'agit du fait nouveau) que de peines de police correctionnelle; comptera-t-il dans la récidive comme crime ou comme délit? sous lequel de nos quatre cas de récidive viendra se ranger en conséquence la combinaison dans laquelle il figurera?

1220. Il serait inexact de dire qu'un crime, du moment que la peine en est abaissée au taux de police correctionnelle, cesse pour cela de pouvoir être qualifié crime et devient un délit.

Nous reconnaissons que cette proposition, émise ainsi d'une manière générale, conduirait souvent à des conséquences inadmissibles. Mais nous nous attacherons aux règles même fondamentales de la récidive, et nous rechercherons si, d'après ces règles, c'est sur la qualification abstraite des faits, ou bien sur les peines réellement prononcées à l'occasion de ces faits, que le principe et le calcul de l'aggravation doivent être assis.

1221. Or, soit que l'on considère le fait antérieur, objet de la condamnation déjà encourue, ou le fait nouveau, celui qu'il s'agit de punir, un raisonnement invincible démontre que, tant pour l'un que pour l'autre, c'est à la peine réellement prononcée qu'il faut s'attacher.

En effet, s'agit-il du fait antérieur, soit comme expression de la criminalité jugée à la charge du coupable dans ce fait, soit comme expérience de l'inefficacité de la condamnation encourue par ce coupable? c'est la peine même, telle qu'elle a été prononcée, qui se présente, quelle qu'ait pu être la qualification abstraite du fait : si cette peine a été abaissée au taux de la police correctionnelle, ce n'est qu'une criminalité de ce taux qui a été mise à la charge du coupable, ce n'est qu'une peine de ce taux dont l'efficacité a été expérimentée.

S'agit-il, au contraire, du fait nouveau? la démonstration est bien plus simple; car c'est la peine réellement encourue à raison de ce fait, et seulement cette peine, qu'il est question d'aggraver ou de modifier pour cause de récidive.

1222. Ces raisonnements, dont l'autorité logique est impérieuse, se trouvent corroborés par tous les précédents historiques de notre législation jusqu'au Code pénal de 1810. Ainsi, dans les ordonnances ou déclarations antérieures à 1789, par nous déjà citées, les mesures prises contre les repris de justice ou les récidivistes le sont toujours en considération de la peine précédemment encourue (1). — Ainsi, dans le Code pénal de 1791, au titre *De la récidive,* le premier article porte : « Quiconque aura été repris de justice *pour crime;* » or, on voit clairement par l'article 2 qu'il ne s'agit là que de condamnés à des peines afflictives, et que c'est sur la considération de la peine antérieurement prononcée que se base le législateur (ci-dess., p. 567, note 4). Cependant, à cette époque, l'excuse tirée de la minorité de seize ans existait comme aujourd'hui, et il en pouvait résulter qu'un crime ne fût puni que de peines correctionnelles; ce résultat était bien plus fréquent encore après l'article 646 du Code de brumaire

(1) On peut le voir ci-dessus, p. 565, note 1 : « Condamnez à peine corporelle, bannissement ou amende honorable; » « Condamnez au bannissement ou aux galères; » et notamment dans la déclaration du 4 mars 1724, art. 5 : « Ceux qui seront condamnés *aux galères, à temps ou à perpétuité,* pour quelque crime que ce puisse être, seront flétris... pour, en cas de récidive en crime *qui mérite peine afflictive,* être punis de mort.

an IV sur les excuses, interprété et appliqué comme il l'a été dans la pratique (ci-dess., nos 1094 et suiv.). — Ainsi les mêmes locutions et le même procédé continuent dans la loi de floréal an X, dont l'article 1er porte : « Tout individu qui aura été repris de justice *pour un crime*....., etc. » Or, on voit par l'article 7 que cette loi ne dispose que dans les termes mêmes du Code pénal de 1791, en substituant temporairement, jusqu'à ce que l'exécution du Code puisse avoir lieu, la mesure provisoire de la flétrissure à celle de la déportation (ci-dess., p. 568, note 1). Les mots condamnés pour un crime ne désignent donc ici, comme dans le Code de 1791, que des condamnés à des peines criminelles. — Le Code pénal de 1810 n'a fait que suivre ces errements, lorsqu'il a employé les expressions traditionnelles que nous-mêmes nous continuons à employer encore : *brevitatis causa*, pour éviter les circonlocutions, lorsque nous disons récidive de *crime à crime*, de *crime à délit*, etc., malgré l'inexactitude de ces expressions. Ce serait s'attacher bien judaïquement à la lettre et se montrer bien oublieux de toutes nos lois antérieures, que d'en conclure que le Code de 1810 ait voulu par là rétrograder même sur ce qui se faisait avant la révolution de 1789, et abandonner ce principe de logique prédominante, que les mesures contre les récidives doivent être basées sur la considération tant de la peine réellement encourue pour le premier fait que de celle à encourir pour le fait nouveau, et non sur la qualification abstraite de ces faits.

1223. Comme notre jurisprudence des arrêts avait hésité là-dessus, et même s'était montrée plus généralement contraire à cette interprétation, à propos de l'article 56 de notre Code pénal, le législateur voulut, lors de la révision de 1832, faire disparaître toute équivoque, et il substitua, dans cet article 56, aux expressions : « Quiconque ayant été condamné *pour crime*, » que porte le texte de 1810, celles-ci : « Quiconque ayant été condamné *à une peine afflictive ou infamante* », que porte le texte actuel. Mais, comme le même changement de rédaction n'avait pas été fait dans l'article 57, et comme, d'ailleurs, la différence entre les crimes punis de peines criminelles et ceux punis de peines correctionnelles pouvait faire surgir diverses hypothèses sur lesquelles le texte du Code était muet, la controverse subsistait dans la doctrine.

Ce sont ces équivoques que la loi du 13 mai 1863 a eu pour but de faire disparaître, en consacrant, par les modifications introduites dans le texte même des articles 57 et 58, la règle que ce n'est pas à la qualification des faits, mais à la peine réellement prononcée (quant au fait antérieur), ou légalement méritée (quant au fait nouveau) qu'il faut s'attacher pour régler les effets de la récidive.

Cela posé, nous irons plus loin, et, afin de jeter un grand jour dans les idées et dans l'interprétation pratique de nos articles, nous distinguerons les quatre cas de récidive, non par la qualifi-

cation des faits, qui induit en erreur ou en équivoque, mais par la désignation des peines elles-mêmes, qui éclaircit tout, puisque ce sont ces peines, en réalité, qu'il s'agit de combiner.

Nous dirons donc : — 1° récidive de peine criminelle à peine criminelle; — 2° de peine criminelle à peine correctionnelle; — 3° de peine correctionnelle à peine criminelle; — 4° de peine correctionnelle à peine correctionnelle.

Il ne nous reste plus qu'une observation à faire dans le même sens : c'est que toute récidive, même ramenée à ces termes, n'emporte pas, d'après notre Code, une aggravation légale. Notre législateur a voulu, pour y attacher l'effet aggravant, que la première condamnation prononcée ait eu une certaine gravité. Les peines criminelles ont toujours cette gravité suffisante, mais non les peines correctionnelles; pour celles-ci, la limite, fixée dès 1810, a été « *plus d'une année d'emprisonnement* ».

Ainsi, le condamné à une amende, de quelque somme que ce soit, ou à huit mois, à dix mois, même *à une année* d'emprisonnement, n'encourt pas d'aggravation légale s'il vient à tomber en récidive; mais *un an et un jour* suffiraient pour l'aggravation, et nos tribunaux quelquefois prononcent ainsi la peine, dans cette prévision. Ce seul jour ajouté à la peine d'emprisonnement a un effet majeur pour l'éventualité d'une récidive, et nous verrons, en traitant des peines, qu'il en a un autre fort grave encore pour le mode d'exécution.

Il ne faut pas dire, dans les cas où notre Code n'édicte pas d'aggravation légale pour cause de récidive, *qu'il n'y a pas récidive :* ce serait une manière bien erronée de s'exprimer. Il y a récidive, et ces sortes de récidives sont portées comme telles dans les tableaux de nos statistiques criminelles; mais quant à la fixation de la peine, elles n'entrent plus que dans les nuances de la culpabilité individuelle, laissées à l'appréciation du juge, suivant la latitude du *minimum* au *maximum*.

1223 *bis*. Sous le bénéfice de ces explications préliminaires, reportons-nous à la division par nous proposée.

1° *Récidive générale de peine criminelle à peine criminelle.*

Celui qui a déjà été condamné à une peine afflictive ou infamante (voy. n° 1223) subit une aggravation de peine (1), sur laquelle nous reviendrons lorsque nous traiterons des peines.

2° *Récidive générale de peine criminelle à peine correctionnelle* (2).

Lorsqu'il y aura condamnation à une peine criminelle, cette première condamnation fera aggraver, pour cause de récidive, la

(1) C. P. art. 56 : « Quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime emportant, comme peine principale, la dégradation civique, sera condamné à la peine du bannissement, etc.

(2) On pourrait croire que, les délits étant moindres que les crimes, il ne

peine correctionnelle légalement encourue à raison du nouveau fait, que ce nouveau fait soit un délit, ou bien qu'il soit un crime « *qui devra n'être puni que de peines correctionnelles* (1)». Cette dernière prévision a été ajoutée par la loi du 13 mai 1863 afin de couper court aux divergences d'interprétation là-dessus ; la prévision se réalisera, sans aucun doute pour personne, par l'effet d'une excuse abaissant légalement la peine du crime à la mesure correctionnelle, par exemple, l'excuse tirée de la minorité de seize ans (C. P., art. 67), ou celle tirée de la provocation (art. 326).

3° *Récidive générale de peine correctionnelle à peine criminelle.*

Pas d'article dans notre Code pénal à ce sujet; en conséquence pas d'aggravation légale, et cela à dessein et à bon droit, la considération d'une peine correctionnelle antérieurement prononcée ne devant pas assez peser dans la balance pour faire aggraver par la loi une peine criminelle (2). Que cette peine correctionnelle antérieure ait été prononcée pour crime ou pour délit, la solution est la même : les difficultés élevées sur ce point, par suite de la première rédaction de l'article 56, ont disparu dès la révision de 1832.

L'effet de cette sorte de récidive ne tombera que dans les nuances variables de la culpabilité relative ; le projet de Code pénal italien (art. 91) se montre plus sévère, en défendant au juge de prononcer le *minimum*.

4° *Récidive générale de peine correctionnelle à peine correctionnelle* (3).

Nous retrouvons ici, en ce qui concerne les peines correctionnelles antérieurement prononcées, cette limite, adoptée dès le Code pénal de 1810, *de plus d'une année d'emprisonnement*,

---

devrait pas plus y avoir récidive de crime à délit que de délit à contravention. Mais l'expérience judiciaire démontre que les individus moins dépravés se trouvent plus souvent parmi les condamnés aux travaux forcés et à la réclusion que parmi les condamnés à un emprisonnement de plus d'un an. (Voy. *Statistique des prisons* de 1869, page XVIII et suiv.).

(1) C. pén., art. 37 (d'après la loi du 13 mai 1863) : « Quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement, aura commis un délit ou un crime *qui devra n'être puni que de peines correctionnelles*, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. — Le condamné sera, de plus, sous la surveillance spéciale de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. »

(2) Il y a cependant des cantons suisses qui admettent la récidive de délit à crime. (Voyez le livre sur *la Récidive*, de M. Yvernès, quant à la législation comparée en cette matière).

(3) C. P., art. 58 (d'après la loi du 13 mai 1863) : « Les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année seront aussi, en cas de nouveau délit ou de crime *qui devra n'être puni que de peines correctionnelles*, condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double : ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du gouvernement pendant au moins cinq années et dix ans au plus. »

à laquelle commence seulement à être attaché l'effet d'aggravation légale en cas de récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle.

Peu importe, quant à cette peine correctionnelle antérieurement prononcée, qu'elle l'ait été pour crime ou pour délit : dans tous les cas, supérieure à une année d'emprisonnement, elle entraînera aggravation légale s'il y a récidive; non supérieure, elle ne l'entraînera pas. — Cette prévision d'une condamnation à une peine correctionnelle précédemment encourue pour crime a été ajoutée dans le nouvel article 57, par la loi du 13 mai 1863, afin de faire cesser toute équivoque d'interprétation, au moyen de ces mots : « *condamné pour crime, à une peine supérieure à une année d'emprisonnement.* » — Ici, puisqu'il s'agit d'une peine déjà prononcée, qui est à prendre en considération telle quelle, chacun convient qu'il n'y a pas à s'inquiéter de savoir si c'est par l'effet d'une excuse ou d'une déclaration de circonstances atténuantes qu'elle a été abaissée au taux correctionnel. — Exemples d'un abaissement à plus d'une année, ou à une année seulement d'emprisonnement par l'effet des circonstances atténuantes, article 463, § 7, du Code pénal. — Exemple d'un abaissement à un emprisonnement même de moins d'une année par l'effet d'une excuse, article 326, § 3, relatif à la provocation.

En résumé, notre formule à l'égard des récidives générales, si nous comparons les peines prononcées à raison du fait antérieur avec les peines méritées à raison du nouveau fait, pourra se réduire à ceci : — Les peines criminelles font légalement aggraver soit les peines criminelles, soit les peines correctionnelles; — les peines correctionnelles, mais seulement lorsqu'elles ont été de plus d'une année d'emprisonnement, font légalement aggraver les peines correctionnelles, jamais les peines criminelles.

Si, au contraire, nous voulons comparer entre eux les faits, notre formule se réduira à ceci : — Il y a aggravation légale pour cause de récidive générale : de crime à crime et de crime à délit, de délit frappé de plus d'une année d'emprisonnement à délit, mais jamais de délit à crime. — Toutefois il faut ajouter immédiatement, sans quoi cette dernière formule serait incomplète, sujette à induire en équivoque ou en erreur, que les crimes punis ou à punir seulement de peines correctionnelles y doivent être comptés comme délits.

A propos du fait nouveau commis en état de récidive et qu'il s'agit de punir, nous n'avons cité jusqu'à présent que le cas des excuses légales comme pouvant répondre à ces mots des articles 57 et 58 « *un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles* » ; quant à l'effet de ces excuses, tout le monde est d'accord. Mais faut-il y ajouter, en outre, l'effet d'une déclaration de circonstances atténuantes, et comment alors opérer pour la détermination de la peine à prononcer? La loi du 13 mai 1863

venait à peine d'être promulguée qu'il s'est élevé, à ce sujet, dans les controverses d'interprétation doctrinale et dans l'application pratique devant les cours d'assises, de graves difficultés. La réponse affirmative jette dans d'inextricables embarras, dont il est impossible, quelque solution qu'on adopte, de sortir d'une manière satisfaisante. Nous avouons que, dans notre doctrine, la question ne peut pas même s'élever, et que les circonstances atténuantes n'ont jamais rien à faire dans cette prévision relative au fait postérieur, « *d'un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles.* » Mais cette démonstration ne pourra être donnée que, lorsque, après avoir traité des peines, nous parlerons de la manière de les déterminer en cas de concours de la récidive avec les circonstances atténuantes.

1224. Notre Code, quant à ces récidives de crimes ou délits, n'a tenu compte de la nature différente des faits qu'en ce qui concerne les délits militaires ou maritimes opposés aux délits de droit commun. Le dernier paragraphe de l'article 56, à ce sujet, est ainsi conçu : « Toutefois, l'individu condamné par un tri-» bunal militaire ou maritime ne sera, en cas de crime ou de » délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que » la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes » ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. » C'est une addition faite en 1832. — Hors de là, pas de distinction : délits de droit commun ou de police générale ou spéciale, délits politiques ou non politiques, délits prévus par le Code pénal ou par des lois à part, antérieures ou postérieures au Code, à moins que le contraire ne résulte des dispositions particulières de ces lois, entrent également ensemble dans la combinaison (ci-dess., n° 1197). — Il n'y a pas à distinguer non plus par quelles juridictions ont été ou doivent être prononcées les peines : il peut arriver, en effet, en diverses occurrences, ainsi que nous l'expliquerons en traitant des juridictions, que des condamnations en matière correctionnelle ou même criminelle puissent être prononcées par des juridictions civiles, par une assemblée législative ou autre juridiction exceptionnelle ; mais du moment qu'il s'agit des mêmes faits et de l'application des mêmes lois répressives, le changement accidentel de juridiction ne doit pas changer la pénalité.

1225. Notre Code n'a tenu aucun compte du temps écoulé entre la première condamnation et le nouveau fait punissable ; quelque long que puisse être ce temps, eût-il dépassé de beaucoup celui de la prescription des peines, l'aggravation pour cause de récidive n'en a pas moins lieu (ci-dess., n° 1199). — Quelques lois spéciales, pourtant, dont nous parlerons bientôt, ont été moins rigoureuses.

1226. Aucun compte non plus de la différence des lieux, sauf ce qui concerne les condamnations prononcées en pays étranger ;

et cela est conforme aux principes de la science rationnelle (ci dess., n° 1200). Les nuances à cet égard entrent seulement dans la mesure de la culpabilité individuelle, à apprécier par le juge, suivant la latitude du *maximum* au *minimum*.

1227. A l'égard des contraventions de simple police, le système du Code est différent; ce qui touche la récidive, comme tant d'autres points (ci-dess., n^{os} 298, 404, 690, 1032, 1172), y a été réglé à part et d'une autre manière.

1228. Ainsi, premièrement, les récidives qui y sont prévues sont des récidives spéciales; non pas exclusivement entre contraventions identiques, mais entre contraventions du même ordre de gravité. En effet, nous savons comment notre Code pénal a divisé les contraventions de simple police en trois classes, suivant le taux de l'amende dont elles sont frappées (ci-dess., n° 791, avec la note); or, l'aggravation légale de peine pour cause de récidive n'a lieu que dans les récidives entre contraventions de la même classe. D'où ce résultat, assurément singulier et peu rationnel, que la récidive d'une contravention de première classe à une contravention de seconde ou de troisième, ou réciproquement, ne fait encourir aucune aggravation légale de peine. Il en est de même à l'égard des contraventions de simple police prévues par des lois à part, à moins que ces lois n'en ordonnent autrement par une disposition particulière, car le texte du Code est exclusivement limité, dans ses expressions, aux contraventions prévues par ce Code (1).

1229. Ainsi, secondement, il est tenu compte, en ces sortes de récidives, du temps et du lieu : les dispositions déjà introduites à cet égard par le Code de brumaire an IV (ci-dess., n° 1212, note 6) ayant été reproduites, à peu de chose près, par l'article 483 du Code pénal de 1810, conçu en ces termes : « Il y a réci-» dive dans tous les cas prévus par le présent livre, lorsqu'il a été » rendu contre le contrevenant, dans les douze mois précédents, » un premier jugement pour contravention de police commise » dans le ressort du même tribunal. » Le caractère local de ces

(1) *Code pénal*, art. 474 : « La peine d'emprisonnement contre toutes les » personnes mentionnées en l'article 471 (contraventions de la première classe) » aura toujours lieu, en cas de récidive, pendant trois jours au plus. »

Art. 478 : « La peine de l'emprisonnement pendant cinq jours au plus sera » toujours prononcée, en cas de récidive, contre toutes les personnes mention-» nées dans l'article 475 (seconde classe). — Les individus mentionnés au n° 5 » du même article (jeux de loterie ou autres jeux de hasard établis ou tenus » dans des lieux publics) qui seraient repris pour le même fait en état de réci-» dive, seront traduits devant le tribunal de police correctionnelle, et punis d'un » emprisonnement de six jours à un mois, et d'une amende de seize francs à » deux cents francs » (Ce second paragraphe est une addition faite à l'article lors de la révision de 1832.)

Art. 482 : « La peine d'emprisonnement pendant cinq jours aura toujours » lieu, pour récidive, contre les personnes et dans les cas mentionnés en l'ar-» ticle 479 (troisième classe). »

sortes d'infractions (ci-dess., nos 660 et suiv., 689, 1200) et le peu de gravité qui en efface bientôt le souvenir sont les motifs de cette disposition.

1230. Quant au détail des conséquences pénales attachées à la récidive, tant pour crimes ou délits que pour contraventions de simple police, nous ne pourrons l'exposer qu'après avoir traité des peines. Nous nous bornerons à faire remarquer ici :

1° Que le Code pénal de 1810 et la loi de révision de 1832, même à l'égard des crimes les plus graves et des récidivistes les plus dangereux, ont pris seulement le système d'aggravation, et non celui de transformation des mesures pénales, destiné à mieux garantir la société (ci-dess., nos 1190 à 1192) ;

2° Que le calcul à faire pour la fixation de la peine peut exiger une combinaison entre les effets simultanés de la récidive, des autres circonstances aggravantes, des excuses ou des circonstances atténuantes (ci-dess., nos 1127 et 1128) ; il s'agira de voir comment doit se faire cette combinaison ;

3° Que les peines prononcées à raison du nouveau fait se cumulent avec celles prononcées à raison des faits antérieurs, à moins qu'il n'y ait incompatibilité (ci-dess., nos 1180 à 1182) ;

4° Qu'il faut rapprocher du système d'aggravation de peine contre les récidives les mesures concernant la surveillance de la haute police et les ruptures de ban, dans lesquelles on retrouve des vestiges de l'ancienne assimilation entre les mendiants, vagabonds, gens sans aveu et les repris de justice (1).

1231. Cette expression *repris de justice*, considérée en son acception grammaticale et dans sa naturelle généralité, comprend évidemment tous ceux qui ont déjà subi une condamnation pénale : grave ou légère, pour simple contravention, pour délit ou pour crime ; l'expression ne distingue pas. — Ce serait donc au législateur à n'employer jamais cette locution isolée, trop générale pour ne pas être équivoque (2) ; ou à préciser la nature du fait auquel il veut l'appliquer, comme l'ont fait l'article du Code pénal de 1791, relatif à la récidive, et la loi de floréal an X, en disant : « *repris de justice pour crime* » (ci-dess., page 567, note 4 et 568, note 1) ; ou mieux encore, pour éviter les équivoques qui s'attachent aussi à ces dernières expressions (ci-dess., nos 1219 et

(1) Ci-dessus, n° 1208 et page 565, avec les ordonnances et déclarations citées à la note 2. — *Code pénal*, art. 44 et 45, modifiés par les dispositions de la loi du 23 janvier 1874; art. 271 et 282. — *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 115 et art. 553, sur la compétence des cours spéciales, supprimées par les Chartes de 1814 et de 1830.

(2) Le Code d'instruction criminelle de 1808 l'avait employée seule dans son article 115; de là, controverse sur le plus ou moins d'étendue à y donner. Mais la nouvelle rédaction introduite par la loi du 18 juillet 1865 (nouv. art. 113) s'explique d'une manière plus précise, en excluant du bénéfice de la mise en liberté provisoire *le prévenu déjà condamné pour crime à un emprisonnement de plus d'une année.*

suiv.), en précisant la nature des peines encourues : « *condamné à tel ordre de peines,* » comme l'ont fait la plupart des anciennes ordonnances (ci-dess., n° 1210, note 3), et la loi de révision de 1832, en l'article 56 de notre Code pénal (ci-dess., n° 1223). — Mais dans l'usage, lorsqu'on fait allusion à la situation exceptionnelle des condamnés et aux sévérités préventives édictées contre eux par la loi, le mot de *repris de justice* s'emploie, dans le sens reçu communément en notre jurisprudence, comme désignant des condamnés à des peines de grand criminel, aujourd'hui encore *peines afflictives ou infamantes*. Il faudrait, pour donner à ce terme une interprétation plus large, que le texte, l'esprit et le but de la loi où il se trouverait employé commandassent cette extension. — Tout au plus, à ne considérer que nos habitudes extra-judiciaires, serait-on porté aujourd'hui à comprendre dans l'expression tous les condamnés soumis à la surveillance de la haute police. — Le législateur ne peut fournir matière à de pareilles fluctuations ; il doit, surtout lorsqu'il édicte quelque rigueur, préciser avec fixité quelles personnes en sont frappées.

1232. Quoique les dispositions du Code pénal sur les récidives générales rendent moins opportunes ou moins nécessaires les prévisions de récidives spéciales, cependant elles n'y font pas obstacle. Le Code lui-même nous en fournit des exemples (art. 200, art. 478, 2e paragraphe) ; et dans un grand nombre de lois particulières le législateur, préoccupé du délit objet, isolé de ces lois, en a puni plus sévèrement les récidives.

Assez usuellement les amendes sont doublées, soit d'une manière obligatoire, ce qui est le plus fréquent, soit d'une manière facultative pour le juge. Quelquefois il y a addition d'emprisonnement, ou quelque autre genre d'aggravation. Il n'est pas sans exemple d'y voir la punition s'élever, pour cause de récidive, des peines de simple police à celles de police correctionnelle (1), ou même des peines correctionnelles à une peine criminelle (2).

En un grand nombre de ces lois, le législateur a eu égard au temps, et n'a puni la récidive spéciale que lorsqu'elle a eu lieu dans le courant d'un certain délai à partir de la condamnation ; par exemple dans l'année, terme le plus usuel, ou dans les deux ans, ou dans les cinq ans, ce qui est le délai voulu chez nous pour la prescription (3) des peines correctionnelles (4).

---

(1) *Code pénal,* art. 472, 2e paragraphe. — Loi du 22 mars 1841, *relative au travail des enfants dans les manufactures,* art. 12.

(2) *Code pénal,* art. 200 ; voir ci-dessus, p. 168, note 1.

(3) Le projet de Code pénal italien (art. 87, 3°) s'attache toujours au délai fixé pour la prescription de la peine, même criminelle.

(4) Exemples de récidives spéciales *dans l'année :* — Loi du 6 octobre 1791, *sur la police rurale,* tit. 2, art. 4. — *Code forestier* du 31 juillet 1827, art. 200. — Loi du 24 avril 1829, *relative à la pêche fluviale,* art. 69. — Loi du 22 mars 1841, *relative au travail des enfants dans les manufactures,*

Le Code, quant à la récidive générale, n'a prévu que la première récidive, ne mettant, par conséquent, aucune différence entre celle-là et celles qui pourraient suivre (ci-dess., n° 1201). Il en est de même communément pour les récidives spéciales : cependant nous avons un exemple, dans l'article 200 du Code pénal, d'une aggravation ascendante de peine poussée jusqu'à la deuxième récidive, et dans l'article 2 de la loi du 23 janvier 1873 sur l'ivresse, jusqu'à la troisième (1).

1233. La récidive spéciale est restreinte dans les termes mêmes de la loi qui la prévoit et la punit. Elle n'existe qu'autant que la première et la seconde condamnation sont prononcées toutes deux à raison du délit ou du genre de délit en question, et elle n'entraîne l'aggravation de peine, marquée par la loi spéciale qu'autant qu'elle se produit dans le délai fixé par cette loi, si délai il y a. Quant à la question de savoir si, en dehors de ces conditions, le même délit pourrait entrer comme élément dans la constitution d'une récidive générale : par exemple un délit de chasse (loi du 4 mai 1851, art. 13) combiné avec un autre délit, comme

---

art. 12. — Loi du 4 mai 1844, *sur la police de la chasse*, art. 14. — Loi du 21 juillet 1845, *sur la police des chemins de fer*, art. 21. — Loi du 29 juillet 1849, *sur la presse*, art. 10. — Loi du 26 juin 1851, *sur la garde nationale*, art. 82 et 83. — Décret du 6 avril 1852, *sur les bureaux de placement*, art. 4. — Loi du 21 juillet 1856, *concernant les contraventions aux règlements sur les appareils et bateaux à vapeur*, art. 19.

Exemples de récidives spéciales *dans les deux ans :* Loi du 11 mai 1868, *sur la presse*, art. 12.

Exemples de récidives spéciales *dans les cinq ans :* — Loi du 8 juillet 1844, *sur les brevets d'invention*, art. 43. — Loi du 1er avril 1851, *tendant à la répression plus efficace de certaines fraudes dans la vente des marchandises*, art. 4. — Loi du 23 juin 1857, *sur les marques de fabrique et de commerce*, art. 11.

Exemples de récidives spéciales sans délai marqué : — Loi du 19 ventôse an XI, *relative à l'exercice de la médecine*, art. 36. — Loi du 21 avril 1810, *sur les mines*, art. 96. — Loi du 26 juin 1840, *sur le sel*, art. 10. — Loi du 4 juin 1846, *relative à la perception de l'impôt sur les sucres*, art. 26. — Loi du 4 mars 1851, *relative au contrat d'apprentissage*, art. 20. — Loi du 8 juin 1851, *sur la police du roulage*, art. 5.

(1) Cette loi, après avoir puni, dans son article 1er, conformément au droit commun sur les contraventions, la récidive d'ivresse manifeste dans un lieu public, ajoute :

Art. 2. « En cas de nouvelle récidive, conformément à l'article 483, dans les douze mois qui auront suivi la deuxième condamnation, l'inculpé sera traduit devant le tribunal correctionnel et puni d'un emprisonnement de six jours à un mois et d'une amende de seize francs à trois cents francs. — Quiconque ayant été condamné en police correctionnelle pour ivresse, depuis moins d'un an, se sera rendu coupable du même délit, sera condamné au maximum des peines indiquées au paragraphe précédent, lesquelles pourront être élevées jusqu'au double. »

L'article 3 ajoute à cette dernière pénalité la privation des droits politiques, d'aptitude aux fonctions publiques, et, pendant deux ans, du droit de port d'armes.

celui de vol, elle est sujette à difficulté et doit être résolue par des distinctions.

1234. Il n'est pas nécessaire d'ajouter que tous les cas de récidive, soit générale, soit spéciale, qui ne rentrent pas dans les prévisions de la loi, et qui n'entraînent pas en conséquence d'aggravation légale, peuvent entrer néanmoins, conformément aux principes rationnels (ci-dess., nos 1193, 1197 et 1198), dans la mesure de la culpabilité individuelle, et que la latitude du *maximum* au *minimum*, quand elle existe, fournit au juge, en notre pratique, le moyen d'en tenir compte (ci-dess., nos 1218, 1226, 1227).

1235. Il se présente, quant aux juridictions exceptionnelles auxquelles ont pu ou peuvent être soumis certains récidivistes (C. i. cr., art. 553, et ci-dess., n° 1231 avec la note), quant à l'autorité compétente pour prononcer sur l'état de récidive, et quant au moyen d'en faire la preuve, des questions qui se réfèrent aux juridictions, à la compétence et à la procédure, dont nous devons nous occuper ultérieurement.

1236. La nécessité d'assurer à la justice pénale, pour l'application même des lois contre la récidive et pour la mesure de chaque culpabilité individuelle, les moyens d'être éclairée sur les antécédents judiciaires de tout prévenu ou de tout accusé, nous est connue en principe (ci-dess., n° 1203). Cette nécessité n'était pas restée inaperçue pour le législateur de 1808, qui avait cru y pourvoir par certaines prescriptions du Code d'instruction criminelle (art. 600 et suiv.), d'après lesquelles il devait être tenu, en double exemplaire, l'un au ministère de la justice et l'autre au ministère de la police, un registre *général contenant, par ordre alphabétique de noms, la désignation de tout individu* condamné à un emprisonnement correctionnel ou à plus forte peine, avec une notice sommaire de chaque affaire, d'où est venu, dans l'usage, à ces registres, le nom de *sommiers judiciaires*. — Tombée en désuétude au ministère de la justice, la tenue de ces registres s'est continuée régulièrement à la préfecture de police de Paris. Mais la concentration en un seul point pour toute la France de tant de documents, dont le nombre s'est multiplié d'année en année, y a produit une telle accumulation; la similitude, l'identité des noms tant de fois répétés, sans connaissance personnelle des individus et sans moyen de vérification assurée en cas de doute ou de fraude, y ont amené de telles confusions, que, sauf ce qui concerne les condamnations du département de la Seine, objet d'un sommier particulier, il a été bientôt d'une impossibilité presque absolue d'extraire, en temps opportun, de cet amas de registres, les renseignements individuels qui pourraient être demandés. Vainement a-t-on cherché un secours dans une *table mobile perpétuelle*, formée par des bulletins détachés, dressés au nom de chaque individu, avec renvoi aux registres correspondants, et rangés par ordre alphabétique dans des *casiers*,

où leur mobilité permet toujours d'en faire le classement au fur et à mesure qu'il s'en présente de nouveaux ; vainement a-t-on encore apporté à ce procédé une notable amélioration en inscrivant sur le bulletin consacré à chaque condamné le sommaire de toutes les condamnations par lui encourues au fur et à mesure qu'elles se produisent, ce qui évite, à la rigueur, de recourir aux registres : les inconvénients nombreux, conséquence de l'unique centralisation à Paris de tous ces documents, en ont toujours rendu le bénéfice à peu près illusoire. — Cependant, dans cet emploi de bulletins individuels mobiles, rangés alphabétiquement en des casiers, le véritable procédé était trouvé ; il ne s'agissait plus que d'y appliquer une idée simple et féconde, celle de la division du travail et de la décentralisation des documents. Déjà nous en avions un exemple bien sensible dans la tenue de nos registres de l'état civil. La révolution de 1848 en a donné un autre bien plus frappant dans la facilité, dans la promptitude avec laquelle elle est parvenue, à l'aide de cette division, à dresser des listes électorales et des listes du jury dans le système du suffrage universel. Un magistrat en a ouvert l'idée relativement aux documents judiciaires (1). Cette idée a été accueillie et transformée en règle pratique par une circulaire du ministre de la justice, du 6 novembre 1850, en exécution de laquelle la tenue des casiers judiciaires, à bulletins individuels mobiles, a été localisée, et ramenée, pour chaque individu, au greffe du tribunal civil de son arrondissement natal (2). Une telle division du travail

(1) M. Bonneville, alors procureur impérial près le tribunal de Versailles, aujourd'hui conseiller honoraire à la cour d'appel de Paris, dont nous avons déjà parlé (ci-dess., n° 1203) : *De la nécessité de localiser à l'avenir, au greffe de l'arrondissement natal, tous les renseignements judiciaires concernant chaque condamné;* discours de rentrée de novembre 1848. — Voir aussi, dans le traité *De la récidive*, du même auteur, la première et la seconde partie du tome 1er, — et *De l'amélioration des lois criminelles*, p. 648 et suiv., où ont été réunis les divers documents sur l'institution des casiers.

(2) *Circulaire* du garde des sceaux, ministre de la justice, du 6 novembre 1850 : « Il sera établi, au greffe de chaque tribunal civil, un *casier* destiné aux renseignements judiciaires. Ce casier sera divisé en compartiments suivant l'ordre alphabétique ; il sera placé dans un lieu non accessible au public. Le greffier y classera par ordre alphabétique les bulletins individuels constatant, à l'égard de tout individu né dans l'arrondissement : 1° tout jugement définitif rendu contre lui en matière correctionnelle ; 2° tout arrêt criminel rendu contre lui par la cour d'assises ou par les tribunaux militaires ou maritimes ; 3° toute mesure disciplinaire dont il aura pu être frappé ; 4° tout jugement déclaratif de sa faillite, s'il est négociant ; 5° toute réhabilitation qu'il aurait obtenue soit comme condamné, soit comme failli. » — .... etc. — Voir aussi le rapport sur la statistique criminelle de 1849 (publiée en 1851), p. xxvii. — On pratique à la bibliothèque Sainte-Geneviève, à Paris, pour prévenir le dérangement, la perte ou la soustraction des bulletins mobiles qui servent à former le catalogue perpétuel des livres de la bibliothèque, un procédé bien ingénieux. Ces bulletins, étant placés dans leur casier, où ils s'ajustent parfaitement, sont traversés, dans toute une même série, par une petite tringle ou broche en acier, qu'on peut passer ou retirer à volonté, mais dont le mouvement est arrêté à clef par un cadenas ou

et le choix d'une telle localité ont permis : 1° de comprendre dans les bulletins individuels des renseignements plus nombreux que ceux exigés par l'article 600 du Code d'instruction criminelle ; 2° d'expédier ces renseignements avec plus de promptitude à chaque autorité qui peut les demander ; 3° d'en vérifier avec plus de sécurité l'exactitude, et d'en prévenir avec plus d'autorité les erreurs ou les fraudes quant à l'identité des personnes auxquelles ils s'appliquent. C'est là ce qu'on a appelé la *localisation des renseignements judiciaires*. Afin d'en obtenir immédiatement tous les avantages, des bulletins individuels rétrospectifs, contenant le relevé de toutes les condamnations prononcées depuis 1830, ont dû être dressés dans chaque ressort, et dirigés, conformément à la même règle, vers le greffe du tribunal civil de l'arrondissement natal : de telle sorte que l'ensemble des documents s'y trouvera complet pour plus de vingt années en arrière. Le système n'est en défaut qu'à l'égard des étrangers, et aussi à l'égard des individus dont le lieu de naissance reste ignoré, ce qui arrive rarement, mais quelquefois néanmoins ; encore est-il possible d'y pourvoir, et notre administration y a-t-elle pourvu, en effet, jusqu'à un certain point (1). Il n'empêche pas, du reste, la tenue à la préfecture de police de Paris du registre central, prescrit par le Code d'instruction criminelle, et des casiers généraux pour toute la France.

A l'aide de cette institution des casiers judiciaires, « dès que l'origine d'un inculpé est connue, dit le rapport précédant la statistique de 1860 (p. LXII), les parquets peuvent obtenir dans les quarante-huit heures, en quatre ou cinq jours au plus si le lieu d'origine est très-éloigné, un bulletin qui constate l'individualité de l'inculpé poursuivi, et qui donne en même temps le relevé de toutes les condamnations qu'il a subies, quels que soient les tribunaux français qui les ont prononcées (2).

---

par une serrure. Rien ne serait plus facile que d'appliquer aux bulletins des casiers judiciaires ce procédé, qui offre une bien grande sécurité.

(1) Le ministre de la justice, depuis le mois d'octobre 1855, a fait établir à la chancellerie, pour ces deux classes de condamnés (ceux d'origine étrangère et ceux d'origine inconnue), un casier central, où se classent les bulletins qui les concernent. Ce casier délivre chaque jour, à la demande des parquets, de 25 à 30 bulletins. Les administrations publiques et les particuliers sont également admis à obtenir des extraits des casiers judiciaires, quand ils justifient d'un intérêt sérieux et réel à connaître les antécédents d'un individu.

(2) Notre institution des casiers judiciaires a été adoptée, dès 1858, par l'Autriche et la Bavière, et, depuis cette époque, ces deux pays échangent avec la France les bulletins de condamnations qui les intéressent. — Le roi de Portugal a établi les casiers judiciaires dans toutes les colonies portugaises, par décret du 24 août 1863, et, plus récemment sur le continent, par une exécution anticipée du projet, de Code pénal (art. 58). — Par décret du 6 décembre 1865, les casiers ont été institués également dans le royaume d'Italie. — Les gouvernements de Suède et de Russie ont envoyé, en 1864 et 1865, des magistrats pour étudier le fonctionnement de nos casiers. — En Angleterre, le seul

1237. L'enseignement qu'on retire de nos statistiques criminelles en fait de récidives mérite une grande attention (1). — Nous ferons remarquer que les récidives comprises dans ces statistiques sont toutes celles constatées en crimes ou délits, sans distinguer si elles doivent ou si elles ne doivent pas emporter aggravation légale de peine aux termes des art. 56, 57 et 58 du Code pénal (2). — Que néanmoins ces récidives *constatées* ne donnent pas le chiffre exact de celles *qui ont lieu effectivement;* car plusieurs de ces dernières échappent encore à la constatation. D'où il suit qu'en réalité, le nombre des récidives est plus considérable que celui qui apparaît dans nos statistiques ; et à mesure qu'il est apporté plus de soin pour les découvrir, le chiffre paraît s'en augmenter.

Ce chiffre, depuis qu'on a commencé à en tenir compte dans les statistiques, jusqu'à la dernière de ces statistiques, celle de 1869, a présenté un accroissement sensible, qui est devenu très-considérable surtout dans les dix dernières années. Voici la moyenne annuelle, pour chacune de nos trois périodes de 1831 à 1850, de 1851 à 1860 et de 1861 à 1865, tant parmi les accusés de crimes que parmi les prévenus de délits :

	Accusés.	Prévenus.	En tout.
1831 à 1850. . . .	1,692 récidivistes par an.	13,373	15,065
1851 à 1860. . . .	2,119 —	36,475	38,594
1861 à 1865. . . .	1,730 —	47,163	48,893 (3)

Mais, considérés isolément, ces chiffres du nombre annuel des récidivistes ne suffisent pas pour mesurer exactement la proportion. Nous savons, en effet, que dans le cours de nos deux périodes, tandis que le nombre annuel des crimes et celui des accusés ont présenté dans leur ensemble une décroissance légère, qui est devenue plus marquée surtout à partir de 1855, ceux des

---

moyen de constater la récidive est la reconnaissance des prisonniers par les officiers de police.

(1) Outre les statistiques annuelles du ministère de la justice, voyez les tableaux publiés par M. Bérenger à la suite de son rapport sur le projet de loi relatif au régime des prisons départementales. — M. d'Haussonville donne d'autres chiffres, parce qu'il s'attache à tous les délits, et non pas seulement aux délits de droit commun. — M. Yvernès (ouvrage cité plus haut) envisage les condamnés, et non les prévenus, ce qui est plus exact. — Mais tous arrivent à des conclusions semblables.

(2) Ainsi la statistique de 1861 à 1865 comprend parmi les récidivistes, dont elle donne le chiffre quinquennal, 40,000 individus condamnés antérieurement à une simple amende.

(3) Le chiffre de 1869 dépasse cette moyenne. Il est de 1,780 accusés, 60,229 prévenus; en tout 61,989. — Bien que la statistique de 1872 ait été publiée, nous ne dépassons pas 1869, l'augmentation de la criminalité, en 1872, comme la diminution en 1870 et 1871, tenant à des causes essentiellement temporaires.

délits et des prévenus se sont toujours accrus considérablement (ci-dess., n° 693) : il n'est pas étonnant, en conséquence, que le total annuel des récidivistes ait augmenté. La question est de savoir s'il a augmenté dans une proportion plus élevée ou moins élevée ; il faut rechercher combien sur un même nombre d'accusés ou de prévenus il y a eu de récidivistes en ces diverses années. La proportion est celle-ci :

Nombre proportionnel des récidivistes (1).

	Sur mille accusés.	Prévenus.	Ensemble
1831 à 1850.	226 récidivistes.	163	168
1851 à 1860.	335 —	240	243
1861 à 1865.	380 —	312	346

L'augmentation, de quelque manière qu'on l'envisage, est donc très-forte (2) ; elle s'explique en majeure partie par les deux causes que voici : la première, l'emploi des casiers judiciaires, qui a commencé à partir de 1850 et dont l'usage est devenu de plus en plus général et sûr ; la seconde cause, c'est que, tandis que dans les comptes généraux de la statistique les condamnations à l'amende seulement, parmi les antécédents judiciaires des accusés et des prévenus, n'étaient relevées qu'en très-petit nombre, elles l'ont été, grâce encore aux casiers judiciaires, beaucoup plus exactement, surtout à partir de 1856, ce qui a fait surgir de nombreux cas de récidives auparavant non mentionnés (3). Toutefois, en dehors de ces deux causes, il y a encore augmentation réelle (4) ; et laissant même, si l'on veut, cette comparaison avec les temps antérieurs, il n'en est pas moins vrai que le chiffre de 61,989 récidivistes par an, relevé en 1869, est un chiffre effectif, qui n'a que trop de réalité ; il a quelque chose en soi qui sonne l'alarme et fait réfléchir sur les défectuosités d'un système de peines si peu efficace. Plus d'un tiers parmi nos accusés, près d'un quart parmi les accusés et les prévenus tous ensemble, sont des gens déjà frappés de condamnations antérieures (5) !

---

(1) Quant au sexe, la statistique des années 1861 à 1865 signale 170 accusées récidivistes sur 1000, et 258 prévenues. Cette proportion est plus favorable chez nous que dans divers autres pays, notamment en Angleterre.

(2) Il n'y a eu de diminution que dans une seule catégorie de récidivistes, celle des condamnés aux travaux forcés, descendue du chiffre de 1,200 (1851-1855) à celui de 864 (1861-1865) par l'effet de la loi du 30 mai 1854, qui astreint les libérés à une résidence prolongée, quelquefois perpétuelle, dans la colonie pénale.

(3) Voir le rapport précédant la statistique de 1860, p. LXII.

(4) M. Bérenger fait remarquer dans son rapport que l'influence des casiers judiciaires avait produit tout son effet en 1860 : ce qui n'a pas empêché le progrès constant des récidives, qui sont devenues en 1868 quinze fois plus nombreuses qu'en 1828 !

(5) On lit dans les observations de la Cour de cassation (janvier 1873) sur le

Si notre loi n'a pas poursuivi d'une aggravation ascendante de peines les seconde, troisième, quatrième récidives ou au delà, ce n'est pas qu'on ne les trouve en fait dans nos documents statistiques. Il résulte de ces documents, en prenant les années 1856 à 1860, que sur mille récidivistes, 454 avaient déjà subi une condamnation; 196, deux; 109, trois; 68, quatre; 44, cinq; et le surplus, c'est-à-dire 129, de six à dix condamnations ou même au delà (1).

Une étude bien intéressante est celle qui concerne la nature des crimes ou des délits dans leur rapport avec la récidive : soit que l'on considère les crimes ou délits qui ont motivé la première condamnation, afin de voir quels sont ceux qui sont suivis le plus fréquemment de récidive; soit que l'on considère les crimes ou délits objet des secondes poursuites, afin de voir quels sont ceux dans lesquels retombent plus fréquemment les récidivistes. Nos statistiques conduisent à la démonstration de ces résultats : — *quant aux crimes ou délits objet de la condamnation antérieure,* que ce sont le vol en ses diverses variétés, le vagabondage ou la mendicité, qui sont le plus fréquemment suivis de récidive; et *quant aux crimes ou délits objet de nouvelles poursuites,* que c'est par la rupture de ban, par le vagabondage, par les vols qualifiés (2) et par la mendicité que rechutent le plus souvent les récidivistes. Il y a là une grande leçon pour le législateur touchant la situation des condamnés après leur libération de la peine, les causes qui contribuent à les pousser à ce genre de crimes ou de délits, et les conditions nouvelles dans lesquelles il faudrait les placer pour chercher à prévenir ces rechutes. La rupture de ban figure à elle seule en terme moyen, durant les cinq années de 1861 à 1865, pour 3,257 cas de récidive par an. C'est une augmenta-

---

régime des établissements pénitentiaires : « Malgré les efforts de l'administration, malgré les prescriptions intelligentes et détaillées des instructions ministérielles, un fait grave se reproduit chaque année avec une persistance déplorable. Le nombre des récidivistes s'est élevé dans des proportions effrayantes, et il ne diminue guère; l'année qui suit ramène les chiffres que l'année précédente semblait avoir diminués, et le nombre des récidivistes parmi les repris de justice oscille entre des moyennes qui ne sont guère inférieures à 40 p. 100. — On en tire la conséquence que notre régime pénitentiaire est impuissant à réaliser l'amendement du condamné ; on répète qu'entré mauvais dans la prison, il en est sorti pire, et, par une logique naturelle, on se demande si le régime actuel des établissements pénitentiaires n'est pas absolument condamné. » — M. Bérenger signale, dans son rapport, la diminution de la criminalité chez les inculpés sans antécédents judiciaires, et il en conclut que, c'est la récidive qui fait l'augmentation de la criminalité ; or, c'est la prison qui fait la récidive.

(1) Rapport de la statistique de 1860, p. LXIV. — Le relevé général de 1826 à 1850 (rapport de 1850, p. LXX) donne pour résultat: Sur 1,000 récidivistes, avaient déjà subi une condamnation, 465 ; deux condamnations, 192 ; trois, 107 ; quatre, 65 ; cinq, 48; six et au delà, 128.

(2) Plus des deux cinquièmes des récidivistes ont été repris pour vols qualifiés (stat. de 1861 à 1865).

tion apparente, dans le chiffre des récidives, qui ne s'est produite que depuis la loi de révision de 1832, par laquelle ces ruptures de ban ont été déférées à la juridiction correctionnelle, tandis qu'auparavant elles n'étaient réprimées que par une détention administrative (C. pén., art. 45). — Après les crimes ou délits cités plus haut comme formant les cas les plus nombreux de récidive, on voit avec douleur venir immédiatement en rang, d'après nos statistiques, les coups et blessures envers des ascendants.

Le résultat des poursuites dénote, dans le jury comme dans la magistrature des cours d'assises et dans les tribunaux correctionnels, plus de sévérité contre les récidivistes que contre les autres accusés ou prévenus. Ainsi, tandis qu'à l'égard des non-récidivistes le nombre des acquittements, d'après la moyenne de 1861 à 1865, a été de 320 sur mille en cour d'assises, et de 129 sur mille devant les tribunaux correctionnels; ce même nombre n'a plus été que de 122 en cour d'assises et de 35 devant les tribunaux correctionnels à l'égard des récidivistes; et quant à ceux qui sont condamnés, les mêmes tableaux statistiques montrent qu'ils sont généralement frappés de peines plus sévères que les non-récidivistes.

Cumul de délits à punir, et récidive, combinés.

1238. Cette combinaison se présente lorsque, après une condamnation précédemment encourue, le coupable a commis de nouveau plusieurs délits cumulés, dont aucun n'a encore été puni; le cas est fréquent en fait. Le problème pénal est alors de punir le délinquant en considération à la fois : 1° de tous ces délits cumulés; 2° de l'état de récidive dans lequel il les a commis. Il est facile de voir comment, faisant application des règles, soit en science pure, soit en notre législation et en notre jurisprudence pratiques, sur chacune de ces situations, on tiendra compte de l'une et de l'autre.

CHAPITRE III

DE LA CONNEXITÉ.

1° *Suivant la science rationnelle.*

1239. La pluralité des délits peut s'offrir aux criminalistes avec cette circonstance que des délits multiples, soit qu'ils aient tous été commis par un seul et même agent, soit qu'ils l'aient été chacun par un agent différent, se trouvent unis entre eux par un certain lien, rattachant logiquement l'existence de l'un à celle de l'autre. Cette sorte de relation se désigne sous le nom de *connexité*.

1240. Il y a ici, au point de vue philologique, une comparaison à faire entre deux expressions employées chacune en la langue du droit pénal : *connexité* et *complicité*. L'une et l'autre renferment, dans leur racine, une même idée : les mots *cum-nexus* (connexe), *cum-plexus* (complice) signifient, sous une forme comme sous l'autre, *lié avec ;* l'image est la même, et le sens aussi jusque-là. — Mais, par une de ces mystérieuses rencontres dont la formation des langues nous offre plus d'un exemple, le même verbe *plectere,* qui signifie lier, signifie aussi frapper, punir (1) : *cum-plexus* (complice), c'est à la fois *lié avec* et *puni avec ;* lié dans le délit et lié dans le châtiment. D'où ce résultat que, tandis que les mots de *connexité, connexe,* n'emportant aucune autre idée que celle du lien, du nœud, sont restés propres aux faits, aux délits eux-mêmes : ceux de *complicité, complices,* qui emportent l'idée de punition jointe à celle de lien, ont été réservés aux personnes. Connexité se réfère à un lien existant entre plusieurs délits; complicité à un lien entre plusieurs acteurs dans un même délit. Dans la connexité il y a nécessairement pluralité de délits, avec unité ou pluralité d'agents ; dans la complicité il y a nécessairement unité de délit avec pluralité d'agents ; de telle sorte que la connexité forme, sous ce rapport, la transition des deux chapitres qui précèdent, sur le cumul des délits et sur la récidive, au chapitre qui viendra après, sur la complicité.

1241. Le lien rattachant entre eux plusieurs délits et formant la connexité peut provenir de diverses causes, tenir à divers points, être plus ou moins étroit, plus ou moins fort. Les cas sont ici très-nombreux et très-variés ; il serait impossible de les formuler tous ; une loi impérative à cet égard aurait de graves inconvénients pratiques : c'est à l'esprit de logique à les reconnaître et à les signaler.

1242. Le plus saillant d'entre ces liens, à placer au premier rang, est celui qui unit entre elles les idées d'effet et de cause, et qui se rencontre entre les délits lorsqu'il arrive que l'un d'eux prend sa source dans l'autre ; qu'ils sont la cause ou l'effet l'un de l'autre. Mais ici même s'offrent un grand nombre de variétés.

Ainsi il y a les causes *intentionnelles* et les causes seulement *occasionnelles :* c'est-à-dire que ce peut être par intention, ou

(1) Dans la racine grecque, les deux mots, quoique analogues, ne sont pas identiques : πλέκω pour l'action de lier, πλήσσω pour celle de frapper, punir. — L'un et l'autre se trouvent réunis, en latin, avec ce double sens, dans le même verbe *plecto, plectere;* mais l'idée qui en dérive, *complicité,* ne s'exprime encore que par quelque périphrase. — C'est dans les langues modernes que ce dernier mot se forme sur la racine des Latins : *complicità* en italien, *complicitad* en espagnol, *cumplicitade* en portugais ; *accomplice* en anglais, seulement pour l'adjectif, le substantif abstrait *complicité* n'y existant pas. — Dans la dérivation germanique, la racine est différente, mais le procédé de formation est le même, *Mit-Schuldig* ou *Mit-Schuldige* (coupable avec) pour complice en général ; *Mit-Schuld,* pour complicité.

seulement par occasion, par hasard, qu'un délit ait dans un autre son origine. Toutes choses égales d'ailleurs, il n'est pas nécessaire de démontrer comment les causes intentionnelles forment une connexité beaucoup plus étroite que les causes occasionnelles.

1243. Il y aura cause intentionnelle lorsqu'un délit aura été commis pour préparer l'autre, pour l'exécuter, pour en assurer le profit ou pour en prévenir l'impunité. — 1° *Le préparer :* par exemple, fabrication de poudre en contrebande, détention d'une arme de guerre, fabrication ou possession d'une arme prohibée, vol de l'arme d'un voisin, ayant eu lieu comme préparatifs d'un homicide, d'un délit d'insurrection, d'un délit de chasse, commis ensuite; — 2° *l'exécuter :* par exemple, tuer un homme pour le voler, tuer un gardien pour s'évader, incendier un édifice pour donner la mort aux personnes qui s'y trouvent, séquestrer une femme, lui porter des coups ou lui faire des blessures, afin de parvenir à en abuser par violence : — 3° *en assurer le profit :* par exemple, recéler les objets volés, afin d'en réaliser la valeur en numéraire et de se la partager; — 4° *en procurer l'impunité :* par exemple, tuer une personne après l'avoir volée, une femme après en avoir abusé par violence, afin de faire disparaître les plaignants; un témoin, afin de faire disparaître son témoignage; un gendarme, un garde-chasse, par lequel on est surpris en délit; mettre le feu à l'habitation dans laquelle on vient de commettre un homicide, afin de donner le change sur les causes de la mort; falsifier des registres de comptabilité, afin de dissimuler les soustractions frauduleuses qui ont eu lieu; corrompre des gardes chargés de constater un délit; corrompre des témoins appelés à déposer; faire évader des détenus.

Ces délits ainsi connexes auront été commis le plus souvent par le même délinquant, quelquefois par des délinquants différents. — Dans le premier cas, la connexité en sera plus intime, il pourra même arriver qu'elle le soit à un tel point que les deux délits s'identifient et que l'un ne soit plus considéré que comme une circonstance aggravante de l'autre; par exemple, l'incendie d'un édifice, et l'homicide des personnes qui s'y trouvaient effectué par ce moyen. — Dans le second cas, la connexité est moins étroite; il pourra même se faire qu'elle le soit fort peu dans l'accomplissement des actes : par exemple, entre le crime commis par un accusé et le délit du témoin qui vient porter un faux témoignage en faveur de cet accusé. Néanmoins, quoique à un degré plus faible, et saufà en apprécier différemment les effets, elle existe toujours.

1244. Il y aura cause occasionnelle seulement, dans les exemples suivants, qu'il serait facile de multiplier : tuer dans une rixe, dans un but d'animosité ou de vengeance, et voler ensuite, par occasion, la victime; enlever, séquestrer des voyageurs pour les rançonner, et abuser ensuite par violence d'une femme qui est au

nombre de ces voyageurs ; surpris en un délit, insulter et outrager le fonctionnaire par lequel on est arrêté ou le magistrat devant lequel on est conduit. Ou bien encore : un homme fabrique une pièce de fausse monnaie, un autre plus tard en fait usage sciemment ; un homme attache à la porte d'un cabaret un cheval qu'il vient de voler ; pendant qu'il est à boire survient un deuxième larron qui s'empare du cheval et s'enfuit dessus ; deux voleurs, quand il s'agit de partager le butin de leur vol, entrent en querelle et l'un d'eux tue ou blesse l'autre ; un contrebandier étant surpris en fraude, ou un chasseur en délit de chasse, un douanier ou un garde-chasse le tue sans nécessité de défense, par emportement et abus de ses armes.

Dans les premiers de ces exemples, les deux délits sont commis par le même délinquant ; dans les autres, il sont le fait de personnes différentes : le lien de connexité va en s'affaiblissant.

1245. Immédiatement au-dessous de cette première forme de connexité, celle qui dérive du lien logique existant entre les deux idées d'effet et de cause, nous en signalerons une nouvelle, dans laquelle les divers délits ne sont pas la cause ou l'effet l'un de l'autre, mais dérivent tous deux d'une même cause. C'est l'identité de cause qui produit ici la connexité ; et nous y trouvons encore la distinction entre les causes intentionnelles et les causes occasionnelles. — Sous cette seconde forme se rangent :

1° L'unité de dessein, ou le concert préalable formé à l'avance entre les délinquants, d'où sont sortis les divers délits. La cause commune est ici intentionnelle. Par exemple, une bande de filous ou de malfaiteurs, après s'être concertée, se disperse pour aller chacun à son œuvre criminelle : l'un vole celui-ci, l'autre vole celui-là, un troisième tue, un quatrième incendie. Des chasseurs arrêtent une partie de chasse à faire ensemble en temps prohibé, et l'exécutent : il y a autant de délits de chasse qu'il y a de chasseurs en contravention, et l'unité de dessein, le concert préalable rendent connexes ces divers délits. — Quant à l'exemple qu'on donne fréquemment de bandits de grand chemin arrêtant une diligence, il faut distinguer : la connexité y est de diverses sortes. L'un dévalise ce voyageur, l'autre dévalise celui-là, un troisième emporte le caisson de la voiture : ces délits ne sont pas cause ou effet l'un de l'autre ; c'est l'unité de dessein, le concert préalable, qui les lie entre eux : encore faudra-t-il dire souvent, tant le lien sera intime, qu'il n'y aura qu'un seul vol d'objets divers, exécuté à plusieurs. Mais quelques-uns de ces brigands abattent le postillon d'un coup de feu pour arrêter les chevaux, blessent les voyageurs qui se défendent, luttent contre l'escorte qui accompagne la voiture ou contre la force armée qui survient : ici nous rentrons dans la première forme de connexité ; ces divers délits sont commis pour faciliter, pour exécuter le vol de grand chemin

ou pour en procurer l'impunité : ils sont connexes à ce vol par le lien logique de l'effet à la cause.

2° L'unité de circonstances déterminantes ou occasionnelles. Par exemple, dans une même agitation populaire contre certains ordres de l'autorité, contre la sévérité d'un fonctionnaire, par suite de la cherté des vivres ou autres causes analogues, divers actes coupables sont commis; dans une foire, dans un marché, au milieu de la foule qui se presse à une fête, à une cérémonie publique, une panique ayant lieu, divers filous ou voleurs en profitent pour commettre différents vols; une charrette chargée de certaines denrées se brise, les denrées se répandent sur la voie publique, plusieurs individus profitent du trouble que suscite l'accident pour s'emparer chacun d'une partie de ces denrées et l'emporter frauduleusement. Ces délits divers ne sont pas cause ou effet l'un de l'autre, ils ne sont pas le résultat d'un concert préalable : le lien qui forme la connexité se trouve dans les circonstances déterminantes ou occasionnelles qui en sont l'origine commune; comme élément de ces circonstances figure, dans la plupart de ces cas, une certaine unité de temps et de lieu.

3° L'unité de motifs : comme si, dans un même sentiment de haine contre un homme, contre une famille, contre une certaine classe de personnes, on empoisonne aujourd'hui ses bestiaux, on coupe un autre jour ses arbres, plus tard on dévaste sa moisson, on met le feu à sa ferme ; ou bien si un article de journal contient contre la même personne un délit d'injure et un délit de diffamation. Il n'y a ici ni relation d'effet à la cause, ni concert préalable, ni fort souvent unité de temps et de lieu : c'est l'unité de motifs qui est l'origine commune et qui forme à ce titre la connexité.

1246. En dehors des liens qui précèdent, il est possible de trouver encore certaines relations entre divers délits, par suite de l'unité de quelques-uns des éléments dont ces délits se composent : par exemple, unité de personnes, soit de l'agent, soit du patient du délit, ou bien unité des objets atteints par le délit, unité de moyen employé pour exécuter le délit, surtout quand ce moyen a quelque chose de particulier et de caractéristique. Mais réduit à de tels points isolés, le rapport est tellement faible qu'il est difficile de le qualifier de connexité, à moins que d'autres circonstances ne viennent en augmenter la signification.

Toutefois il faut ranger à part, quant à cette dernière observation, le rapport tiré de l'unité d'agent. Sans doute, lorsqu'un même délinquant a commis plusieurs délits, si aucun lien de la nature de ceux que nous venons d'indiquer ci-dessus n'existe, on ne peut dire au point de vue des éléments de fait que ces délits soient connexes ; mais au point de vue de la personnalité du délinquant, par conséquent au point de vue de l'élément moral, de la culpabilité à mesurer et à punir, il y a une relation de grande

influence sur le *quantum* des peines, que nous avons dû signaler déjà (ci-dess., nos 1168 et suiv.).

1247. De ce que plusieurs délits sont unis entre eux, dans leur existence, par un lien logique, qu'y a-t-il à conclure en première ligne? C'est que les lumières acquises sur l'un doivent servir à éclairer la justice sur l'autre; c'est qu'en appréciant l'un on se mettra à même de mieux apprécier l'autre : d'où l'utilité d'en réunir les procédures et de les soumettre ensemble au même juge. La conséquence principale de la connexité, en droit pénal, est donc une jonction des procédures. — Mais, comme il est possible que, soit à raison de la différence de nature ou de gravité, soit à raison des lieux ou de toute autre cause, la connaissance de chaque délit connexe dût appartenir, suivant la règle ordinaire de compétence, à des juridictions différentes, il faut nécessairement, pour que la jonction des procédures puisse avoir lieu, en pareil cas, que la règle ordinaire des compétences soit changée, et que la connaissance du tout soit attribuée à une seule de ces juridictions, dont les pouvoirs se trouveront ainsi prorogés. La jonction des procédures pour cause de connexité entraîne donc fort souvent une prorogation de compétence.

1248. Or, comme la connexité tient à des causes variables, que les cas en sont nombreux, que la force du lien est inégale suivant les circonstances, même dans des espèces analogues, de telle sorte qu'il est impossible au législateur de rien prescrire à cet égard d'absolu, et que c'est une affaire de raisonnement et de tact que d'apprécier ce qu'il en est dans les différentes causes, il suit de là que la jonction des procédures pour cause de connexité, et par suite la prorogation de compétence, s'il y a lieu, ne peut être impérativement ordonnée par la loi, mais qu'elle doit être nécessairement abandonnée à la prudence des pouvoirs judiciaires compétents pour faire une telle appréciation. — C'est ce que nous aurons à développer en traitant des règles de compétence et de procédure pénale.

1249. Quant à la pénalité, la connexité, quoique ayant une moindre importance, ne laisse pas que de produire aussi quelques effets. Ainsi, d'une part, le lien qui unit entre eux plusieurs délits, qu'il s'agisse soit d'un même délinquant, soit de délinquants différents, peut exercer une certaine influence sur la criminalité respective de chacun de ces délits (1); et, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'un même délinquant, la connexité rentre dans le cas de cumul de délits à punir, ou réitération.

2° *Suivant la législation positive et la jurisprudence.*

1250. Il nous restera peu de chose à dire de la connexité à ce point de vue.

(1) Nous ne pensons pas toutefois qu'il soit possible d'appliquer aux au-

L'article 227 de notre Code d'instruction criminelle en décrit ainsi les cas principaux : « Les délits sont connexes, soit lorsqu'ils » ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, » soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même » en différents temps ou divers lieux, mais par suite d'un concert » formé à l'avance entre elles; soit lorsque les coupables ont » commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les » autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou » pour en assurer l'impunité. » — Ces hypothèses rentrent dans celles que nous avons exposées en leur ordre logique (ci-dess., nos 1242 et suiv.), mais elles n'en forment pas la totalité. Notre jurisprudence pratique décide avec raison que les prévisions de cet article 227 sont indicatives et non pas limitatives : c'est aux juridictions qu'il appartient de reconnaître l'existence de la connexité et d'en apprécier le degré. — Le mot *délits* est pris en cet article *lato sensu*, comme s'appliquant aux crimes, aux délits de police correctionnelle et aux contraventions de simple police.

1251. Les effets de la connexité quant à la jonction des procédures, et quant à la prorogation de juridiction s'il y a lieu, seront plus tard exposés par nous. Ils sont d'ailleurs placés sous l'empire de la règle rationnelle, que cette jonction est non pas obligatoire mais facultative (1).

1252. Quant à la pénalité : — en ce qui concerne le cumul de délits à punir, ou réitération, qui se rencontre dans la connexité lorsqu'il s'agit de délits commis par un même délinquant, il nous suffira de renvoyer aux règles déjà exposées (ci-dess., nos 1163 et suiv.). — Enfin, en ce qui concerne l'aggravation respective de criminalité qui peut être produite par le lien de connexité unissant un délit à l'autre, c'est au juge à en tenir compte dans la limite que peut lui laisser l'étendue de ses pouvoirs.

1253. Mais sur ce dernier point, une prévision particulière se rencontre en notre Code pénal. L'article 304 de ce Code, dont nous avons déjà expliqué le premier paragraphe (ci-dess., n° 1178), décrète que le meurtre emportera peine de mort « lorsqu'il aura » eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, » soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou » complices de ce délit » (voir le texte ci-dessus, n° 1178, note 1). — Ainsi, tandis que, s'il s'agit d'un crime, la simple simultanéité entre le meurtre et un autre crime suffit pour emporter la peine de mort; s'il s'agit d'un délit de police correctionnelle, cette aggravation n'aura lieu que dans le cas où il y aura eu entre le meurtre et le délit le lien particulier de connexité défini en cet article 304. C'est une modification qui a été faite par la loi de

---

teurs de délits connexes la solidarité prononcée par l'article 55 du Code pénal.

(1) C. inst. crim., art. 226, 308, 526 et 540.

révision de 1832 à l'ancien article 304 du Code pénal (voir l'ancien texte et le texte actuel de cet article, même note). Et même il ne suffirait pas d'une connexité quelconque, il y faut l'espèce de connexité particulièrement définie ici. Remarquez, en outre, qu'il faut, suivant l'article, pour cette aggravation, que ce soit le meurtre qui ait eu pour objet de préparer, faciliter ou exécuter le délit ou d'en assurer l'impunité; si, à l'inverse, c'est le délit qui a eu pour objet de faciliter ou exécuter le meurtre ou d'en assurer l'impunité, on n'est plus dans les termes de l'article; sauf les règles contre la préméditation, si préméditation il y a, ce n'est plus le cas de l'aggravation spécialement prévue ici. C'est par inattention que, dans la discussion et même dans les rapports des commissions devant les Chambres, en 1832, les deux hypothèses semblent avoir été confondues l'une avec l'autre. Le texte de l'article est précis.

CHAPITRE IV.

DE LA COMPLICITÉ.

1° *Suivant la science rationnelle.*

1254. La formation et le sens des mots *complice, complicité,* nous sont connus. La complicité n'est autre chose que l'existence d'un lieu qui unit plusieurs agents dans un même délit, et qui doit les unir aussi dans le châtiment. Les complices ne sont autres que tous les agents ainsi liés dans un même délit et devant être liés dans le châtiment (ci-dess., n° 1240). Telle est la signification véritable de ces mots pris dans toute leur étendue (*lato sensu*), conformément à leur origine philologique. Nous verrons que, dans l'usage et par abus, le mot de complice est employé en un sens plus étroit, qui a fait presque oublier l'idée générale.

Le caractère essentiel de la complicité, qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est l'unité de délit et la pluralité d'agents. Le problème pénal est de mesurer la part de responsabilité qui revient à chacun de ces agents.

1255. Nous nous servirons, pour arriver à la solution, d'une image qui ne manque pas de vérité. Le délit est ici un drame auquel concourent plusieurs acteurs. De même que, dans les drames qui se jouent sur la scène théâtrale, chacun de ces acteurs a son rôle, mais tous les rôles ne sont pas de même importance : les uns sont principaux (les premiers rôles), d'autres sont accessoires; entre ceux-ci il y a encore de nombreuses inégalités, et quoique tous servent à marcher vers le même dénoûment, serait-il juste de les placer indifféremment sous le même niveau?

1256. De même que les drames de la scène, le délit parcourt,

dans ses péripéties, des phases diverses et peut se diviser en plusieurs actes, dont la donnée générale est celle-ci : — premier acte, résolution arrêtée du délit; — second acte, préparation; — troisième acte, exécution jusqu'au délit consommé. Or, comme il peut y avoir dans un drame des acteurs qui figurent dans tous les actes, tandis que d'autres n'apparaissent que dans un seul ou dans quelques-uns, de même peut-il y avoir dans un délit des agents qui prennent part et à la résolution et à la préparation et à l'exécution, tandis que d'autres auront coopéré seulement à l'une ou à l'autre de ces phases diverses du délit. Tous sont néanmoins des acteurs du même délit : il s'agit d'apprécier l'importance du rôle que chacun y a joué.

1257. Cette appréciation est à faire de deux manières : — d'une manière abstraite, par la loi elle-même, en ce qui concerne la culpabilité absolue; — d'une manière concrète, par le juge, dans chaque cause et à l'égard de chaque personne, en ce qui concerne la culpabilité individuelle.

A travers les divergences d'opinions qui se sont produites pour poser les règles d'une telle appréciation, et les différences du langage employé pour en exprimer les nuances, voici les idées mères, puisées dans les fondements mêmes de l'imputabilité (ci-dess., nos 212 et suiv.), auxquelles il nous semble que la science pénale doit s'arrêter. — Il faut distinguer, parmi ces agents, ceux dont on pourra dire qu'ils sont la cause première, la cause génératrice, la cause efficiente du délit même; et ceux qui n'auront fait que prêter un secours qui, sans produire l'acte même constitutif du délit, y aura aidé. Puisque les premiers sont la cause efficiente, tandis que les seconds ne sont qu'une cause auxiliaire du délit, le rôle de ceux-ci est évidemment inférieur au rôle de ceux-là, et, par conséquent, la part de responsabilité moindre. Quant aux termes sous lesquels on peut les désigner, il ne saurait y en avoir de plus simples ni de plus exacts, pour les premiers, que celui d'*auteurs*, et, pour les seconds, que celui d'*auxiliaires* (1). C'est à cela que nous réduirons, tant pour l'idée que pour le langage, les distinctions fondamentales à établir dans la science.

1258. Les auteurs et les auxiliaires sont tous complices, c'est-à-dire liés entre eux dans le même délit et devant être liés dans le châtiment; cependant, plus communément, en un sens étroit (*stricto sensu*) et dans un langage usuel, le mot de *complices* opposé à celui d'*auteurs* désigne seulement les auxiliaires (ci-dess.,

(1) Les termes techniques dans les codes et dans la jurisprudence de l'Allemagne correspondent à ces idées : — Ceux qu'on nomme *Urheberen* (de la particule *Ur*, avec *Heber*, premier moteur) sont les auteurs, et ceux qu'on nomme *Gehülfen* (de la particule *Ge*, avec *Hülfe*, secours) sont les auxiliaires. Toutes ces personnes sont *Mit-schuldigen* (coupables ensemble), ou, en notre langue, complices.

n° 1253). Ce sont là des occasions d'équivoque et par suite d'obscurité, contre lesquelles il est bon d'être prévenu.

1259. Mais en quoi consistera le rôle d'*auteur*, en quoi le rôle d'*auxiliaire ?* La réponse doit se déduire, par le seul raisonnement, de la définition générale même que nous venons de donner.

1260. L'idée qui se présente la première sous le nom d'auteur est celle d'un homme qui a conçu, arrêté et exécuté lui-même la résolution du crime ; aucune difficulté n'existe dans cette hypothèse. Mais les rôles peuvent se diviser. — Il est possible que celui même qui a conçu et résolu le crime l'ait fait exécuter par un autre, qui lui a servi d'instrument. Or, nous le savons, la cause première, la cause génératrice d'un délit n'est pas dans les actes physiques, elle est avant tout dans les actes moraux (ci-dess., n^os^ 221 et suiv., 237 et suiv.). L'homme dont nous parlons, se fût-il entièrement tenu à l'écart de tout acte matériel de préparation ou d'exécution, n'en est pas moins la cause première, la cause génératrice du délit; nous le qualifierons d'auteur du délit. — Quant à celui qui lui a servi d'instrument, sans doute il a reçu d'autrui la résolution, mais il l'a adoptée et il l'a mise à exécution; il est la cause qui a produit matériellement le délit, il en est aussi un auteur. — Il y a donc à distinguer parmi les auteurs ceux que nous appellerons auteurs *intellectuels*, et ceux que nous nommerons auteurs *matériels :* les uns et les autres, cause productrice, cause efficiente du délit.

1261. Notez que cette expression auteurs *matériels* ne serait pas exacte si on la prenait dans un sens absolu et exclusif. Elle ne veut pas dire que l'auteur dont il s'agit ici ne soit qu'un agent physique, un instrument purement matériel, sans le concours de ses facultés morales : s'il en était ainsi, il ne serait pas responsable. L'expression n'est prise que par opposition à celle d'auteur *intellectuel*, pour indiquer que l'auteur dont il est question a fait les actes physiques d'exécution, tandis que l'autre n'y a pris aucune part.

1262. Si l'on suppose que celui que nous appelons l'auteur matériel n'ait été qu'un instrument physique irresponsable, par exemple, c'est un fou, c'est un enfant sans discernement, que celui qui avait résolu le délit a mis en mouvement, ou bien il a été contraint par des menaces telles qu'il ne peut être considéré comme ayant été libre : aucune imputabilité n'existe à sa charge, et le crime retombe sur celui-là seul qui l'a fait agir. Tant il est vrai que ce dernier, bien que s'étant abstenu de tout acte physique de préparation ou d'exécution, est un auteur du délit, et que nous avons raison de lui donner cette qualification.

1263. La distinction entre les auteurs intellectuels et les auteurs matériels étant établie, il reste à préciser les détails.

Et d'abord, quant au rôle d'auteur intellectuel, il ne suffit pas,

pour être en droit de l'attribuer à une personne, étrangère d'ailleurs à tous les actes physiques du délit, que cette personne ait pris une part quelconque à la résolution. Il faut que la résolution vienne d'elle, que ce soit elle qui l'ait arrêtée et fait exécuter par autrui; autrement, comment dire qu'elle en est la cause première, la cause génératrice?

1264. Les formes qui se présentent ici et qui ont été le plus souvent discutées entre les écrivains s'occupant, même en théorie, de ces problèmes, sont celles du conseil, du mandat, de l'ordre donné pour l'exécution du délit. Mais, laissant de côté, pour un moment, ces formes, au sujet desquelles, surtout en ce qui concerne le mandat, trop de place a été accordée aux souvenirs du droit civil privé, nous croyons qu'il sera mieux d'aller droit au fond des choses, au principe même de la responsabilité pénale.

Pour être la cause première, la cause génératrice de la résolution du délit, il ne suffit pas d'avoir eu l'initiative de l'idée, d'avoir suggéré cette idée, de l'avoir même conseillée à celui qui l'a mise à exécution : abandonné entièrement à son libre arbitre, celui-ci, s'il y a eu simplement suggestion ou conseil, est le seul auteur du délit. — Mais il n'en sera pas de même s'il a été exercé sur sa volonté quelque action déterminante, quelque pression, quelque influence décisive, qui lui a fait adopter et exécuter cette résolution, dans laquelle il n'aura fait que suivre l'impulsion d'autrui. Or, on peut influencer ainsi la volonté de l'homme : par la cupidité, éveillée à l'appât de dons ou de promesses, par la crainte que suscitent des violences ou des menaces, par l'autorité ou le pouvoir qu'on a sur lui et dont on abuse, par l'erreur qu'on fait naître en son esprit au moyen d'artifices et de manœuvres frauduleuses, ou enfin par un conseil accompagné de renseignements et d'instructions sur la manière de s'y prendre et d'agir pour l'exécution du délit. Alors on peut dire de celui qui a pris l'initiative et qui l'a appuyée par de telles influences, qu'il est la cause génératrice de la résolution du délit, et par conséquent l'auteur intellectuel.

1265. Si l'on rapproche cette manière de caractériser le rôle d'auteur intellectuel, des formes sous lesquelles les criminalistes l'envisagent le plus communément, celles de l'ordre, du mandat ou du conseil, on reconnaîtra que le caractère en est marqué ici avec plus de simplicité, avec plus de précision et d'une manière plus complète. Au lieu de la forme, nous nous attachons au mobile déterminant lui-même. L'ordre s'y trouve, mais avec cette circonstance qu'il a été appuyé sur une contrainte par violences ou par menaces, ou bien sur une sorte de pouvoir ou d'autorité dont il a été fait abus. Le mandat s'y trouve, mais avec cette circonstance qu'il a été accompagné de dons ou de promesses qui en ont déterminé l'adoption. Le conseil s'y trouve, mais avec cette circonstance qu'il a été corroboré de renseignements ou d'instruc-

tions qui ont concouru à le faire adopter et mettre à effet (1). Il y a en plus l'influence produite par l'erreur, au moyen de manœuvres ou d'artifices coupables, dont cette trilogie, l'ordre, le mandat et le conseil, ne contient pas nettement la prévision. Cette manière de définir le rôle d'auteur intellectuel, qui est le système de nos Codes de pénalité de 1791 et de 1810, comme nous allons d'ailleurs le montrer en traitant de notre droit positif, est bien supérieure à celle employée usuellement dans la doctrine criminelle, et c'est à celle-là qu'il faut se tenir.

1266. Nous employons, en notre langue, pour exprimer l'impulsion donnée, ou, en d'autres termes, l'appel fait à quelqu'un dans le but de lui faire commettre un délit auquel on l'incite, les mots de provoquer, provocateur, provocation, qui déjà figurent en notre droit pénal dans une acception différente, quoique analogue (ci-dess., n° 446). Lorsque la provocation est appuyée par quelqu'un des moyens d'influence que nous venons d'indiquer, elle constitue le rôle d'auteur intellectuel du délit.

1267. A ces modes de provocation déterminante il en faut ajouter encore un autre. Si l'appel, par des discours proférés, par des affiches placardées ou par des imprimés répandus publiquement, a été adressé à des masses, à la foule, à qui que ce soit qui aura pu l'entendre, un tel appel, quoique non appuyé sur l'un des motifs d'influence signalés aux numéros précédents, se produit avec une énergie non moins grande : en premier lieu, parce que les masses, la foule, le public sont plus impressionnables et plus faciles à exciter que les individus isolés; en second lieu, parce que, entre tant de personnes, il y a bien plus de chances que la provocation aille frapper sur quelqu'un disposé précisément à y répondre. Si donc il en a été ainsi, et que, sur cette provocation, le délit ait été commis, l'auteur d'une telle provocation pourra être justement qualifié d'auteur intellectuel du délit. Bien entendu qu'il ne s'agit pas ici seulement d'une excitation générale, d'un soulèvement de passions desquelles auraient pu résulter ensuite des actes coupables : ce serait là un tout autre cas. Il s'agit d'un appel direct à commettre tel délit déterminé, par exemple, à aller mettre le feu à tel édifice, à telle forêt, à se porter sur tel établissement et à s'en emparer ou à le détruire, à envahir le domicile de telle personne, à la violenter ou à la tuer.

1268. Le rôle d'auteur intellectuel ainsi déterminé, la science a la même détermination à faire pour celui d'auteur matériel. — Cette dernière qualification appartiendra en première ligne à celui qui, agissant d'ailleurs dans l'exercice de ses facultés morales, aura exécuté physiquement les actes constitutifs du délit, c'est-à-dire les actes destinés à produire par eux-mêmes et sans opéra-

(1) *Consilium vestitum*, opposé au *consilium nudum*, dans la langue des anciens interprètes.

tion intermédiaire l'effet préjudiciable du délit (ci-dess., n° 1010) : celui, par exemple, qui, en cas d'homicide, de coups ou blessures, aura frappé la victime, aura tiré sur elle son arme à feu ; qui, en cas d'incendie, aura mis le feu aux objets à brûler ; qui, en cas de vol, aura porté la main sur les objets à soustraire : c'est de lui qu'on peut dire, par-dessus tous, qu'il est physiquement la cause productrice, la cause efficiente du délit.

1269. La qualification d'auteur matériel peut être étendue encore à celui qui, sans avoir fait les actes constitutifs par eux-mêmes du délit, en a fait de tellement nécessaires à la production de ce délit qu'ils font partie essentielle de l'exécution, et que sans eux cette exécution n'aurait pas pu avoir lieu : par exemple, à celui qui a tenu la victime et qui l'a empêchée de fuir ou de se défendre pendant qu'un autre la frappait ou la dépouillait ; à celui qui a placé l'amas de poudre et la mèche destinés à faire sauter un édifice, ou l'amas de matières inflammables destinées à l'incendier, quoique ce soit un autre qui y ait appliqué le feu ; en un mot, à celui qui a fait une action tellement nécessaire à la production du délit, qu'on est autorisé à la qualifier de cause efficiente, cause productrice de ce délit. — Cette détermination est moins arrêtée, moins précise que la précédente ; elle demande une appréciation dont la loi ne peut que poser le principe régulateur, et que la juridiction seule est à même de faire dans chaque cause.

1270. Rien n'empêche d'ailleurs qu'il n'y ait soit plusieurs auteurs intellectuels, soit plusieurs auteurs matériels : on les qualifie alors de *coauteurs*. — Comme aussi rien n'empêche également, et c'est même le cas le plus fréquent, que la qualité d'auteur intellectuel et celle d'auteur matériel ne se réunissent en la même personne, lorsque cette personne a conçu, résolu et exécuté elle-même physiquement le délit.

1271. Les rôles d'auxiliaires offrent des variétés bien plus nombreuses, avec de fort grandes inégalités.

Les uns seront auxiliaires dans la résolution : ceux qui, sans avoir arrêté pour eux-mêmes cette résolution, ni l'avoir provoquée par l'un des moyens d'influence désignés ci-dessus, auront concouru à la faire adopter par d'autres en promettant un secours quelconque, par exemple de cacher le délinquant après le délit, d'assurer sa fuite ou son impunité, de faire disparaître les traces ou indices accusateurs, de recéler les objets obtenus à l'aide du délit et d'en réaliser le prix.

D'autres seront auxiliaires dans la préparation : ceux, par exemple, qui, un autre ayant conçu et résolu le délit, lui auront donné sciemment des renseignements ou des instructions de nature à l'aider dans son dessein, l'auront transporté sur les lieux, ou lui auront fourni des moyens de transport, une maison ou un lieu de retraite pour attendre le moment voulu, des vêtements

pour se déguiser, des armes, des instruments, des munitions, des matières ou substances utiles ou nécessaires à l'accomplissement de son projet, ou lui auront donné un signal ou l'auront averti de l'occasion favorable.

D'autres enfin seront auxiliaires dans l'exécution : ceux qui, sans avoir fait dans cette exécution aucun des actes qui constituent le rôle d'auteur (ci-dess., nos 1268 et 1269), y auront coopéré par quelque secours : par exemple, en tenant l'échelle, en gardant les issues, en portant la lumière, en faisant le guet, ou même en faisant nombre par leur présence, comme les comparses dans une mise en scène, et en aidant ainsi à intimider, à détourner l'attention, ou à soustraire aux regards les délinquants.

Enfin ces divers rôles d'auxiliaires peuvent se réunir ou se diviser : les uns prêtant leur secours dans une seule, d'autres dans quelques-unes, ou d'autres enfin dans chacune des trois phases entre lesquelles se distribue l'action du délit.

1272. Nous ne donnons là que des exemples ; la loi ne peut prévoir ni préciser le nombre infini de ces cas, non plus que l'inégalité d'importance de l'un à l'autre. Les échelonner en diverses catégories, comme l'ont fait certains codes, sera toujours un procédé défectueux et plein de danger, parce qu'il est impossible qu'il n'y ait de nombreuses omissions. L'œuvre de la loi est d'en définir le caractère par une formule générale, et d'ouvrir à la juridiction une latitude suffisante pour les apprécier en chaque cause.

1273. S'il nous est permis de poursuivre plus loin la comparaison dont nous nous sommes servi, quelquefois dans les représentations théâtrales, lorsque le drame est terminé, que le dénoûment s'est accompli et que l'action des personnages qui y ont figuré a pris fin, la toile une dernière fois se lève, et, dans un épilogue lié à cette action comme un tableau postérieur qui nous en présente quelque suite ou quelque souvenir, de nouveaux personnages apparaissent. Le délit aussi, après qu'il a été accompli et que l'action en a pris fin, peut avoir son épilogue ; de nouveaux acteurs peuvent surgir, comme agents de quelques nouveaux faits qui se relieront au délit par un lien plus ou moins étroit de connexité.

1274. Le mobile de ces faits postérieurs pourra être de deux sortes : soit le dessein de soustraire le coupable à la peine dont il est menacé, soit celui d'assurer et de partager le bénéfice illicite du délit.

Le premier de ces desseins est de nature à donner naissance à des actes divers : ne pas dénoncer à l'autorité le délit ou le délinquant, dont on a connaissance ; recéler, c'est-à-dire cacher afin de la soustraire aux recherches de l'autorité, la personne du coupable, ce qui comprend aussi les instructions, les moyens, les

facilités, qu'on lui aurait donnés pour qu'il pût fuir avant de tomber aux mains de l'autorité ; recéler le corps de la personne homicidée, s'il s'agit d'homicide ; les instruments ayant servi à commettre le délit, ou tous les objets quelconques qui pourraient servir d'indices et d'éléments de preuve ; aider à l'évasion du coupable déjà détenu par l'autorité ; enfin, ce qui est de beaucoup l'acte le plus criminel entre tous ces faits, trahir la vérité par de fausses dépositions en sa faveur devant la justice. — Le second se résume dans un seul fait, recéler les objets formant le bénéfice illicite du délit, afin de mettre à couvert et d'aider à réaliser ce bénéfice.

Dans le premier de ces desseins il y a sans doute oubli d'un devoir social, mais le mobile qui conduit à cet oubli est un sentiment d'humanité, de commisération pour le coupable, peut-être d'attachement, ou de délicatesse à ne pas trahir la confiance de celui qui a eu recours à vous : sauf le cas de fausse déposition en justice, ce sentiment est digne de quelque indulgence, et parmi les faits auxquels il peut donner naissance, les uns doivent rester impunis, les autres frappés seulement de peines peu élevées. Le plus grave d'entre ces faits, toujours après le faux témoignage, est celui d'évasion de détenus, parce que, soit par ruse, soit par force, il y a ici une lutte directe, une attaque effective contre l'action même de l'autorité. — Dans le second dessein, au contraire, on ne rencontre qu'un mobile de cupidité, n'ayant rien que de bas et de vil en soi ; la liaison avec le délit est la plus étroite et (toujours à part le faux témoignage) la plus coupable.

1275. Mais ce qui ressort incontestablement des observations précédentes, c'est qu'aucun de ces faits postérieurs ne saurait constituer un acte de complicité, aucun de ces agents survenus après coup ne saurait être qualifié logiquement de complice. Dans la complicité il y a unité de délit : or, ici le délit était terminé, ce sont de nouveaux faits qui se sont produits. Les complices doivent avoir été liés d'une manière quelconque à l'une des phases parcourues par l'action même du délit : or, ici cette action avait pris fin ; les nouveaux agents y ayant été étrangers et le passé étant irrévocablement passé, rien dans les actes postérieurs ne peut faire qu'il en soit autrement. — Sans doute, si l'un quelconque des secours postérieurs dont nous parlons avait été promis à l'avance, en un moment quelconque de l'action du délit, avant que cette action fût accomplie, il y aurait alors dans une telle promesse, contemporaine de l'action même du délit, une participation à cette action, et par conséquent un véritable cas de complicité, de vrais complices auxiliaires (ci-dess., n° 1271). Mais telle n'est pas notre hypothèse, dans laquelle l'intervention nouvelle n'a eu lieu qu'après l'accomplissement entier du délit. — La vérité est qu'il y a, dans cette dernière hypothèse, de nouveaux faits, par conséquent de nouveaux délits si ces faits posté-

rieurs méritent une punition, ou, en d'autres termes, pluralité et non pas unité de délits ; que ces nouveaux délits se rattachent au premier par le lien logique de l'effet à la cause, que la criminalité peut en être plus ou moins grave suivant la gravité du délit même auquel ils se rattachent ; mais qu'en définitive tout cela forme, non pas un lien de complicité, mais un lien de connexité (1) (ci-dess., nos 1243 et 1250).

1276. Dans la doctrine et dans les codes de l'Allemagne on se sert pour caractériser le rôle de ces agents postérieurs du mot consacré de *Begünstiger*, favorisateur (en notre vieux langage *fauteur*), protecteur du délit ou, pour mieux dire, du délinquant. L'expression, traduite en notre langue, ne nous représente que d'une manière imparfaite l'idée dont il s'agit, mais pour un criminaliste allemand elle y répond sans équivoque, et elle marque avec netteté qu'il y a dans l'intervention de ces agents postérieurs un fait nouveau, relié au premier, et non pas un cas de complicité. Le projet portugais (art. 51 et 52) se sert du mot d'*adhérents*.

1277. A propos de ces actes postérieurs, on a poussé si loin l'application au droit pénal de l'idée du mandat et des règles qui se groupent autour de cette idée en droit civil privé, qu'on a agité, même en doctrine théorique, la question de savoir si une approbation, un assentiment donné après coup au délit qui a été accompli, ne pouvait pas constituer dans certains cas, un fait de complicité, si, par exemple, celui dans l'intérêt duquel, à son insu et sans aucune participation quelconque de sa part, un délit a été commis, venant à y donner après coup son assentiment, ne se trouvait pas dans le cas d'une personne qui ratifierait ce qu'aurait fait pour elle un gérant d'affaires, et si, en droit pénal, de même qu'en droit civil privé, la ratification n'équivaudrait pas au mandat. On n'a même pas manqué de textes de droit romain à l'appui de l'affirmative (2). Cette discussion, qui s'évanouit devant

---

(1) La complicité *a posteriori*, édictée contre les recéleurs par la loi française, d'après d'anciens errements, a été combattue par tous les jurisconsultes de notre siècle, depuis Nani jusqu'à Mittermaier. Une seule exception est à signaler, au milieu de cette tendance générale : M. Carrara, digne successeur de Carmignani à l'Université de Pise, a publié une dissertation spéciale, tendant à la répression sévère du *recel frauduleux des choses volées*, qu'il considère comme un délit à part portant une atteinte *sui generis* au droit de propriété. (Voir la traduction de cette dissertation par M. Lecointa, *Revue critique de législation*, tom. 27, page 409 et suiv.). Mais ce système ingénieux n'a point prévalu, et nous verrons que le projet de Code pénal italien, comme les Codes napolitain et toscan, abaisse la pénalité au cas de recel.

(2) Dig., 43, 16, *De vi, et de vi armata*, 1, § 14, Fr. Ulp. — 50, 17, *De diversis regulis juris*, 152, § 2, Fr. Ulp. : « In maleficio ratihabitio mandato comparatur. » Ces deux fragments d'Ulpien ne sont pas relatifs aux accusations ni aux peines publiques ; ils ont trait l'un et l'autre exclusivement à l'interdit *unde vi*, accordé à celui qui a été expulsé par violence de son fonds, pour s'en faire restituer la possession, soit contre l'auteur même de l'expulsion, soit contre celui qui, la ratifiant après coup, en a profité pour prendre possession de ce

l'application des principes exposés ci-dessus (notamment nos 1268 et suiv., 1275 et suiv.), n'est plus de notre époque.

1278. Une condition essentielle pour l'existence de la complicité, c'est que les actes qui la constituent aient été faits sciemment, c'est-à-dire avec connaissance du but criminel auquel ces actes ont aidé à tendre ou à parvenir. — Cela est compris forcément, sans qu'il soit nécessaire de l'exprimer, dans le rôle d'auteur intellectuel ; et aussi, quoique d'une manière moins absolue, dans le rôle d'auteur matériel ayant exécuté personnellement les actes même constitutifs du délit ; mais quant aux autres complices, et surtout aux auxiliaires, il pourrait facilement arriver qu'ils eussent prêté leur coopération ou leur secours dans l'ignorance du résultat coupable auquel ils allaient contribuer, croyant rendre un service innocent ou même méritoire. Il ne saurait y avoir en cas pareil aucune complicité.

Il en est de même à l'égard des faits postérieurs formant de nouveaux délits connexes au premier. La connaissance du délit auquel ils se rattachent est nécessaire aussi pour la criminalité de ces actes, à moins qu'il ne s'agisse de cas dans lesquels la loi a voulu punir la simple négligence, la contravention même non intentionnelle.

1279. Les conséquences de pénalité auxquelles conduisent les observations qui précèdent sont les suivantes : — contre les auteurs tant intellectuels que matériels, puisqu'ils sont la cause génératrice, la cause efficiente du délit, la peine de ce délit ; — contre les complices n'ayant figuré dans le délit que comme cause auxiliaire, par conséquent avec une moindre part de responsabilité, la peine du délit abaissée de certains degrés (1) ; et, puisqu'il y a entre ces rôles d'auxiliaires de nombreuses inégalités, que la loi est impuissante à prévoir à l'avance et dont elle est obligée de laisser l'appréciation au juge, cet abaissement doit être marqué avec une latitude suffisante pour qu'il soit possible au juge de tenir compte de ces inégalités ; — enfin, contre les faits postérieurs qui constituent des délits nouveaux, connexes au premier, une peine particulière, telle que ces délits nouveaux paraîtront la mériter. Cette peine pourra quelquefois, sans doute, par suite du lien de connexité, être plus ou moins élevée suivant la criminalité plus ou moins grave du délit primitif auquel le fait

---

fonds. Tout au plus pourrait-on les étendre, à cause de la généralité des termes, aux actions résultant, en droit romain, des délits privés, et aux condamnations pécuniaires que ces actions avaient pour but de faire prononcer au profit du demandeur.

(1) Aux termes du Code belge de 1867 (art. 69), les complices d'un crime sont punis de la peine inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient auteurs ; les complices d'un délit, des deux tiers au plus de la peine du délit. Le Code de l'Allemagne du Nord de 1870 (art. 49) mitige également la peine de la complicité. Les projets de Code italien (art. 77) et portugais (art. 193 et suiv.) ont des décisions semblables.

postérieur se rattachera (ci-dess., n° 1275), mais dans tous les cas elle n'en frappera pas moins ce fait postérieur à titre de délit distinct, *sui generis*.

1280. C'est une des questions les plus délicates touchant la complicité, même dans la science pure, que de décider comment et jusqu'à quel point, dans cette association criminelle qui a lieu entre tous les complices d'un même délit, s'il existe dans le délit des causes d'aggravation ou d'atténuation par rapport à l'un ou à quelques-uns de ces complices, soit auteurs, soit auxiliaires, les autres devront s'en ressentir. L'influence en devra-t-elle être étendue des uns aux autres ? Ou devra-t-elle rester exclusivement propre à celui ou à ceux qu'elle concernera ? Et comme notre opinion sur ce point n'est pas en tout conforme à celle qui a cours le plus généralement parmi les criminalistes théoriciens, et qui a été suivie en plusieurs des Codes les plus récents de pénalité, ce nous est un devoir d'y apporter une grande attention, et de l'exposer avec toute la clarté et toute l'autorité de raisonnement qu'il nous sera possible d'y mettre.

1281. 1° Parmi ces causes d'aggravation ou d'atténuation, il en est dont l'influence s'exerce sur la criminalité du fait lui-même, qui constituent, aggravent ou atténuent cette criminalité du fait ; de telle sorte que lorsqu'elles existent on se trouve en présence de tel délit plutôt que de tel autre, ou d'un délit plus ou moins aggravé ou atténué en lui-même.

2° Il en est d'autres, au contraire, qui, laissant le délit tel quel, sans l'aggraver ni l'atténuer dans les éléments de fait dont il se compose, n'exercent leur influence que sur la culpabilité morale, la culpabilité personnelle de l'agent qui a commis ce délit ou qui y a pris part. Nous citerons en exemple, comme cause d'aggravation de cette nature, la récidive, et comme cause d'atténuation, le jeune âge du délinquant (chez nous la minorité de seize ans). — De ce nombre sont aussi incontestablement les considérations abandonnées à l'appréciation du juge pour la mesure de la culpabilité individuelle, qui font que le juge estime, dans le même délit, telle personne plus coupable ou moins coupable individuellement que telle autre, différences auxquelles il pourvoit en se mouvant suivant la latitude qui lui est laissée à cet effet par la loi pénale (chez nous au moyen du *maximum* et du *minimum*, ou de la déclaration qu'il existe en faveur d'un tel des circonstances atténuantes).

3° Sur la même ligne se trouvent aussi, par une semblable raison, les causes d'aggravation ou d'atténuation qui, laissant le délit toujours le même, dérivent de faits postérieurs personnels à l'un des complices, auxquels les autres n'ont pris aucune part. Nous citerons en exemple, comme cause d'aggravation de ce genre, le cas où, après un meurtre commis par plusieurs dans une rixe, l'un des coupables se transporterait au domicile de la

personne homicidée, et, la nuit, à l'aide d'escalade, d'effraction ou de fausses clefs, dévaliserait ce domicile, les autres restant entièrement étrangers à ce nouveau crime (ci-dess., nos 1178 et suiv.) ; et comme cause d'atténuation de ce genre, les révélations qu'aurait faites ou les arrestations qu'aurait procurées un des complices, dans les cas où la loi y a attaché un effet atténuant (ci-dess., n° 1102).

1282. Aucune difficulté ne saurait exister sur la deuxième ou la troisième classe de ces causes d'aggravation ou d'atténuation. N'affectant que la culpabilité personnelle, la culpabilité individuelle de celui chez lequel elles se rencontrent, que ce soit un auteur intellectuel, un auteur matériel, ou un auxiliaire, l'effet aggravant ou atténuant en est exclusivement propre à cette personne ; les autres ne doivent ni en souffrir ni en profiter.

1283. Mais il n'en est pas de même de celles de la première classe. Affectant la criminalité du fait lui-même, elles doivent s'étendre, par cette seule raison, avec leur effet aggravant ou atténuant, à tous ceux qui ont pris part sciemment à ce fait ainsi aggravé ou atténué ; car ceux-là tous sont plus coupables ou moins coupables qui se sont associés sciemment, soit comme auteurs, soit comme auxiliaires, à un fait plus ou moins criminel.

1284. Toutefois, une distinction se présente encore relativement à ces causes d'aggravation ou d'atténuation qui affectent la criminalité du fait lui-même.

1° Les unes peuvent tenir à des modalités, à des circonstances de l'action elle-même : par exemple, la préméditation ou la non-préméditation, le guet-apens, l'emploi du poison, la provocation par coups ou violences graves contre les personnes, en cas d'homicide ; la circonstance de lieu habité ou non habité, servant ou non servant à l'habitation, dans l'incendie ; celles de nuit, d'armes, violence, escalade, effraction ou fausses clefs, de maison habitée, parcs, enclos ou de chemin public, dans le vol ; celle de connexité dans le meurtre qui serait commis à dessein de préparer, de faciliter, d'exécuter un délit ou d'en procurer l'impunité (ci-dess., n° 1253), et tant d'autres encore. — Sur ces circonstances, que l'on qualifie ordinairement de *matérielles*, il n'y a pas de dissentiment : chacun s'accorde à reconnaître que l'effet en doit être étendu à tous ceux qui ont pris part sciemment au fait ainsi modifié.

2° Les autres peuvent tenir à des qualités personnelles qui appartiennent à l'un des coupables et non pas aux autres : par exemple, la qualité de descendant de la personne homicidée en crime d'homicide, d'où résulte le parricide ; la qualité de fonctionnaire ou officier public en crime de faux dans les actes de son ministère (C. p., art. 146), ou en crime de concussion (C. p., art. 174) ; la qualité d'ascendant, instituteur, tuteur, fonctionnaire ou ministre d'un culte, dans les crimes ou délits d'attentats

aux mœurs (C. p., art. 333 et 334) ; celles de domestique, d'aubergiste, dans le vol (C. p., art. 386), et tant d'autres analogues. — A l'égard de celles-ci, l'opinion courante parmi les criminalistes théoriciens est que l'effet en est incommunicable et doit être restreint à ceux-là seuls en la personne desquels se trouve la qualité produisant aggravation ou atténuation (1).

1285. C'est à cette dernière opinion que nous ne saurions nous ranger. Assurément, les délits dans lesquels se rencontrent des circonstances personnelles semblables à celles que nous venons d'indiquer, sont des délits plus criminels en eux-mêmes que les délits correspondants dans lesquels ne se rencontrent pas ces circonstances. Assurément, celui qui aide un fils à tuer son père, un notaire à falsifier les minutes de son étude, un ascendant ou un instituteur à commettre un attentat aux mœurs contre sa fille ou contre son élève, s'associe à son plus grand délit, fait preuve de plus de perversité et par conséquent est plus coupable lui-même que s'il s'associait à un délit analogue mais franc de ces circonstances. La distinction à laquelle il faut s'attacher n'est donc point de savoir si les causes d'aggravation ou d'atténuation dérivent de circonstances matérielles ou de qualités personnelles, mais bien si elles affectent la criminalité du délit lui-même, ou si, laissant le délit tel quel, elles ne modifient que la culpabilité personnelle du délinquant. L'effet de celles-ci ne peut pas s'étendre, et l'effet de celles-là doit être étendu, au contraire, de l'un à l'autre.

1286. Cependant il est vrai que cette extension, lorsqu'il s'agira d'aggravation ou d'atténuation du délit par suite de qualités personnelles à l'un des délinquants, ne devra pas se faire toujours au même degré, et qu'il se présente ici plusieurs hypothèses :

1° Étant donnés un auteur et un ou plusieurs auxiliaires, la qualité existe en la personne de l'auteur, mais non en celle de l'auxiliaire : par exemple, c'est un fils qui commet le meurtre de son père, et il y est aidé accessoirement par un étranger. Celui-ci s'associe au crime et à l'aggravation dont ce crime est affecté ; mais, ne s'associant à l'un et à l'autre qu'à titre accessoire, comme simple auxiliaire, il n'encourra la peine du crime et le surcroît résultant de l'aggravation qu'avec un abaissement portant et sur cette peine et sur ce surcroît.

2° Étant donnés deux auteurs ou davantage, soit tous coauteurs matériels, soit les uns auteurs intellectuels et les autres auteurs matériels, la qualité existe chez l'un de ces auteurs et n'existe pas chez les autres : par exemple, de deux meurtriers ayant commis ensemble l'homicide et frappé tous deux la victime, l'un est le fils et l'autre est un étranger ; ou bien c'est un fils qui soudoie le

(1) Cette opinion a été consacrée par l'article 50 du Code de l'Allemagne du Nord. Telle est également la décision proposée par l'article 78 du projet de Code pénal italien.

meurtrier de son père; ou bien c'est lui-même qui, provoqué par un tiers, par sa mère peut-être, donne la mort à son père. (Toutes ces suppositions sont horribles, nous en demandons pardon au lecteur, mais on les a vues en réalité.) L'auteur, soit intellectuel, soit matériel, en la personne duquel existe la qualité aggravante, encourra dans leur intégrité tant la peine du crime que le surcroît résultant de l'aggravation. Le coauteur, soit matériel, soit intellectuel, étant cause efficiente par rapport au crime, en encourra la peine; mais, n'étant qu'associé auxiliaire par rapport à la qualité aggravante qui n'est pas en lui, il n'encourra le surcroît résultant de cette aggravation qu'avec un abaissement.

3° Enfin, étant donnés un auteur et un ou plusieurs auxiliaires, la qualité est en l'un de ces auxiliaires, et non pas en la personne des autres ni en celle de l'auteur. Cet auxiliaire, bien que n'encourant, d'une part, que la peine du crime avec abaissement, à cause du rôle secondaire qu'il y a joué, devra encourir en plus, d'autre part, un surcroît résultant de l'aggravation dont la cause est en lui. Quant aux autres, qui l'ont accepté pour associé, à la peine du crime par eux encourue suivant le rôle qu'ils y ont joué devra se joindre le surcroît résultant de la circonstance aggravante dont ils ont accepté l'association, mais avec un abaissement, parce qu'à l'égard de cette aggravation leur situation n'est que secondaire.

Ce qui revient, en définitive, à dire que le surcroît de l'aggravation résultant de qualités personnelles qui affectent la criminalité du délit lui-même, pèsera, toujours proportionnellement au rôle joué par chaque acteur dans le délit, en totalité sur la personne en laquelle se trouvera cette qualité, et seulement avec un abaissement sur celles qui, ne l'ayant pas en elles-mêmes, ne s'y trouveront associées qu'accessoirement.

Il est clair que nous raisonnons ici en science pure, d'une manière abstraite, et dans l'hypothèse d'un système de peines tellement bien graduées, qu'elles comporteraient toutes ces nuances délicates dans leur mesure. — En pratique, il est difficile d'atteindre à une pareille graduation; et souvent, pour plus de simplicité, la loi pénale positive laisse de côté plusieurs de ces nuances, dont elle néglige de tenir compte.

1287. Des décisions analogues sont applicables au cas d'agents survenus après coup, lorsque la peine édictée contre ces agents postérieurs doit se graduer d'après celle du délit antérieur (plus particulièrement au cas des recéleurs des objets formant le bénéfice illicite du délit); mais seulement dans l'hypothèse prévue au n° 1 du paragraphe précédent, celles des numéros suivants restant sans application possible à leur égard.

1288. Chacun, d'ailleurs, reconnaît, en théorie, que dans tous les cas les circonstances aggravantes ou atténuantes ne nuisent ou ne profitent qu'à ceux qui en ont eu connaissance. La même con-

naissance qui est exigée quant au fait principal de complicité (ci-dessus, n° 1278), l'est aussi par rapport aux circonstances accessoires qui augmentent ou qui diminuent la criminalité du fait.

1289. Il semblerait logique de poser en axiome que, pour qu'il y ait plusieurs personnes liées entre elles dans un même délit, ou, en d'autres termes, des participants, des complices en un même délit, il faut de toute nécessité que ce délit existe. Toutefois, les complices n'ayant pas tous le même rôle, et l'un pouvant avoir accompli le sien tandis que d'autres ont renoncé au leur ou ne l'ont exécuté qu'en partie, il se présente à ce sujet des hypothèses variées dont l'appréciation ne saurait être uniforme.

1290. Ainsi, il est possible, à l'égard des auteurs intellectuels, ou en d'autres termes des provocateurs, et à l'égard aussi des auxiliaires, que, le rôle de ceux-ci ayant été rempli, par exemple le provocateur ayant commandé le crime et payé celui qu'il salariait à cet effet, l'auxiliaire ayant fourni sciemment les instruments ou les moyens destinés au crime, ou donné le signal, ou s'étant placé en sentinelle pour faire le guet, celui qui était chargé d'exécuter le crime n'en ait rien fait, ou se soit arrêté volontairement, ou ait été arrêté par quelque circonstance indépendante de sa volonté, dans le cours de l'exécution. — Assurément, les provocateurs, les auxiliaires sont bien étrangers à ces faits postérieurs à leur propre action ; ils avaient, quant à eux, achevé leur rôle ; et moralement, au point de vue de la justice absolue, leur culpabilité intentionnelle n'a pas changé ; néanmoins, d'après les principes de la pénalité sociale, ils sont associés à ces faits ultérieurs, et leur sort se règle en conséquence : complices d'un crime consommé, d'un crime manqué, ou d'une tentative suspendue, suivant l'événement qui aura eu lieu. Tant il est vrai que l'intention ne suffit pas, mais que le fait, l'événement matériel, compte pour beaucoup dans la pénalité humaine ! — Sans doute le législateur pourra être autorisé, en certains cas, à frapper de quelque peine les faits accomplis par les provocateurs, par les auxiliaires, même quand le crime que ces personnes avaient en vue n'aura pas été effectué ; mais alors ces faits seront punis comme délits *sui generis*, et non comme cas de complicité.

1291. Ainsi, en sens inverse, le provocateur a révoqué l'impulsion, l'incitation donnée par lui, mais trop tard ; l'auxiliaire a voulu retirer, afin que le crime ne pût plus avoir lieu, les instruments, les moyens qu'il avait fournis, mais il n'était plus temps, le crime était déjà consommé : il en sera comme en cas de repentir tardif ; la pénalité, en justice sociale, sera encourue. — S'il arrive à temps, et que, malgré l'impulsion révoquée, malgré les instruments et les moyens retirés opportunément, l'auteur matériel persévère et accomplisse ensuite l'acte coupable, l'association a été rompue, la complicité n'existe plus.

1292. Si le fait est déclaré par le juge non constant, ou s'il est

déclaré non puni par la loi, il est clair qu'il ne saurait y avoir de condamnation par la même sentence contre personne, pas plus en qualité d'auteur qu'en qualité d'auxiliaire.

Des exemples d'une appréciation délicate à ce sujet nous sont offerts par le suicide, sous l'empire des législations qui ne prononcent aucune peine contre ce fait. — Ainsi l'auxiliaire d'un suicide, qui a fourni sciemment l'arme ou le poison, ne saurait être condamné à titre de complice, puisque le fait principal est impuni. — Mais si, à la prière de l'ami qui veut en finir, il lui a porté le coup mortel, de sa part il n'est plus question de suicide, il y a un homicide, dont il est l'auteur matériel (ci-dess., n° 549). — Et si l'on suppose que par la violence, sous la menace d'un mal imminent, il ait forcé un homme à se donner lui-même la mort, qu'importe qu'il ait pris pour moteur du coup son bras à lui ou le bras du patient lui-même! il y a eu de sa part un homicide, dont il est le véritable auteur intellectuel.

1293. Enfin, s'il est jugé seulement que la personne accusée comme auteur n'est pas coupable, en sorte que cette personne soit acquittée, cette décision n'étant qu'une décision individuelle, de laquelle on est autorisé seulement à conclure ou bien qu'il n'a pas été prouvé que cette personne fût l'auteur du fait, ou bien que le juge n'a pas reconnu en elle des conditions suffisantes pour la culpabilité pénale, ce qui ne détruit pas l'existence du fait et n'en fait pas disparaître la criminalité à l'égard des autres participants, rien n'empêche de condamner tant le coauteur, intellectuel ou matériel, que l'auxiliaire. — Il en est de même si l'auteur principal est inconnu, ou en fuite, ou décédé.

1294. Outre ses effets quant à la pénalité, la complicité en produit aussi de bien importants quant à la procédure et quant à la compétence. N'y ayant en cas de complicité qu'un seul délit à plusieurs acteurs, il ne doit y avoir qu'un seul procès, l'affaire est la même ; ce n'est pas seulement la jonction facultative, c'est l'indivisibilité de la procédure qui résulte de la complicité. Tous les complices devront en conséquence être poursuivis ensemble dans une même instance, devant la même juridiction ; d'où il suit que, si quelques-uns d'entre eux, par quelques circonstances particulières, relevaient de tribunaux différents, il y aurait nécessairement prorogation de compétence, afin de les ramener tous à la même juridiction. Cette indivisibilité ne devra céder que devant des impossibilités de fait : par exemple, si quelques-uns des auteurs ou auxiliaires, étant inconnus, ne sont découverts que plus tard, ou s'ils sont en fuite (1).

---

(1) Voir comment cette indivisibilité a été réglementée par les Codes de *justice militaire* (9 juin 1857 ; — et pour l'armée de mer, 4 juin 1858), dans les rapports de la juridiction militaire ou maritime avec les autres juridictions répressives.

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence.

1295. L'ancienne jurisprudence européenne a rencontré dans le droit romain, pour l'édification de sa doctrine touchant la complicité, de nombreux textes propres au véritable droit pénal, c'est-à-dire aux accusations et aux peines publiques, sans compter ceux plus nombreux encore qu'elle y a fait servir également, quoiqu'ils n'eussent trait, chez les Romains, qu'aux actions pénales privées. — C'est en suivant la voie de ces textes qu'elle a été conduite à distribuer et à considérer la complicité sous ces différentes formes : complicité par le commandement (*jussu*), par le mandat (*mandato*), par le concert (*consciencia*), par le conseil (*suadendo*), par l'aide donnée à dessein (*ope et consilio*), et aussi, quant aux faits postérieurs : par ratification (*ratihabitione*), ci-dess., n° 1277, avec la note, et par recel (*de receptatoribus*). — L'esprit le plus général qui apparaît en ces textes est celui de l'égalité de peine entre les divers participants au même délit (1).

1296. Les anciens criminalistes ont bien établi entre ces participants quelques nuances, dont on peut voir, en ce qui concerne notre pays, la dernière expression dans les ouvrages de droit criminel qui y étaient le plus répandus au moment de la révolution de 1789 (2) ; le principe des peines arbitraires permettait de tenir compte de ces nuances; mais, en somme, toute l'ancienne doctrine européenne, et plus encore le texte des statuts ou ordonnances, lorsqu'ils s'en sont expliqués, ont été d'une extrême rigueur à ce sujet, soit dans l'incrimination des actes réputés faits de complicité, soit dans la pénalité. C'est surtout dans le cas de crimes atroces, et particulièrement dans ceux de crimes de lèse-majesté au premier chef, que cette rigueur a été poussée loin.

---

(1) Dig., 48, 4, *Ad legem Juliam majestatis*, 1, § 1, Fr. Ulp.; 10, Fr. Hermogen. — 48, 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 8, Fr. Papin.; 12, Fr. Ulp. — 48, 8, *Ad legem Corneliam de sicariis*, 3, pr. Fr. Marcian.; 15, Fr. Ulp. — 48, 9, *De lege Pompeia de parricidiis*, 6 et 7, Fr. Ulp. — 48, 19, *De pœnis*, 16, pr. Fr. Claud. Saturn. — Cod., 1, 11, *De paganis et sacrificiis*, 7, const. Valentin. et Marcian. — 9, 2, *De accusationibus*, 5, const. Gordian.

Faits postérieurs. Dig., 47, 16, *De receptatoribus*, 1, Fr. Marcian. — Cod., 9, 39, *De his qui latrones vel aliis criminibus reos occultaverint*, 1, const. Valent. Valens et Gratian.

Nous ne citons pas les textes, en plus grand nombre, qui n'avaient trait qu'aux actions pénales privées.

(2) Muyart de Vouglans, liv. 1, tit. 2, *Des différentes manières de commettre le crime par soi-même ou par autrui*, p. 5 et suiv. — Jousse, partie 1, tit. 2, *Des différentes manières dont on peut participer aux crimes : où il est traité des complices des crimes, et de leurs fauteurs, participes et adhérents ;* tom. 1, p. 20. — Et si l'on veut remonter en sens inverse vers les premiers écrits de notre ancienne jurisprudence, dans le *Grand Coustumier*, ou *Somme rural* de Jehan Bouteiller, liv. 1, tit. 29, dernier paragraphe : « *Quand plusieurs sont à un délict, que les uns font, et les autres non, lesquels sont coulpables du délict ?* »

1297. Le système de législation qui nous régit aujourd'hui n'est autre que celui décrété par le Code pénal de 1791. Ce Code, dans sa deuxième partie, contenait un titre spécial, le titre 5, *Des complices des crimes ;* il ne statuait, nous le savons, qu'à l'égard des crimes, et la loi de police municipale ou correctionnelle n'avait rien dit à ce sujet (1). Dans le Code pénal de 1810, les dispositions du Code pénal de 1791 ont été reprises, avec quelques modifications, placées sous la rubrique, *Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits* (art. 59 à 63), et étendues, comme on le voit par cette rubrique elle-même, tant aux délits de police correctionnelle qu'aux crimes. — Quant à la complicité en fait de contraventions de simple police, elle est placée sous un régime à part.

1298. Notre Code distingue les participants au crime ou au délit en deux classes : les *auteurs* et les *complices*. — Il résulte des articles 59 et 60, rapprochés l'un de l'autre, qu'il n'a entendu par auteurs que les auteurs *matériels*, ceux qui ont fait par eux-mêmes les actes constitutifs du crime ou du délit. — Quant aux auteurs *intellectuels* et à tous les autres participants, auxiliaires ou autres, ils sont rangés dans la classe des complices (2).

---

(1) *Code pénal de* 1791, part. 2, tit. 3, *Des complices des crimes :* — Art. 1er. « Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir, par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre ; — ou d'avoir, sciemment, et dans le dessein du crime, procuré au coupable ou aux coupables les moyens, armes ou instruments qui ont servi à son exécution ; — ou d'avoir, sciemment, et dans le dessein du crime, aidé et assisté le coupable ou les coupables, soit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime. »

Art. 2 : « Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir provoqué directement à le commettre, soit par des discours prononcés dans les lieux publics, soit par placards ou bulletins affichés ou répandus dans lesdits lieux, soit par des écrits rendus publics par la voie de l'impression, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs du crime. »

Art. 3 : « Lorsqu'un vol aura été commis avec l'une des circonstances spécifiées au précédent titre, quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice, et puni de la peine prononcée par la loi contre les auteurs du crime. »

(2) *Code pénal actuel,* art. 59 : « Les complices d'un crime ou d'un délit » seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce » délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. »

Art. 60 : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou » délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, » machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné » des instructions pour la commettre ; — Ceux qui auront procuré des armes, » des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils » devaient y servir ; — Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'au- » teur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, » ou dans ceux qui l'auront consommée ; sans préjudice des peines qui seront » spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou » de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, même

1299. L'article 60 donne la détermination des complices. Cet article est limitatif : sauf les additions provenant de quelque autre article spécial ou de quelque loi particulière, il n'y a de complices en notre droit positif que ceux dont le fait rentre dans l'une des prévisions de notre article 60. En analysant cet article, on y trouve des complices dans la résolution, dans la préparation, dans l'exécution.

1300. Les auteurs intellectuels y font, sous la qualité de provocateurs, l'objet du premier paragraphe. — La provocation n'est incriminée, dans ce paragraphe, comme cas de complicité, que lorsqu'elle a été accompagnée de quelqu'un des moyens d'influence indiqués ci-dessus (nos 1264 et suiv.). Il faut y joindre, en outre, le cas où elle aurait été adressée au public par quelque mode de publicité (ci-dess., n° 1267). Comprise directement dans le texte du Code pénal de 1791 (part. 2, tit. 3, art. 2; texte cité, n° 1297, note 1), la disposition concernant cette sorte de provocation est rejetée aujourd'hui dans les lois spéciales contre les délits de la presse (1).

Cette classification du Code, par laquelle les auteurs intellectuels sont exclus de la catégorie des auteurs et confondus, avec les autres complices, dans celle des auxiliaires, n'est pas sans de graves inconvénients dans les affaires. Elle y amène des complications dont notre jurisprudence pratique a peine à se tirer, et des solutions commandées par la lettre du texte, mais que la raison du droit pénal ne saurait toujours approuver.

1301. Cet article 60 exprime formellement, quant à ceux qui ont aidé à la préparation ou à l'exécution du crime ou du délit, qu'il n'y a de leur part complicité qu'autant qu'ils ont donné cet aide *sciemment, avec connaissance*. C'est en notre jurisprudence pratique, comme en science rationnelle, une condition *sine qua non*, dont l'existence doit être expressément constatée et déclarée. Si la même condition n'est pas formulée par le texte à l'égard des provocateurs, c'est que, par cela même qu'ils provoquent au crime ou au délit, il va sans dire qu'ils en ont connaissance (ci-dess., n° 1278).

» dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs » n'aurait pas été commis. »

(1) *Loi du* 17-18 mai 1819, art. 1er : « Quiconque, soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente, ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards et affiches exposés au regard du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de toute action qualifiée crime ou délit à la commettre, sera réputé complice et puni comme tel. » — Cet article est toujours en vigueur. Il doit être interprété d'après les principes exposés ci-dessus (n° 1267). — Si la provocation n'a eu aucun effet, elle est encore punie d'après les articles qui suivent (art. 2, 3 et 6) ; non plus alors comme cas de complicité, mais seulement comme délit *sui generis*. Il en était de même dans la loi du 27 février 1858, *relative à des mesures de sûreté générale*, art. 1.

1302. Quant à la pénalité, l'article 59 porte que les complices « seront punis de la même peine que les auteurs mêmes du crime » ou du délit. » — Cette expression, prise à la lettre, n'est pas exacte et ne rend pas la pensée de la loi. Elle ne veut pas dire que la peine prononcée contre le complice doive être identiquement la même que celle prononcée contre l'auteur; car nous allons voir que des différences en plus ou en moins peuvent exister entre l'une et l'autre de ces peines. Elle ne veut pas dire non plus que le complice doive être puni de la même peine que s'il était lui-même l'auteur; car nous allons voir que c'est dans la personne de l'auteur véritable, et non dans la sienne, que doivent se puiser la qualification et la mesure de la gravité du fait (1). L'expression doit être entendue en ce sens : « la même peine que celle prononcée par la loi contre le crime ou le délit commis par l'auteur. » Il faut donc prendre cette peine telle que la loi l'a édictée, avec son *maximum* et son *minimum* s'il y en a, avec l'abaissement dont une déclaration de circonstances atténuantes peut la rendre susceptible, avec l'alternative qu'elle comporterait si la loi avait prononcé contre le crime ou le délit en question telle peine ou telle autre au choix du juge, et l'appliquer telle quelle, tant aux complices qu'aux auteurs, en se tenant à l'égard de chacun d'eux dans les limites de cette latitude, destinée à graduer la punition suivant les diverses culpabilités individuelles. Rien n'empêche donc de prononcer le *maximum* contre l'un, le *minimum* contre l'autre, ou réciproquement; d'accorder le bénéfice des circonstances atténuantes à celui-ci, mais non à celui-là, ou réciproquement; de frapper l'un de cette peine alternative et l'autre de cette autre. C'est là, dans la pratique, le correctif fourni par notre législation à l'égalité de peine que semble annoncer l'article 59.

Cet article restreint sa disposition par cette réserve : « sauf les « cas où la loi en aurait disposé autrement. » On peut voir des exemples de pareilles exceptions dans les articles 267, 268, 293 et 441 du Code pénal.

1303. Il résulte de l'interprétation que nous venons de donner des termes de l'article 59 que les circonstances aggravantes ou les excuses affectant seulement la culpabilité personnelle, telles que la récidive ou la minorité de seize ans; ou bien encore celles résultant d'actes postérieurs au crime ou au délit, qui seraient le fait exclusif de l'un ou de l'autre, ne doivent pas étendre leur effet aggravant ou atténuant de l'auteur au complice, ou réciproquement; car on ne peut pas dire que cet effet fasse partie de la peine édictée par la loi contre le crime ou le délit commis par

(1) Le Code pénal belge de 1867 s'attache, au contraire, au principe que le complice (sauf atténuation de peine) doit être considéré comme l'auteur du fait: doctrine qui a le tort de ne point tenir compte de la gravité de la participation aux crimes atroces, tels que le parricide (n° 1285).

l'auteur. Notre droit positif est en cela d'accord avec le principe rationnel (ci-dess., nos 1281-2°, 3°, et n° 1282).

1304. Mais il résulte de la même interprétation que les causes d'aggravation ou les excuses qui affectent en plus ou en moins la criminalité même du fait, qu'elles dérivent de circonstances matérielles, ou de qualités personnelles à l'auteur, par la raison qu'elles font partie, dans leur effet, de la peine édictée par la loi contre le crime ou le délit commis par cet auteur, doivent étendre leur influence sur le complice, et doivent l'étendre en totalité, notre Code n'ayant pas admis entre les auteurs et les auxiliaires les nuances plus délicates que peut signaler la science pure (ci-dess., 1281-1°, 1283 et suiv., 1286-1°).

Il en résulte pareillement que, si la qualité qui serait de nature à affecter la criminalité même du fait se trouve, non pas en la personne de l'auteur ou de l'un des coauteurs matériels, mais seulement en celle du complice, elle n'exercera aucune influence ni quant à l'un ni quant à l'autre ; car, l'auteur matériel y étant étranger, elle n'est pas comprise dans les termes de l'article 59. — Quelque singulier que soit ce résultat lorsqu'on suppose un auteur intellectuel provocateur, et quelque froissement qu'en éprouve le sentiment de la justice pénale rationnelle, notre jurisprudence des arrêts s'est décidée à le consacrer, dominée qu'elle était par le texte de la loi. Ainsi, l'étranger qui aide un fils à donner la mort à son père, encourt la peine du parricide ; mais le fils qui fait, à prix d'argent, donner la mort à son père par un étranger, n'est pas traité en parricide. La qualification et la mesure de la gravité du fait se prennent en la personne de l'auteur matériel, d'après les prescriptions de l'article 59, et non en celle d'aucun de ceux que notre Code qualifie seulement de complices.

1305. Une autre conséquence de l'article 59, à laquelle notre doctrine et même notre jurisprudence pratiques ont peine à se résigner, c'est qu'il n'est en rien nécessaire, d'après notre loi, pour que les causes d'aggravation ou d'excuse réagissent de l'auteur sur le complice, que celui-ci ait eu connaissance des circonstances auxquelles elles sont attachées. Quelque opposée que soit cette solution aux principes de la science pure (1) (ci-dess.,

(1) « Si les circonstances matérielles qui accompagnent le méfait, dit le projet de Code italien (art. 79, § 1) et par lesquelles la peine est aggravée sont inconnues des complices au moment de leur action ou de leur coopération et ne pouvaient être prévues lors du concert qui a précédé leur coopération, elles restent seulement à la charge de l'auteur ou des auteurs du méfait. » Le projet de Code portugais (art. 47) veut également que l'excès commis par l'exécuteur, ainsi que les faits accessoires qui seraient les conséquences nécessaires de l'action principale, ne soient imputables au provocateur ou mandant que s'il avait dû prévoir cet excès comme conséquence probable du mandat. — Ajoutons toutefois qu'au point de vue de l'action civile le provocateur ou mandant doit être responsable de toutes les suites de l'acte illicite.

n° 1288), notre jurisprudence des arrêts a dû la consacrer. L'article 59, en effet, n'exige pas cette connaissance; et il résulte de l'article 63, ainsi que nous allons bientôt l'expliquer, que même à l'égard des recéleurs cet effet aggravant de circonstances par eux ignorées se produit. La pensée de notre législateur a été que le complice en s'associant au crime s'associe *à toutes les chances des événements*, et assume sur lui la responsabilité de ce crime tel qu'il est et tel qu'il sera (1).

1306. Si on se demande quelle sorte d'utilité pratique il peut y avoir encore chez nous à distinguer l'*auteur* du *complice*, en présence de l'article 59 du Code pénal, qui applique à l'un comme à l'autre la peine édictée par la loi contre le crime ou le délit, il faudra répondre :

1° Relativement à la pénalité : que c'est la personne de l'auteur (et nous savons que par là notre Code entend seulement l'auteur *matériel*) qui sert de type pour déterminer quel est le crime ou le délit qui a été commis ; c'est en cette personne qu'il faut examiner les qualités et les circonstances de nature à constituer ou à affecter en plus ou en moins la criminalité du fait, et non en la personne du complice (ci-dess., n° 1304).

2° Relativement à la procédure : qu'en conséquence, une grande différence se produit en ce qui touche les questions à poser et à résoudre à l'égard de l'un ou de l'autre. C'est sur l'auteur que se posent les questions du fait principal constituant le crime ou le délit, et les questions de circonstances aggravantes ou d'excuses de nature à affecter la criminalité de ce fait. Quant au complice, la question posée est celle de la complicité, dans les termes de celui ou de ceux des modes de complicité prévus par l'article 60, que l'accusation lui attribue.

3° On pourra ajouter que dans certains cas, suivant le rôle qu'une personne aura joué dans l'action, il pourra se faire que le fait change totalement de caractère à son égard, et qu'au lieu d'une incrimination de complicité, ce soit celle d'un crime ou d'un délit distinct qui pèse sur elle : ce que nous avons dit à ce propos du cas de suicide (ci-dess., n° 1292) serait applicable en notre droit positif.

1307. Nous appliquerons également dans notre droit positif les solutions données ci-dessus, en principe rationnel, aux numéros 1289 à 1293 ; et aussi celle du numéro 1294 concernant l'indivisibilité de la procédure et la prorogation de compétence.

1308. Aux hypothèses de l'article 60, constitutives de la véri-

---

(1) « Quand la peine serait portée à la plus grande rigueur, par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements et ont consenti à toutes les suites du crime. » (*Exposé des motifs*, par M. TARGET, dans LOCRÉ, t. 29, p. 32.)

table complicité suivant notre droit positif, il faut ajouter deux cas particuliers, qui y sont assimilés par notre Code pénal.

Le premier est celui de l'article 61, ainsi conçu : « Ceux qui, » connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des » brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix » publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habi- » tuellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront » punis comme leurs complices. » — Cette disposition s'écarte du droit commun, en ce qu'il ne s'agit pas d'un homme qui, connaissant le projet de tel crime ou de tel délit déterminé, fournirait à celui ou à ceux qui se proposent de l'accomplir un logement, un lieu de retraite ou de réunion pour aider à l'exécution de ce crime ou de ce délit : celui-là serait un véritable complice, dans les termes mêmes de l'article 60 qui précède. Il s'agit ici d'une sorte de responsabilité générale, qui pèse sur le logeur à raison de crimes ou de délits qui auraient été commis même à son insu. Connaissant la conduite criminelle de ceux qu'il loge habituellement, il est rendu responsable, par notre loi, de cette conduite en général, et considéré comme complice des actes, même ignorés par lui, qui peuvent en dériver. Suivant la science pure, son fait de logement habituel serait, par rapport aux actes ignorés de lui, un crime ou un délit distinct, mais connexe ; suivant notre article, on le traitera comme fait de complicité. — Il suit de ce caractère exceptionnel que l'application de l'article doit être restreinte dans les termes mêmes qu'a employés le législateur. Ainsi : 1° le logement habituel de filous, de gens vivant d'escroquerie, de vols simples ou d'autres crimes ou délits, ne rentrant pas dans la définition donnée par l'article, échapperait à cette application. Il faut qu'il y ait des *malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences* de la nature de celles définies par la loi. Notre législateur avait en l'esprit des associations de *brigands*, dans lesquelles celui qui loge et reçoit habituellement, quoique n'allant pas aux expéditions, est un associé. Mais quels sont les faits qui pourront être qualifiés de *brigandages ?* Le législateur ne l'ayant pas déterminé, l'appréciation en est laissée au juge ou au jury. — Malgré cette idée de bande de brigands, dont la condition n'est pas du reste formulée en l'article, et malgré l'expression de *malfaiteurs*, au pluriel, ce qui est une tournure habituelle dans les formules de la loi, nous pensons, avec la jurisprudence des arrêts, que, n'y eût-il qu'un seul malfaiteur de la qualité ci-dessus indiquée, l'article serait applicable.

2° La connaissance de la conduite criminelle de ces malfaiteurs est une seconde condition indispensable à constater.

3° L'habitude en est une troisième (ci-dess., n^os^ 761 et suiv.).

4° Enfin, bien que l'article ne fasse aucune réserve, nous croyons que la disposition n'en doit être appliquée raisonnablement qu'aux crimes ou aux délits que le logement avait pour but

général de favoriser, qui faisaient l'objet éventuel de l'association criminelle établie entre le logeur et les logés ; de telle sorte que, si les crimes ou délits y étaient étrangers ou même contraires, par exemple si, deux de ces malfaiteurs s'étant pris de querelle, l'un avait blessé l'autre, la responsabilité générale de notre article 61 n'en devait pas être imposée au logeur. Mais la jurisprudence pratique serait seule à même d'avoir égard à de telles distinctions, en déclarant, d'après l'appréciation des faits, le logeur non coupable sur l'incrimination de complicité.

1309. Le second cas est celui de l'article 62, qui se réfère à l'hypothèse des actes postérieurs au crime ou au délit, dont nous avons traité suivant la science pure, ci-dess., n° 1273.

Notre Code pénal a mis une grande différence entre ceux de ces actes qui ont pour but de procurer l'impunité des coupables et ceux qui ont pour but d'assurer et de partager le bénéfice illicite du crime ou du délit. Ceux de la première catégorie, même lorsqu'il les a frappés de peines plus ou moins rigoureuses, n'ont jamais été considérés par lui que comme des crimes ou des délits *sui generis*, distincts du premier, quoique connexes. Ceux de la seconde catégorie, prévus en l'article 62, ont seuls été traités comme cas de complicité.

Ainsi, quant aux faits de la première catégorie : — 1° contre la non-dénonciation, pas de peine en notre Code pénal : les articles 103 et suivants, qui en prononçaient en certains cas, ont été abrogés en 1832 (1). — 2° contre le recel des instruments ayant servi à commettre le crime ou le délit, ou de tous objets quelconques pouvant servir d'indice ou d'élément de preuve, pas de peine ; — 3° contre le recel de la personne du coupable, peine de police correctionnelle seulement, et dans les seuls cas où il s'agit de crimes emportant peine afflictive (2) ; — 4° contre le recel du cadavre d'une personne homicidée, peine de police correctionnelle seulement, mais plus grave que la précédente, parce qu'ici le recéleur, au lieu de la personne du coupable en danger, pouvant exciter sa commisération, avait sous les yeux le corps de la victime, qui aurait dû soulever ses sentiments de réprobation contre le crime, et présenter plus vivement à son esprit le besoin de la justice sociale (3) ; — 5° contre les actes ayant eu pour but

(1) Tout autre est la tendance du projet de Code portugais, qui considère comme adhérents (art. 51, 5°) ceux qui, le pouvant, n'auront pas révélé à l'autorité le crime ou délit dont ils auraient connaissance.

(2) *Code pénal*, art. 248 : « Ceux qui auront recélé ou fait recéler des personnes qu'ils savaient avoir commis des crimes emportant peine afflictive, » seront punis de trois mois d'emprisonnement au moins et de deux ans au plus. » — Sont exceptés de la présente disposition les ascendants ou descendants, » époux ou épouse même divorcés, frères ou sœurs des criminels recélés, ou » leurs alliés au même degré. »

(3) *Code pénal*, art. 359 : « Quiconque aura recélé ou caché le cadavre d'une » personne homicidée ou morte des suites de coups ou blessures, sera puni d'un

ou pour effet de faciliter ou de procurer la fuite du coupable non détenu, pas de peine, à moins qu'ils ne rentrent dans le cas de recel de la personne de ce coupable (C. pén., art. 248), ou de quelque crime ou délit particulier, comme, par exemple, les faux ou suppositions de nom dans les passe-ports (C. pén., art. 153 et suiv.) ; — 6° contre les actes ayant eu pour but ou pour effet de faciliter ou de procurer l'évasion de détenus (soit seulement prévenus ou accusés, soit déjà condamnés), les peines particulières, plus ou moins élevées suivant le cas, qui sont édictées par les articles 237 et suivants du Code pénal ; — 7° enfin contre le crime de faux témoignages en faveur des accusés, prévenus ou inculpés, non moins que contre eux, les peines graduées par les articles 361 et suivants du Code pénal.

1310. Quant aux faits de la seconde catégorie, l'article 62 est ainsi conçu : « Ceux qui, sciemment, ont recélé, en tout ou en » partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide » d'un crime ou d'un délit, seront punis comme complices de ce » crime ou délit. »

Le Code de 1810 a suivi, en cette dernière disposition, la règle constante de l'ancienne jurisprudence et celle du Code pénal de 1791. Seulement, ce dernier Code ne parlait que de vol et d'objets volés (1) ; le Code actuel, par ces mots : des choses *enlevées* (soustractions par violence ou par fraude), *détournées* (abus de confiance, détournement de toute espèce), ou *obtenues* (escroquerie, objets fabriqués en fraude), a embrassé dans ses prévisions tous les divers crimes ou délits dont le recéleur peut chercher à mettre à couvert les bénéfices illicites. — L'esprit du recéleur dont il s'agit ici est un esprit de cupidité mû par le dessein de prendre part au bénéfice illicite : de là vient, entre tous les recels, la plus grande criminalité de celui-ci. Peu importe, du reste, sous quelle forme il se présente, dépôt, achat, échange, commission ou toute autre ; c'est au fait de recel lui-même, tel que nous l'avons défini (ci-dess., nos 751 et 754), qu'il faut s'attacher. Même si, par extraordinaire, il avait eu lieu gratuitement, en des vues désintéressées, nous pensons que, suivant notre texte, il n'y aurait pas à distinguer. Le Code pénal de 1791, en effet, avait spécialement compris cette hypothèse dans ses prévisions, et celui de 1810, par la généralité de ses termes, a suivi les mêmes errements. Ce serait au juge de la culpabilité individuelle à tenir compte de

---

» emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs » à quatre cents francs; sans préjudice des peines plus graves, s'il a participé » au crime. »

(1) *Code pénal de* 1791, partie 2, tit. 3, art. 3 : « Lorsqu'un vol aura été commis avec l'une des circonstances spécifiées au précédent titre, quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice, et puni de la peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime. »

cette différence, au moyen de la latitude entre le *maximum* et le *minimum* ou de l'effet des circonstances atténuantes.

1311. La sévérité des législations et de la jurisprudence pénales à l'encontre des recéleurs dont il est ici question est traditionnelle ; et ce dicton populaire : « Recéleur est pire que voleur » témoigne du sentiment commun à cet égard. Le raisonnement qui, contrairement aux démonstrations de la science pure, a fait assimiler de tels recéleurs à des complices, est celui-ci : Supposez qu'une promesse de recéler eût été faite avant le délit, comme secours promis à l'avance, tout le monde convient qu'il y aurait cas de véritable complicité ; or, le plus souvent, les recéleurs sont recéleurs d'habitude, ils se font le centre où viennent aboutir les malfaiteurs, filous ou escrocs, qui savent qu'ils ont là un moyen toujours à leur disposition de cacher et de réaliser les bénéfices illicites de leurs méfaits : une telle habitude, de pareilles relations n'équivalent-elles pas à une promesse tacite, ne sont-elles pas plus criminelles et plus dangereuses encore par le nombre illimité de personnes auxquelles elles s'adressent, et par l'excitation permanente qu'elles produisent ? — Tout en reconnaissant la justesse et la vérité pratique de ces observations, la science pure en conclut seulement que le recel des objets enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit doit être traité avec sévérité, comme un délit dangereux, postérieur au premier, et distinct, mais connexe ; que le recel d'habitude doit être érigé en délit plus grave encore, et frappé de peines plus rigoureuses, mais il faut que l'habitude soit prouvée. — Notre Code n'ayant fait aucune distinction légale à cet égard, et plaçant sous la même règle tant le recel accidentel que le recel d'habitude, c'est au juge à tenir compte de cette nuance si importante, suivant la latitude de ses pouvoirs dans l'application des peines (1).

1312. Le Code pénal de 1810, en assimilant le recéleur dont nous parlons ici à un complice, d'où la conséquence qu'il doit être puni comme l'auteur même du crime ou du délit, n'avait mis aucune restriction à cette conséquence ; mais le législateur de 1832, dans la loi de révision, a reculé devant la peine de mort, qui devra être remplacée, à l'égard du recéleur, par celle des travaux forcés à perpétuité (2).

1313. Quant à l'influence des circonstances aggravantes du

---

(1) Le projet de Code pénal italien (art. 76, 3°) est entré dans une voie plus rationnelle, en ne punissant comme complices que « ceux qui se concertent, » avant l'accomplissement du méfait, avec les auteurs ou les complices, relativement à l'assistance ou au concours à prêter après sa perpétration, pour en » conserver le fruit, ou pour éluder les investigations de l'autorité. » — Le recel non prémédité est puni d'un emprisonnement de cinq ans au plus (art. 458).

(2) *Code pénal actuel*, art. 63 : « Néanmoins, la peine de mort, lorsqu'elle

crime ou du délit, dont le recéleur, survenu après coup, peut très-facilement avoir ignoré l'existence, le Code pénal de 1810 y avait mis une réserve partielle, qui a été maintenue par la loi de révision de 1832. Dans tous les cas, que le recéleur ait eu ou non connaissance, au moment du recélé, de ces circonstances, il en subira les effets; mais il les subira en totalité si ces circonstances ne doivent entraîner contre lui que des peines temporaires (travaux forcés à temps, réclusion ou autres); il ne les subira, au contraire, qu'avec une certaine atténuation s'il s'agit de peines perpétuelles (travaux forcés à perpétuité ou déportation). Ces dernières peines, en effet, seront remplacées à son égard, en cas de circonstances de lui ignorées, par la peine des travaux forcés à temps (1). Toujours est-il que, même dans ce dernier cas, il subit l'influence aggravante de circonstances à lui inconnues. Qu'il ait recélé, par exemple, des objets, les croyant soustraits par vol simple, tandis qu'ils l'avaient été par vol sur un chemin public, de nuit et avec armes, ou au moyen d'un meurtre, ce ne sera point la peine du vol simple, mais bien celle des travaux forcés à temps qui devra être prononcée contre lui (ci-dess., n° 1305).

1314. A l'égard de l'influence des faits de nature à atténuer la criminalité, il est une disposition particulière de notre Code pénal qui doit être signalée ici. Dans les cas de soustractions commises entre conjoints, entre ascendants et descendants, ou alliés au même degré, lesquelles, aux termes de l'article 380 de ce Code, ne peuvent donner lieu à poursuite pénale, ceux qui n'auront été que complices de pareilles soustractions profiteront de l'excuse absolutoire qui couvre les auteurs, à moins qu'ils n'aient recélé ou appliqué à leur profit, en totalité ou en partie, les objets soustraits, auquel cas ils seront punis comme coupables de vol (2). La même pénalité leur serait applicable, si, au lieu d'avoir été simplement complices, ils avaient été coauteurs.

» sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recé-» leurs, par celle des travaux forcés à perpétuité.

» Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs » qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des travaux » forcés à perpétuité et de la déportation; sinon ils ne subiront que la peine des » travaux forcés à temps. »

(1) Les travaux forcés à temps, pour correspondre même à la déportation, ont été maintenus dans le remaniement de cet article en 1832, probablement parce qu'il s'agit de recel, réellement délit distinct, presque toujours non politique, surtout ici où le recéleur ignore les circonstances qui ont fait de l'enlèvement des objets par lui recélés un crime frappé de déportation.

(2) *Code pénal*, art. 380 : « Les soustractions commises par des maris au » préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, etc., » ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. — A l'égard de tous » autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie » des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. »

1315. Telles sont les règles touchant la complicité, dans notre droit positif, en fait de crimes ou de délits de police correctionnelle. — Quant aux contraventions de simple police, la complicité, à moins de disposition spéciale contraire, n'y est frappée d'aucune peine. Nous avons l'exemple de semblables dispositions spéciales exceptionnelles dans les articles 479, n° 8, et 480, n° 5 du Code pénal, en vertu desquels, au cas de bruits ou tapages injurieux ou nocturnes, troublant la tranquillité des habitants, les complices (ceux, par exemple, qui auraient sciemment prêté les ustensiles ou instruments destinés à donner un charivari) sont soumis à la même peine que les auteurs.

1316. Indépendamment des règles qui précèdent sur la complicité, il faut remarquer que la pluralité d'agents se présente quelquefois avec un caractère particulier dans la constitution des crimes ou des délits. — Ainsi, il peut arriver qu'elle fasse partie des éléments constitutifs eux-mêmes, de telle sorte que le crime ou le délit n'existe pas sans cette pluralité d'agents : tels sont, par exemple, les délits d'attroupement, d'association de malfaiteurs, d'association non autorisée de plus de vingt personnes, de coalition de maîtres ou d'ouvriers ou de détenteurs d'une marchandise pour agir illicitement sur le prix des salaires ou des denrées, de pillage ou dégâts de denrées en réunion ou bande, et autres semblables (1). — Il peut arriver, en d'autres cas, qu'elle y forme circonstance aggravante : comme dans la rébellion, suivant qu'elle a été commise par une ou deux personnes armées, par trois ou plus jusqu'à vingt, ou bien par plus de vingt ; dans la mendicité en réunion ; dans les vols commis par deux ou plusieurs personnes (2).

Il faut examiner dans ces divers cas : 1° si la condition constitutive ou la circonstance aggravante sont attachées à une pluralité d'agents en général, ou à un nombre déterminé d'agents ; 2° si dans ces agents doivent être comptés tous ceux qui ont participé d'une manière quelconque au crime ou au délit, en une quelconque de ses phases ; ou seulement ceux qui ont participé de leur propre personne par une coopération physique dans l'exécution même. La solution ne sera pas toujours la même. Ainsi, par exemple, dans cette circonstance aggravante que le vol ait été commis par deux ou plusieurs personnes, il est clair qu'il s'agit d'agents ayant coopéré physiquement à l'exécution même du vol, soit comme coauteurs, soit comme auxiliaires ; mais ceux qui auraient provoqué, donné des instructions, fourni des instruments ou moyens, sans autre assistance, n'y devraient pas être compris.

---

(1) *Code pénal*, art. 109 et 110, — 123, — 265 et suiv., — 291 et suiv., — 414 et suiv., — 419, — 440 et suiv.

(2) *Code pénal*, art. 210, 211 et 212, — 276, — 381 et suiv., — 585, — 386-1° et 388.

Au contraire, dans les cas des articles 123, 265, 419 du Code pénal, il en serait autrement. Tout dépend, en cela, de la nature du délit et des dispositions textuelles de la loi.

CHAPITRE V

DE LA PLURALITÉ DE PATIENTS DU DÉLIT.

1317. Le nombre de personnes qui se trouvent directement atteintes par le délit doit entrer indubitablement comme un élément d'aggravation dans la mesure de ce délit; car, d'une part, il y a plus de culpabilité chez l'agent pour avoir embrassé un plus grand nombre de victimes dans son intention et dans ses actes, et d'autre part, il y a un plus grand préjudice dans l'événement. — Mais la question délicate en droit pénal est de savoir précisément s'il peut y avoir unité de délit lorsqu'il y a pluralité de victimes; ou, en d'autres termes, si, du moment que l'agent a atteint plusieurs personnes par ses actes, il n'y a pas à sa charge autant de délits que de personnes atteintes.

1318. Aucun doute sérieux n'existe lorsque c'est par un seul et même acte que le résultat s'est produit : comme si par l'empoisonnement d'un même breuvage ou d'un même aliment plusieurs personnes ont péri, par un seul et même coup de fusil deux ou plusieurs personnes ont été atteintes et tuées, par la soustraction frauduleuse d'une malle qui contient des effets divers appartenant à des propriétaires différents plusieurs personnes sont volées. Dans ces divers cas, malgré la pluralité de victimes, il n'y a qu'un seul crime ou délit d'empoisonnement, d'homicide, de vol, parce qu'il n'y a de la part de l'agent qu'un seul fait. Il est vrai que, si vous considérez la personne des sujets passifs du délit, vous trouverez divers droits violés; il est vrai encore qu'il pourra se présenter dans les faits cette singularité que l'une de ces personnes, par exemple, aura été tuée et l'autre seulement blessée, qu'à l'égard de l'une il y aura eu chez l'agent intention criminelle, et à l'égard de l'autre non-intention; mais, si vous considérez la personne de cet agent, en laquelle réside le principe fondamental de la culpabilité, vous ne trouverez qu'un acte et par conséquent qu'un délit; le fait principal, le fait le plus grave qui prédomine déterminera le caractère de l'incrimination; les autres événements ne s'y joindront qu'à titre d'accessoires, comme causes aggravantes de cette incrimination (ci-dess., n° 1149).

1319. La difficulté est plus grande lorsque c'est par une succession d'actes, liés entre eux par l'unité de dessein, d'impulsion ou d'occasion, que le résultat a eu lieu : par exemple, si dans une même rixe et dans la même chaleur de main l'agent a frappé, blessé ou tué par des coups successifs deux personnes; si en dé-

valisant une maison il a enlevé, dans la même expédition, aux divers étages, des objets qu'il savait appartenir à différents propriétaires. S'il n'y avait qu'une victime, il faudrait décider en un grand nombre de ces cas que le délit est un, quoique composé d'actes multiples (ci-dess., n° 758 et 1150). Mais du moment qu'il y en a plusieurs, le délinquant, que nous supposons avoir agi en connaissance de ce fait, a bien su que, l'un de ces actes violant le droit d'une personne, l'acte suivant violait le droit d'une autre : ce qui est une raison, à notre sens, pour voir là plusieurs délits, quoique connexes. Il faudrait que le lien entre ces divers actes fût bien étroit et les hypothèses bien particulières pour en décider autrement. Il est vrai que cette solution n'a guère d'intérêt pratique chez nous, en présence de notre règle touchant le cumul des délits à punir (ci-dess., n°s 1164 et suiv.) ; elle pourrait cependant en avoir une fort grande dans le cas de l'article 304 du Code pénal (ci-dess., n° 1178).

Mais, en ce qui touche l'action civile, la pluralité de patients emporte nécessairement autant de droits distincts à l'indemnité qu'il y a de parties lésées par le délit. Toutefois, bien que le délit ait plusieurs patients, s'il est collectif, comme celui d'usure, chaque fait isolé ne comportant point par lui-même un délit, il n'est point permis à celui qui s'en plaint de se porter partie civile devant le tribunal correctionnel, le délit ne pouvant exister qu'au point de vue de la partie publique, qui a seule qualité pour signaler l'habitude à la justice répressive.

RÉSUMÉ DU LIVRE PREMIER

(PART. II, TIT. IV.)

PLURALITÉ DE DÉLITS.

PLURALITÉ D'AGENTS OU DE PATIENTS DU DÉLIT.

Après l'hypothèse simple d'un seul délit, d'un seul agent et d'un seul patient du délit, les données du problème pénal peuvent se compliquer et présenter pluralité, soit de délits, soit d'agents, soit de patients des délits. Ces complications sont de différentes sortes et se désignent sous des noms différents.

CUMUL DE DÉLITS OU RÉITÉRATION.

Cette situation est celle dans laquelle l'agent s'est rendu coupable de plusieurs délits, n'ayant encore été condamné pour aucun : d'où la conséquence que ces délits sont tous encore à punir. Elle est désignée fréquemment sous la dénomination de *concours* de délits; nous préférons, comme plus exacte, celle de *cumul*, et nous dirions volontiers pour plus de précision : *cumul de délits à punir*. L'expression de *réitération*, aussi employée, convient particulièrement au cas où c'est le même délit qui a été commis plusieurs fois.

Qu'il s'agisse de mêmes délits ou de délits différents, le problème pénal est de savoir quelle peine on fera subir au coupable pour lui faire expier tous les délits cumulés. — Là-dessus, deux systèmes radicaux se sont produits. L'un exprimé par cette formule : « Le cumul des délits emporte cumul des peines; » et l'autre par celle-ci : « La plus forte peine absorbe toutes les autres. » Le premier pèche par excès de peine, le second par insuffisance. Ce dernier ne s'est produit que parce qu'il y a des cas, en effet, où l'absorption est forcée : ainsi la peine de mort absorbe forcément toutes les autres peines corporelles. Mais, à part ces cas, dans lesquels il est impossible qu'il en soit autrement, on n'est pas fondé à transformer en règle générale ce qui n'est qu'une nécessité exceptionnelle à subir. — La solution rationnelle serait de procéder non par addition des peines, mais par aggravation, au moyen de la combinaison d'une peine qui serait comme la résultante générale de tous les délits cumulés.

Notre législateur de 1808, suivant en cela la trace de ceux de 1791 et de brumaire an IV, a adopté la règle de l'absorption, formulée seulement dans le Code d'instruction criminelle, en ces termes, articles 365 : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus « forte sera seule prononcée. »

Bien que cet article ne soit placé que sous le titre *Des affaires soumises au jury*, la règle doit être appliquée tant devant les tribunaux de police correctionnelle que devant les cours d'assises. — Bien qu'elle ne soit rédigée que pour le cas de poursuites simultanées, elle doit être étendue au cas de poursuites séparées; mais cette dernière hypothèse présente

des difficultés pratiques auxquelles il faut donner grande attention, suivant que les poursuites ont commencé par le crime ou par le délit le plus grave, ou par le moins grave; et suivant que le *maximum* de la peine la plus forte a été ou n'a pas encore été épuisé.

L'article ne parlant pas des contraventions de simple police, et les raisons à l'égard de ces sortes de contraventions n'étant plus les mêmes, la règle de l'absorption ne s'y applique pas : les peines seront additionnées. — La règle ne s'applique pas non plus aux crimes ou délits prévus par des lois spéciales lorsque ces lois y font exception expresse, ou même lorsque cette exception, sans être textuellement formulée, résulte, par voie de conséquence, soit de dispositions dans lesquelles elle se trouve implicitement contenue, soit du caractère et de l'esprit particulier de la loi spéciale. Les exemples de pareils cas sont nombreux dans nos lois spéciales. — Depuis 1835 notre législateur, en plusieurs de ces lois à part, est entré dans une nouvelle voie : il s'est mis à distinguer, entre les crimes ou délits cumulés, ceux qui ont été commis avant le premier acte de poursuite et ceux qui ont été commis après, maintenant la règle de l'absorption quant aux premiers, et ordonnant ou permettant le cumul des peines quant aux seconds.

Il est un cas particulier dans lequel le cumul des crimes donne lieu, chez nous, à une aggravation considérable de peine, c'est celui de l'article 304 de notre Code pénal, d'après lequel : » Le meurtre empor-» tera la peine de mort lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un » autre crime. »

RÉCIDIVE.

La récidive est le fait de celui qui, après une première condamnation prononcée contre lui pour infraction à la loi pénale, commet une nouvelle infraction. — Le mot de *récidive* est plus énergique que celui de *réitération;* on peut en effet réitérer de bonnes comme de mauvaises actions, tandis que dans le mot récidive (de *recidere*, en notre vieux langage *ren-cheoir*), il y a forcément l'idée d'une première et d'une seconde chute.

La situation diffère de la précédente en ce que le seul délit qui soit ici à punir c'est le dernier, celui qui ne l'a pas encore été; quant aux délits antérieurs, ils ont été frappés de condamnation, la peine en a été subie ou est à subir, il n'y a plus à revenir là-dessus.

La récidive mérite une aggravation de peine : — au point de vue de la justice, parce qu'elle dénote chez le délinquant une persistance à enfreindre la loi pénale, qui augmente incontestablement sa culpabilité; — au point de vue de l'utilité sociale, parce qu'elle dénote un danger plus grand d'infraction à la loi pénale de la part du récidiviste, et l'impuissance de la pénalité ordinaire contre ce récidiviste. — Sous ce dernier rapport, la science pénale arrive à démontrer qu'à l'égard des crimes ou des délits qui passent facilement à l'état chronique et contagieux, qui tournent en une sorte de métier ou de profession, et fournissent la classe des récidivistes les plus dangereux, ce n'est pas seulement une aggravation, c'est une transformation de la peine, qui est nécessaire pour garantir la société.

Les récidives se distinguent en récidives *spéciales*, ou récidives du même délit ou du même genre de délit; et récidives *générales*, ou récidives de délits divers. Ces dernières emportent aussi l'aggravation ou la

transformation de pénalité, à moins qu'il ne s'agisse de délits tellement distincts de nature que les idées de rapport cessent entre eux, et qu'il n'y ait rien d'absolu ni de constant à conclure du premier délit à l'origine du second.

Les cas de récidive prévus par notre Code pénal sous la rubrique *Des peines de la récidive pour crimes et délits* (art. 56 et suiv.) sont ceux de récidive générale. — Ce qui concerne la récidive en fait de contraventions de simple police est régi à part et d'une autre manière.

Les crimes et les délits étant à combiner entre eux, et deux termes combinés deux à deux, l'un avec l'autre, et en outre chacun avec soi-même, ne pouvant donner que quatre combinaisons, on arrive aux quatre cas suivants de récidives : — 1° récidive de crime à crime ; 2° de crime à délit ; 3° de délit à crime ; 4° de délit à délit. — La première fait l'objet de l'article 56 ; notre Code pénal édicte les aggravations de peine qui y sont applicables. La seconde fait l'objet de l'article 57 ; notre Code pénal détermine aussi l'aggravation de peine à y appliquer. La troisième n'est l'objet d'aucune prévision de notre Code : en conséquence, aucune aggravation légale n'y a lieu. La quatrième fait l'objet de l'article 58 ; elle n'emporte aggravation que lorsque la première condamnation a été de plus d'une année d'emprisonnement ; d'où l'usage, dans notre pratique, de prononcer quelquefois des condamnations à *un an et un jour* d'emprisonnement.

Il est possible que, soit par le résultat d'une excuse, soit par celui d'une déclaration de circonstances atténuantes, un fait qualifié crime par la loi et poursuivi comme tel n'ait été puni que de peines de police correctionnelle : il faudra dès lors le compter dans la récidive comme délit. Cette solution, conforme tant à la science pure qu'aux précédents historiques de notre législation, a été consacrée par la loi du 13 mai 1863. Mais, quand c'est le fait nouveau qui *doit n'être puni que de peines correctionnelles* (art. 57 et 58), il y a lieu de distinguer, comme nous le verrons, entre les excuses et les circonstances atténuantes.

Notre Code pénal, quant aux récidives de crimes ou délits, n'a tenu compte de la nature différente des faits qu'en ce qui concerne les délits militaires ou maritimes opposés aux délits du droit commun, lesquels n'entraîneront pas d'aggravation pour récidive de l'un à l'autre. Il n'a tenu aucun compte du temps écoulé entre la première condamnation et le nouveau fait punissable, ni de la différence des lieux.

A l'égard des contraventions de simple police, le système du Code est différent : 1° Les récidives qui y sont prévues sont des récidives spéciales ; non pas exclusivement entre contraventions identiques, mais entre contraventions du même ordre de gravité. — 2° Il est tenu compte, en ces sortes de récidives, du temps et du lieu, l'aggravation de peine n'étant encourue que lorsqu'il a été rendu contre le contrevenant, dans les douze mois précédents, un premier jugement pour contravention de simple police commise dans le ressort du même tribunal (Code pénal, art. 483).

Indépendamment des dispositions du Code pénal contre les récidives générales de crimes ou de délits, et contre celles de contraventions de simple police, il existe un grand nombre de lois particulières dans lesquelles le législateur a prévu et puni d'une augmentation de peine certaines récidives spéciales. — En un grand nombre de ces lois le législateur a eu égard au temps, et n'a puni la récidive spéciale que lorsqu'elle a eu lieu dans le courant d'un certain délai à partir de la

condamnation : quelquefois dans l'année, terme le plus usuel, ou dans les deux ans, ou dans les cinq ans.

Pour que les dispositions pénales sur la récidive puissent être appliquées, il est de toute nécessité que les tribunaux aient un moyen d'être éclairés sur les antécédents judiciaires des prévenus ou accusés traduits devant eux. Quelques prescriptions du Code d'instruction criminelle (art. 600 et suiv.) avaient eu pour but de pourvoir à cette nécessité ; mais ces dispositions insuffisantes ont été complétées par ce qu'on appelle la *localisation des renseignements judiciaires,* c'est-à-dire par l'institution de casiers judiciaires, à bulletins individuels mobiles, qui doivent être tenus au greffe de chaque tribunal d'arrondissement pour toutes les personnes nées dans l'arrondissement.

On retire de nos statistiques criminelles en fait de récidives un grave enseignement; l'accroissement constant du nombre des récidives est le plus puissant argument à l'appui de la réforme de nos prisons. (Rapports de MM. d'Haussonville et Bérenger.)

CONNEXITÉ.

Les mots de *connexité* et *complicité* sont tirés tous les deux d'une même image : *cum-nexus* (connexe), *cum-plexus* (complice), signifient l'un et l'autre *lié avec.* Mais dans celui de complicité il y a, en outre, une idée de plus : *plectere,* qui signifie lier, signifie aussi frapper, punir; *cum-plexus* (complice), c'est à la fois *lié avec* et *puni avec ;* d'où cette conséquence, que ce mot a été réservé pour les personnes, tandis que celui de connexité a été appliqué aux délits.

La connexité est donc l'existence d'un lien logique qui unit entre eux plusieurs délits, soit que ces délits aient été commis par une seule personne, soit qu'ils aient été commis par plusieurs.

Le lien formant connexité peut provenir de diverses causes et être plus ou moins étroit, les cas en sont très-nombreux et très-variés; notre Code d'instruction criminelle en a indiqué les plus saillants dans son article 227; mais cet article est seulement indicatif et non limitatif. C'est à la juridiction, plusieurs délits étant donnés, à apprécier, par l'esprit logique, s'il y a entre eux connexité et à quel degré.

Les effets de la connexité quant à la procédure sont la jonction, non pas obligatoire, mais facultative, des procédures; et une prorogation de juridiction, si cette prorogation est nécessaire pour que la jonction puisse avoir lieu.

Quant à la pénalité, il faut remarquer : — D'une part, que la connexité, lorsqu'il s'agit de délits commis par un même délinquant, coïncide avec le cumul de délits à punir, ou réitération; — Et d'autre part, qu'elle peut produire, en certains cas, une aggravation respective de criminalité dans les divers délits liés l'un à l'autre. L'article 304 de notre Code pénal, d'après lequel le meurtre emportera peine de mort « lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter « un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs « ou complices de ce délit, » nous offre un exemple d'une semblable aggravation.

COMPLICITÉ.

La *complicité* est l'existence du lien qui unit plusieurs agents dans un même délit; les *complices* (en prenant ce mot *lato sensu*) sont tous ceux qui se trouvent ainsi liés dans un même délit, et qui doivent être liés

dans le châtiment. Le caractère distinctif de la complicité, c'est l'unité du délit et la pluralité d'agents ayant participé à ce délit.

On peut comparer ici le délit à un drame auquel concourent plusieurs acteurs, et qui se divise en trois actes : premier acte, résolution arrêtée du délit; deuxième acte, préparation; troisième acte, exécution jusqu'au délit consommé. Le rôle de ces acteurs y a plus ou moins d'importance; les uns peuvent avoir figuré dans tous ces actes et les autres dans un ou dans quelques-uns seulement : leur part de responsabilité doit varier suivant l'importance de leur rôle.

Sous ce rapport, il faut distinguer : les auteurs intellectuels, les auteurs matériels du délit, et les auxiliaires, entre lesquels des nuances nombreuses, que le législateur ne peut prévoir toutes, peuvent exister. La règle pénale théorique sera celle-ci : contre les auteurs, soit intellectuels, soit matériels, la peine du délit; contre les auxiliaires, la peine du délit avec un abaissement, à l'égard duquel le juge doit avoir une latitude suffisante pour tenir compte des nuances diverses qui peuvent exister entre eux.

Dans l'usage, lorsque le mot de *complices* est pris *stricto sensu*, par opposition à celui *d'auteurs*, il désigne seulement les auxiliaires.

De même que les drames de la scène théâtrale, le délit peut avoir son épilogue; de nouveaux acteurs peuvent surgir, comme agents de quelques faits postérieurs, dont le mobile pourra être de deux sortes : — soit le dessein de soustraire le coupable à la peine dont il est menacé (non-dénonciation, recel, soit de la personne du coupable, soit des instruments ou indices quelconques du crime, évasion, faux témoignage en faveur du coupable), — soit celui d'assurer et de partager le bénéfice illicite du délit (recel des objets enlevés, détournés ou obtenus à l'aide du délit). Ce dernier recel, ayant sa source dans un sentiment vil de cupidité, est le plus grave de tous.

Les agents survenus ainsi après coup, si on les suppose d'ailleurs entièrement étrangers au délit, ne sauraient être qualifiés logiquement de complices; il y a dans ces faits postérieurs, non pas complicité, mais connexité.

Une condition essentielle pour l'existence de la complicité ou pour la criminalité des faits postérieurs connexes au délit, c'est que les actes en aient été faits sciemment, c'est-à-dire avec connaissance du but criminel auquel ils ont servi ou du délit auquel ils se rattachent; et il en faut dire autant quant à la connaissance des circonstances aggravantes.

La question fort délicate, de savoir comment et jusqu'à quel point les causes d'aggravation ou d'atténuation existant par rapport à l'un des agents peuvent influer sur les autres, doit être résolue en distinguant les causes qui affectent la criminalité du délit lui-même, de celles qui, laissant le délit tel quel, ne modifient que la culpabilité personnelle du délinquant. L'effet de celles-ci ne peut pas s'étendre, et l'effet de celles-là doit être étendu, au contraire, de l'un à l'autre. — Cette dernière proposition est vraie, soit que les causes d'aggravation ou d'atténuation dérivent de circonstances matérielles, soit qu'elles dérivent de circonstances personnelles, du moment que la criminalité du fait lui-même s'en trouve affectée. Il y a néanmoins des nuances de plus ou de moins à observer lorsqu'il s'agit de qualités personnelles, suivant le rôle de chacun et suivant qu'il s'agit d'un agent qui a en lui-même cette qualité, ou qui s'y trouve seulement associé.

Les effets de la complicité, quant à la procédure, sont l'indivisibilité, et par suite, si elle est nécessaire, la prorogation de compétence. Cette indivisibilité ne devra céder que devant des impossibilités de fait.

Dans notre droit positif, les participants à un même crime ou à un même délit se trouvent distingués en deux classes : les *auteurs* et les *complices*. Par auteurs, notre loi n'a entendu que les auteurs *matériels*, les auteurs *intellectuels* étant rejetés dans la classe des complices. — L'article 60 donne la détermination des cas de complicité : cette détermination est limitative, il n'y a d'additions à faire que celles qui résulteraient d'une disposition spéciale de loi.

La règle de pénalité formulée par l'article 59 du Code pénal est que les complices « seront punis de la même peine que les auteurs mêmes du » crime ou du délit; » ce qui doit être entendu en ce sens : « de la même peine que celle prononcée par la loi contre le crime ou le délit commis par l'auteur. » La latitude entre le *maximum* et le *minimum*, quand il en existe, et les effets des déclarations de circonstances atténuantes sont les correctifs fournis par notre législation à l'égalité de peine que semble annoncer l'article 59.

Les circonstances aggravantes ou les excuses qui, sans affecter la criminalité du fait lui-même, modifient seulement la culpabilité personnelle de chaque délinquant, telles, par exemple, que la récidive et la minorité de seize ans, ne doivent pas étendre leur effet de l'un à l'autre. — Mais celles qui affectent la criminalité du fait, qu'elles dérivent de circonstances matérielles, ou de qualités personnelles, étendent leur effet, d'après notre loi, de l'auteur au complice, mais non réciproquement. L'esprit de notre Code est même d'étendre cet effet au complice, soit qu'il ait connu, soit même qu'il ait ignoré ces circonstances.

Indépendamment de la véritable complicité, notre Code pénal contient deux cas particuliers, qu'il y assimile : — Celui de l'article 61, contre « ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant » des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix » publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituel- » lement logement, lieu de retraite ou de réunion, » — et celui des articles 62 et suivants, contre « ceux qui, sciemment, auront recélé, en » tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide » d'un crime ou d'un délit. »

Cette dernière sorte de recel est la seule qui ait été punie par notre Code comme cas de complicité; les autres, ou sont punies seulement, comme délits distincts, de peines inférieures, ou même restent totalement impunies. — Notre législateur, dans la loi de révision de 1832, a reculé cependant, en cette assimilation, devant la peine de mort, qu'il a remplacée à l'égard du recéleur par celle des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 63). — Quant à l'influence des circonstances aggravantes, le recéleur, qu'il ait eu ou non connaissance, au moment du recélé, de ces circonstances, en subira les effets; mais il les subira en totalité si ces circonstances ne doivent entraîner contre lui que des peines temporaires (travaux forcés à temps, réclusion ou autres); il ne les subira, au contraire, qu'avec une certaine atténuation s'il s'agit de peines perpétuelles (travaux forcés à perpétuité ou déportation), et qu'il ait ignoré l'existence de ces circonstances.

En matière de contraventions de simple police, la complicité, en règle générale, n'est pas punie; elle ne l'est que par exception, en vertu de

dispositions spéciales, dont nous avons un exemple dans les articles 479, n° 8, et 480, n° 5, du Code pénal.

La pluralité d'agents se présente quelquefois : — soit comme faisant partie des éléments constitutifs du délit eux-mêmes : tel est le cas de tous les crimes ou délits qui ne peuvent exister que par le fait de plusieurs, ceux, par exemple, d'attroupement, d'association de malfaiteurs, de coalition et autres semblables; — soit comme circonstance aggravante : par exemple, dans la rébellion, dans la mendicité, dans les vols. — Il faut distinguer, en ces sortes d'hypothèses, si, d'après la nature du délit ou les dispositions de la loi, il s'agit d'agents ayant donné une coopération physique dans l'exécution même, ou bien de tous autres participants.

PLURALITÉ DE PATIENTS DU DÉLIT.

La question principale à ce sujet est de savoir si, du moment que l'agent a atteint plusieurs personnes par ses actes, il y a, par cela seul, à sa charge autant de délits que de personnes atteintes; ou s'il peut se faire qu'il n'y ait toujours qu'un seul délit. Cette question doit être résolue par des distinctions.

FIN DU TOME PREMIER.



TABLE

DES ARTICLES DU CODE PÉNAL ET DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

CODE PÉNAL

	Nos
Art. 1er.	667-694
2.	1014-1028
3.	1029-1032
4.	583-590
5.	652
56.	1204-1224
57.	1223 *bis*
58.	1223 *bis*
59.	1298, 1302-1307
60.	1298, 1301
61.	1307
62.	1309-1311
63.	1313-1315
64.	334-352, 368-376
65.	1092-1102
66.	274-295
67.	296-299
68.	300
69.	296
70, 71, 72.	293
73, 74.	253, 294
86, 87.	1040-1042
88.	1043
89, 90.	755, 807, 1044
100. 108	1102

	Nos
Art. 101.	820-824
114.	486
119.	404
132, 133	757
135.	973, 1102
179.	1026
181, 182	979
184.	843
190.	486
191.	979
198.	1076
199, 200	404, 1232
223, 224, 228	807, 864
231, 232	844, 979
237-246	750, 753, 1309
247.	1102
248.	1309
261, 262	863
265.	352
271.	1103
272.	915
275.	762, 763
277.	819
284, 285, 288	1102
291.	1315
295, 296.	1062, 1067
297, 298.	808-811, 1062-1064
299.	1064, 1067
300.	1057, 1065, 1067
301.	1028, 1047, 1068
304.	1178, 1253
305-308.	807, 1021
309-310.	408, 811, 844, 979
311.	979
313, 316.	409, 844, 979
317.	407, 844, 979, 1026
319.	397-399
320.	979
321.	453-458
322.	445, 869
323.	1105-1108
324.	459-462, 1109

Nos

ART. 325. 463
327. 478-486
328. 435-443
329. . . . . 444, 445
330. 372
331, 332. 1071
333-335. 558
334. 761-763
338. 780
339. 1055
341-343. . . . . 747, 844, 1102
346. 845
349-351. 408-979
350, 353. 558
354-356. 751-756
357. 1102
359. 1309
361-364. 1309
365. 1026
371. 875
379. 401
380. . . . . 558, 1102, 1314
381. . . . . 824, 849, 868, 869
385, 386. . . . . 863, 869, 979
388. 854
390-392. . . . . 868, 872
393-398. 826-843
405. 1031
414, 415. 1031
423, 424. 402
430, 431. 973
434. . . . . 870-874, 1048-1050, 1072
435, 437. 979
441. 1102
445-447. 973
452-454. 854
460, 461. 979
463. 1111-1128
471. 632
471, 11°. 464, 465
471, 15°. 638
475, 8°, 479, 1°. 404

Nos

ART. 479, 8°. 1315
476, 9°. 404
483. 1227-1229

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Nos

ART. 5, 7. . . . . 918 *bis*
16, 32. 780
41. . . . . 776-778, 780
49, 106. . . . . 780, 781
113 (anc. art. 115). 1231
137. . . . . 678, 683
341. 1117
342. 1124
365. 1159-1176
507. 781
553. . . . . 1230, 1231, 1235

TABLE

DU TOME PREMIER

INTRODUCTION

Pages

TITRE I. Idées sommaires d'introduction philosophique. 1

Chapitre I. Notion et nature du droit pénal. 1

Chapitre II. Méthode suivie dans cet ouvrage. 10

Chapitre III. Sciences auxiliaires pour le droit pénal. 13

TITRE II. Idées sommaires d'introduction historique. 17

Chapitre I. Considérations générales sur l'histoire du droit pénal. . . 17

Chapitre II. Sources du droit pénal français. 26

§ 1. Droit romain. 27

§ 2. Droit canonique. 27

Influence du droit canonique sur la pénalité, sur les juridictions et sur la procédure pénales. 29

§ 3. Droit barbare. 32

§ 4. Droit féodal. 35

Influence du droit féodal sur la pénalité, sur les juridictions et sur la procédure pénales. 43

§ 5. Droit coutumier. 46

§ 6. Ordonnances royales. 50

Influence des ordonnances royales sur la pénalité. 55

Sur les juridictions. 56

Sur la procédure pénale. 57

§ 7. Lois et Codes depuis la révolution de 1789. 69

LIVRE PREMIER

DROIT PÉNAL PROPREMENT DIT, OU PÉNALITÉ

Chapitre préliminaire. Division. 78

PREMIERE PARTIE. Théorie fondamentale du droit pénal. 79

Chapitre préliminaire. Division. 79

Pages

CHAPITRE I. Origine historique de la pénalité. 80

CHAPITRE II. Fondement légitime du droit de punir. 81

CHAPITRE III. But du droit pénal et des peines. 87

CHAPITRE IV. Conséquences pratiques à tirer de la théorie fondamentale. 90

CHAPITRE V. Théories suivies par les législations positives. 94

DEUXIÈME PARTIE. PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT PÉNAL. 98

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. Division. 98

TITRE PREMIER. DE L'AGENT OU SUJET ACTIF DU DÉLIT. 99

CHAPITRE I. De l'imputabilité et de la culpabilité. — Culpabilité absolue ou individuelle. 99

CHAPITRE II. De l'agent du délit considéré dans son moral. 104

§ 1. Des facultés de l'âme quant à leur influence sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité. 104

§ 2. Influence de l'âge sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité. 111

1° Suivant la science rationnelle. 111

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 115

§ 3. Altérations des facultés de l'âme, quant à leur influence sur les conditions de l'imputabilité et de la culpabilité. 128

1° Suivant la science rationnelle. 128

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 139

§ 4. Oppression de la liberté de l'agent, quant à l'influence de cette oppression sur l'imputabilité et sur la culpabilité. 145

1° Suivant la science rationnelle. 145

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 151

§ 5. De l'intention. 153

1° Suivant la science rationnelle. 153

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 163

CHAPITRE III. De l'agent du délit considéré dans son corps. 171

CHAPITRE IV. De l'agent du délit considéré dans ses droits. 172

§ 1. Du droit de légitime défense. 172

1° Suivant la science rationnelle. 172

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 178

§ 2. De la provocation. 184

1° Suivant la science rationnelle. 184

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 186

§ 3. De l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime. 190

1° Suivant la science rationnelle. 190

2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 194

CHAPITRE V. Observations générales. 197

Pages

CHAPITRE VI. Qui peut être agent pénalement responsable d'un délit. . 198
§ 1. Conséquences dérivant des conditions mêmes de l'imputabilité. 198
§ 2. Exceptions provenant du droit public intérieur. 202
§ 3. Exceptions provenant du droit public international. 205

TITRE II. DU PATIENT OU SUJET PASSIF DU DÉLIT. 219
CHAPITRE I. Du patient du délit considéré dans son corps, dans son moral et dans ses droits. 219
CHAPITRE II. Qui peut être sujet passif d'un délit. 221
CHAPITRE III. Relations entre l'agent et le patient du délit. 224
RÉSUMÉ DU LIVRE I (parties I et II, titres I et II). 226

TITRE III. DU DÉLIT 242
CHAPITRE I. Dénomination et définition du délit 242
§ 1. Dénomination. 242
§ 2. Définition. 244
§ 3. Limites entre le droit civil et le droit pénal. 251
CHAPITRE II. Classification des délits. 253
§ 1. Délits d'action ou d'inaction. 254
§ 2. Délits intentionnels et délits non intentionnels, autrement dits contraventions. — Contraventions en général et contraventions de police. — Contraventions de police générale et contraventions de police locale ou municipale. 259
1° Suivant la science rationnelle. 259
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 263
§ 3. Délits communs ou ordinaires et délits spéciaux. 275
§ 4. Crimes, délits correctionnels et contraventions de simple police. 279
1° Suivant la science rationnelle. 279
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 283
§ 5. Délits politiques ou non politiques. 298
1° Suivant la science rationnelle. 298
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 315
§ 6. Délits instantanés et délits continus, autrement dits successifs. — Délits simples et délits collectifs ou d'habitude. 321
§ 7. Délits flagrants ou non flagrants. 333
1° Suivant la science rationnelle. 333
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 337
§ 8. Classification pour l'ordre à suivre dans le dénombrement des divers délits. 343
CHAPITRE III. Éléments de fait du délit. 346
§ 1. Du fait en lui-même. 349
§ 2. Des moyens de préparation et d'exécution. 352

Pages

§ 3. Du temps du délit 364
§ 4. Du lieu du délit. 369
§ 5. Des délits commis sur le territoire ou hors du territoire national. 379
1° Suivant la science rationnelle. 379
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 393
§ 6. Du mal du délit. 423
1° Suivant la science rationnelle. 423
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 426
CHAPITRE IV. De la tentative et de l'attentat. 434
§ 1. De la tentative. 434
1° Suivant la science rationnelle. 434
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 450
§ 2. De l'attentat. 463
CHAPITRE V. Faits constitutifs du délit; circonstances emportant aggravation, exemption de peine ou atténuation. 470
§ 1. Des faits constitutifs. 472
§ 2. Des circonstances aggravantes 478
§ 3. Des excuses. 480
1° Suivant la science rationnelle. 480
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. 484
§ 4. Des circonstances atténuantes. 493
CHAPITRE VI. Du corps du délit. 504
RÉSUMÉ DU LIVRE I (partie II, titre III). 510

TITRE IV. PLURALITÉ DE DÉLITS, PLURALITÉ D'AGENTS OU DE PATIENTS DU DÉLIT. 535
CHAPITRE I. Du cumul de délits ou réitération. 535
1° Suivant la science rationnelle. 535
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. . . 540
CHAPITRE II. De la récidive. 552
1° Suivant la science rationnelle. 552
° Suivant la législation positive et la jurisprudence. . . 561
1° Récidive générale de peine criminelle à peine criminelle. 572
2° De peine criminelle à peine correctionnelle. 572
3° De peine correctionnelle à peine criminelle. . . . 573
4° De peine correctionnelle à peine correctionnelle. . 573
Cumul de délits à punir et récidive combinés. 586
CHAPITRE III. De la connexité. 586
1° Suivant la science rationnelle. 586
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. . . 591

Pages

CHAPITRE IV. De la complicité. 593
1° Suivant la science rationnelle. 593
2° Suivant la législation positive et la jurisprudence. . . 609
CHAPITRE V. De la pluralité de patients du délit. 621
RÉSUMÉ DU LIVRE I (partie II, titre IV). 623
TABLE des articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle expliqués dans ce volume. 631

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.



BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ "CAROL I" BUCUREŞTI

VERIFICAT 1987