



DU POUVOIR DE CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION

SUR LA

QUALIFICATION CRIMINELLE

F7C 11

DU POUVOIR DE CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION

SUR LA



QUALIFICATION CRIMINELLE

PAR

PIERRE DE CHAUVERON

DOCTEUR EN DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

TABLE DES ABRÉVIATIONS

- B *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Cass., 10 août 1839 (B., p. 399), (B. 256). Lisez : Bulletin, année 1839, page 339 ; *ibid.*, numéro 256.*
- S *Recueil général des lois et arrêts, fondé par Sirey. Les renvois à la collection chronologique (jusqu'en 1830) : S. chr. Les renvois à la collection périodique dans la forme ordinaire, S. 85.1.216.*
- D *Répertoire de législation, de doctrine et jurisprudence, de Dalloz, D. v° Complicité, 25. Lisez : Verbo Complicité, numéro 25. — Les renvois au Dalloz périodique dans la forme ordinaire.*
- J. des Parq. . . *Journal des Parquets.*
- P. Fr. *Pandectes françaises (recueil périodique).*
- P. V° Cassation 1425. *Pandectes françaises (répertoire alphabétique), Verbo Cassation, numéro 1425.*
- P *Journal du Palais.*
- P. chr. *Journal du Palais, collection chronologique (jusqu'en 1835).*
-

INTRODUCTION

La cassation suppose qu'une décision de justice est à la fois souveraine et soumise au contrôle d'une juridiction supérieure. Tandis que l'appel remet tout en question, le pourvoi en cassation s'attaque à un jugement rendu en dernier ressort et respecte dans une certaine mesure ce jugement. Dans une décision déférée à la Cour de cassation il y a donc une partie définitive, intangible, et une partie que le but du pourvoi est précisément de discuter.

La cassation est une voie de recours extraordinaire. Les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes que pour des causes précises et limitées. On distingue souvent trois causes générales de cassation : l'excès de pouvoir ou l'incompétence, la nullité des formes de procédure, la violation de la loi. Toutes ces causes se ramènent aisément à la violation de la loi et, d'une manière générale, à l'erreur de droit. C'est donc l'erreur de droit et l'erreur de droit seule que dénonce le pourvoi en cassation.

En conséquence les cours souveraines jugent souverainement le fait et sous contrôle le droit. Le pouvoir souverain des juges du fait et le pouvoir de contrôle des juges de cassation se trouvent ainsi définis et limités par la distinction du fait et du droit.

La cassation, telle qu'elle est exprimée en ces dernières formules, apparaît comme une institution complexe, comme la réunion originale de plusieurs idées. Cette réunion n'est pas due à une révélation spontanée de la conscience juridique ; elle s'est formée au cours des siècles par une lente évolution dont les principales étapes sont signalées par l'ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1302 qui reconnaît à la fois la souveraineté des parlements et le droit de contrôle royal, par l'ordonnance de Philippe le Long de décembre 1320 qui décide de renvoyer les affaires cassées devant la Cour qui avait statué, par l'ordonnance de 1579 et l'édit de 1597 qui commencent à distinguer les erreurs de fait, visées par la proposition d'erreur et la requête civile, des erreurs de droit poursuivies devant le Grand Conseil. Dès lors la cassation et la Cour de cassation sont créées. Ce sera le rôle de la doctrine d'accuser et de préciser la distinction posée par les textes de 1579 et de 1597. Nous citerons seulement les mémoires rédigés, à la demande de Louis XV, par Joly de Fleury et Gilbert de Voisins, conseillers d'Etat (1). « On a toujours tenu pour principe au Conseil, écrit Joly de Fleury, que la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables. Si la contravention n'est pas claire et littérale, si l'on peut croire que les circons-

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1827 (p. 222).

Sur l'histoire de la cassation, v. Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*. Paris, 1882, in-8°.

tances de fait aient influé sur le jugement, on rejette la demande. »

Il y a loin de la cassation ainsi définie à la proposition d'erreur si vague et si générale de Philippe le Bel. Mais le principe posé au XVIII^e siècle n'a pas varié. Proclamé par les orateurs et les législateurs révolutionnaires, il se trouve définitivement inscrit dans l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 : « *La justice est rendue souverainement par les cours impériales : leurs arrêts quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi.* »

Depuis lors personne ne conteste plus que la cassation soit définie par la distinction du fait et du droit. Mais c'est cette distinction même que l'on ne songe guère à analyser.

Il semble en effet qu'en attribuant le fait au juge souverain et le droit au juge de cassation, on ait exprimé une idée tellement claire qu'elle se passe de toute explication. Or nul n'a jamais défini la distinction du fait et du droit, et les définitions plutôt implicites auxquelles on se rapporte généralement sont mieux faites pour embrouiller la question que pour l'éclaircir. Cette définition est pourtant bien simple et on peut en donner une formule tout à fait indiscutable. *Une question de droit est une question dont la solution peut être érigée en règle de droit. Une question de fait est une question dont la solution est purement relative à un fait particulier, et n'est par conséquent susceptible d'aucune application générale.* Mais on interpréterait faussement cette définition en croyant ou bien qu'une

question de droit ne comportât jamais un élément de fait, ou bien qu'une question de fait fût incapable d'engendrer une conséquence juridique. Nous allons d'ailleurs prendre un exemple qui va faire mieux entendre notre pensée.

Dans une accusation d'*infanticide* trois questions peuvent se poser au juge : lorsque l'enfant a été tué était-il *vivant* ? était-il *viable* ? était-il *nouveau-né* ?

La première question est de pur fait. Elle suppose l'affirmation ou la négation d'un fait qui se constate *sensu* : l'enfant était vivant. Il n'y a là aucun raisonnement. C'est un *fait matériel*.

Pour répondre à cette question : l'enfant était-il viable ? il y a au contraire un raisonnement à faire. Ce raisonnement part de la constatation d'un certain nombre de faits matériels, faits d'observation physiologique, pour aboutir, par voie d'induction, à cette conclusion : l'enfant était ou n'était pas né viable.

Ces deux affirmations que l'enfant était vivant et que l'enfant était né viable ne sont pas sans portée au point de vue juridique. Elles nous serviront à définir le caractère de l'enfant et partant à qualifier le meurtre dont il a été victime. Mais cette portée est toute particulière, elle est strictement limitée à l'hypothèse discutée. L'enfant était vivant, voilà une affirmation qui est vraie pour cet enfant et pour cet enfant seul. L'enfant était né viable, il y a bien dans cette affirmation l'application d'une loi scientifique générale. Cette loi d'ailleurs hypothétique suppose que certains indices étant donnés, certaines constatations

étant faites, un enfant doit être considéré comme viable. Dire que l'enfant est né viable, c'est donc appliquer une loi scientifique, mais ce n'est en aucune façon énoncer une règle de droit.

Il en est tout autrement de la troisième question : l'enfant était-il un enfant nouveau-né ? Ici en effet il ne s'agit plus d'attribuer à l'enfant une qualité sensible : vivant, ou une qualité scientifique : viable, mais une qualité légale : nouveau-né. L'article 300 du Code pénal définit en effet l'infanticide « le meurtre d'un enfant nouveau-né ».

Dès lors si nous supposons un enfant vivant, né viable, âgé de huit jours, né clandestinement, et si nous déclarons que cet enfant est un enfant nouveau-né, cette déclaration équivaut à énoncer la règle générale suivante : tout enfant vivant, né viable, âgé de huit jours, né clandestinement, est un enfant nouveau-né.

Grâce à cet exemple nous avons pu saisir au vif la distinction du fait et du droit. Il va nous permettre de dénoncer les nombreuses confusions ou erreurs qu'elle a fait commettre. Tout d'abord si l'affirmation de droit : nouveau-né, résulte des affirmations de fait : vivant, viable, etc., en constatant que dans notre hypothèse la question de droit a des prémisses de fait et la question de fait des conséquences de droit, nous pouvons écarter une première interprétation erronée de notre définition.

D'autre part on oppose volontiers à la question de droit la constatation des *faits matériels*. Le juge du fond, disent souvent les auteurs et plus souvent les arrêts, constate

souverainement les faits matériels, le juge de cassation vérifie la question de droit. Notre exemple nous permet de critiquer comme trop étroite l'expression *faits matériels*. Il vaut mieux la réserver aux faits qui se constatent sans aucun raisonnement. C'est ainsi que la viabilité d'un enfant, tout en ne posant aucune question de droit, n'est pas un fait matériel. Il sera donc plus correct d'opposer à la question de droit la constatation des *faits particuliers* ou plus simplement des *faits*.

Une erreur plus fertile en conséquences fâcheuses est attachée à cette formule : *on appelle question de droit toute question qui suppose une application de la loi*. En elle-même cette formule est correcte et il est évident que toute question de droit suppose en définitive une application de la loi. Mais le texte légal ne peut pas toujours être directement *appliqué*, il faut souvent qu'il soit *interprété*. Dès lors se pose la question de savoir si la cassation suppose une violation du texte même de la loi, en d'autres termes si la violation doit être littérale. Nous aurons à nous étendre longuement sur les difficultés qu'a suscitées cette question en matière de qualification criminelle. La définition que nous avons donnée de la distinction du fait et du droit ne nous permet pas d'hésiter. Appliquer la loi ou l'interpréter, c'est une seule et même chose. C'est plus que le respect littéral de la loi, c'est l'unité même du droit que la Cour suprême est chargée d'assurer.

Enfin nous trouvons dans un vieux texte de Cujas une formule qui est, elle aussi, la source de nombreuses confusions. « *Facti porro quaestio est, ubi dubium est quis quid voluerit, intellexerit, senserit, quidve actum sit; omnisque adeo voluntativa quaestio...*, et ubi disceptatur factum quid sit an non, ut accidit in controversiis quae in statu conjecturali versantur... *Quaestio de jure simplex est, eique praecise responderi potest, quia jus est certum* » (1).

Au point de vue logique, on ne peut pas discuter cette formule. Le général est simple et le particulier est complexe. Mais entendue dans un sens vulgaire, cette idée que les questions complexes sont des questions de fait et les questions simples des questions de droit entraîne à des confusions. C'est de cette idée que procède la jurisprudence très curieuse qui a interprété l'article 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le problème est celui-ci : la violation de la loi du contrat doit-elle devenir une cause de cassation comme la violation de la loi elle-même ? en d'autres termes la Cour de cassation est-elle juge suprême de l'interprétation des conventions ? Après certains flottements, la Cour de cassation s'est rangée à une distinction proposée par Carré entre les *clauses claires* et les *clauses obscures*. Une clause est claire lorsqu'elle n'a pas besoin pour être interprétée d'autre chose que de son texte même,

(1) Cujas, *Tract. ad afric.*, I, t. II, p. 1869.

ou pour mieux dire lorsqu'elle n'a pas besoin d'être interprétée, mais seulement d'être appliquée : la Cour suprême se fait alors juge de cette application. Une clause est obscure lorsque pour l'interpréter il faut se servir non seulement du texte, mais de circonstances extérieures : de telles clauses sont laissées, d'après la Cour suprême, à l'interprétation souveraine des juges du fait. Il est impossible d'expliquer cette jurisprudence autrement que par cette idée, d'ailleurs mal comprise, que les questions de fait sont complexes et les questions de droit simples. En effet, il n'y a pas ici de différence de nature entre les deux hypothèses. Nous y trouvons : 1° une constatation de fait qui est dans l'une le texte même de la convention, et dans l'autre ce texte plus certaines circonstances ; 2° l'attribution à la convention ainsi constatée du caractère légal de mandat ou de dépôt, etc. De la seconde opération on peut faire, et nous n'entrerons pas ici dans le fond du débat, une question de droit ou une question de fait, mais logiquement aucune distinction n'est permise (1).

Nous verrons dans les chapitres suivants d'autres exemples de confusions tout à fait analogues. C'est ainsi que Dupin a proposé de faire de la qualification une question de fait ou une question de droit suivant que les délits à qualifier peuvent être ramenés à des éléments

(1) V. D. 87.I.22, 87.I.421, 89.I.203, 89.I.339 (clauses obscures), D. 89.I.487, P. 90.I.26, D. 90.I.52, 89.I.415, 7 décembre 1835 (S. 35. I.897) (clauses claires). — V. Chénon, *loc. cit.*, p. 167 ; Carré, *Lois de la compétence*, 8, 150 ; Boncenne, *Traité de la procédure civile*, I, 503 ; Garsonnet, *Précis*, 767 ; Crépon, *Du pourvoi en matière civile*.

simples, ou supposent au contraire une multiplicité de circonstances (1). Plus semblable encore à l'hypothèse de la violation de la loi du contrat est celle de la qualification des délits de presse. Nous verrons que la Cour de cassation distingue, pour exercer son contrôle, suivant que la qualification résulte du texte seul ou qu'elle résulte en même temps de circonstances extrinsèques (2). Toutes ces solutions se ramènent aisément à l'idée générale exprimée par Cujas. La discussion des espèces nous montrera qu'en essayant de tirer d'une idée juste, mais vague, des conséquences précises, on est arrivé à obscurcir et à embrouiller le problème qu'on voulait résoudre.

On voit en tout cas par ces différents exemples combien la distinction du droit et du fait, avec son apparente clarté, est restée en réalité flottante et incertaine. Et c'est aussi faute d'une définition générale que le problème de la qualification criminelle a reçu, tant de la part de la doctrine que de la part de la jurisprudence, des solutions si divergentes. En nous proposant d'étudier ce problème nous croyons avoir choisi le cas d'application le plus typique de la distinction du fait et du droit. Les conclusions générales auxquelles nous espérons arriver seront aisément transportées aux autres cas particuliers.

La question de l'application de la distinction du droit et du fait reçoit en matière de qualification criminelle

(1) Voir *infra*, chap. I.

(2) V. *infra*, chap. III.

un intérêt tout particulier de l'importance des principes mis en cause. La règle de la légalité des peines a mérité d'être inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme, comme un des fondements de la liberté.

Or l'incertitude des qualifications porte à cette règle une atteinte directe. Si l'on refuse à la Cour de cassation le droit le plus général de contrôle sur la qualification, les peines arbitraires sont rétablies. Il nous a semblé qu'un problème dont la solution mettait en cause l'unité même de la jurisprudence criminelle méritait d'être étudié.

Nous devons même exprimer notre étonnement qu'une question aussi capitale ait été laissée jusqu'ici dans l'ombre et presque dans une sorte d'oubli. Les criminalistes lui consacrent quelques lignes s'ils la rencontrent au passage, mais c'est moins pour en étudier les principes que pour signaler, en termes souvent inexacts, telle solution de jurisprudence (1).

Laissée ainsi sans direction doctrinale, la jurisprudence a admis successivement ou simultanément les solutions les plus divergentes, au gré d'impressions toutes particulières. C'est précisément cette indécision, tranchons le mot cette incohérence des arrêts qui devait enfin attirer l'attention sur l'incertitude même du principe. A chaque étape

(1) Voir cependant Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e édit., Paris, 1867, t. 5, nos 2264 à 2270 ; Delangle, *Encyclopédie de Sebire et Carteret*, t. VII, Cour de cassation ; Dalloz, *Répertoire*, V^o Cassation, nos 1222 et suiv.

du vaste dépouillement de la jurisprudence criminelle qu'il est en train d'achever (1), M. Garçon a eu l'occasion de signaler et de critiquer les flottements de la Cour de cassation à propos de notre question. Nous avons essayé de rechercher, au point de vue théorique, l'origine et les remèdes d'une situation dont le savant professeur n'avait pu que constater au passage les inconvénients pratiques.

On trouvera dans le premier chapitre de cet ouvrage une définition générale de la qualification d'où nous avons essayé de déduire logiquement, puis de défendre contre certaines attaques ou certaines distinctions doctrinales, le principe du contrôle de la Cour suprême. Le second chapitre vise moins à présenter un tableau complet de la jurisprudence qu'à nous en décrire les grandes lignes et à nous permettre de vivifier par des exemples les abstractions du début. Grâce à ces raisonnements, grâce à ces exemples nous avons pu, dans un troisième chapitre, tenter d'appliquer intégralement à la qualification la distinction du fait et du droit. Ce chapitre contient à vrai dire nos conclusions.

C'est en effet à l'examen d'un cas particulier qu'est consacré le quatrième et dernier chapitre. Devant la Cour d'assises le problème de la qualification se pose sur des données spéciales. Pour laisser à notre discussion son caractère de généralité, il nous a paru préférable d'en

(1) Garçon, *Code pénal annoté*, art. 1 à 408, sous chaque article à la rubrique : *Constatations judiciaires*.

faire une étude séparée. Le lecteur voudra donc bien considérer que nos trois premiers chapitres se bornent à étudier la division des pouvoirs entre la Cour de cassation d'une part et d'autre part la Cour d'appel jugeant les appels correctionnels ou les mises en accusation. Il s'apercevra d'ailleurs que, sous certaines réserves, ce sont les mêmes principes qui nous serviront ensuite à diviser les attributions de la Cour d'assises et du jury.

Notre but sera atteint si, d'une part, nous parvenons à faire apparaître, par la considération des variations jurisprudentielles, la nécessité d'un principe absolu, et si, d'autre part, notre démonstration logique prouve qu'on ne peut chercher ce principe ailleurs que dans l'affirmation du droit de contrôle le plus général de la Cour suprême sur la qualification.

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE DE LA QUALIFICATION ET EXPOSÉ DU PRINCIPE GÉNÉRAL

Qualifier un fait, c'est lui donner un nom légal. A la différence du nom vulgaire qui se borne à le distinguer des autres faits, ce nom légal emporte certaines conséquences juridiques. En matière criminelle, la dernière de ces conséquences est l'application d'une peine. Qualifier un fait, c'est en définitive appliquer à ce fait une règle légale.

Il paraît résulter à première vue de cette définition que la qualification suppose trois opérations de l'esprit : 1° la constatation d'un fait ; 2° l'énoncé d'une règle légale ; 3° l'application de la règle au fait. C'est cette dernière opération qui constitue proprement la qualification.

Dans la première opération il n'y a aucun élément de droit, dans la seconde il n'y a aucun élément de fait. Que dire de la troisième ? S'il est vrai qu'une question de droit puisse être définie toute question dont la solution peut être érigée en règle générale, la qualification qui a pour objet de définir le rapport de la loi à un fait particulier, contient-elle une question de droit ? Puisque l'un des termes du rapport, le fait particulier, est essentiellement variable, ne semble-t-il pas que le rapport lui-même soit incapable de se convertir en règle universelle ?

Pour bien comprendre la difficulté prenons de suite un

exemple. L'article 330 du Code pénal est ainsi conçu : « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de seize francs à deux cents francs. » D'autre part certains faits particuliers que nous appellerons *a, b, c, d, e*, ont été relevés à la charge d'un sieur X. Appliquer à X les peines de l'article 330, c'est établir un rapport entre les faits *a, b, c, d, e*, qui lui sont reprochés et les faits prévus par la loi sous le nom d'outrage public à la pudeur. Ce rapport s'exprime par le syllogisme suivant :

MAJEURE : Lorsque les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont réunis à la charge d'un prévenu, celui-ci doit être considéré comme coupable d'outrage public à la pudeur.

MINEURE : Les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont réunis à la charge du prévenu X.

CONCLUSION : Le prévenu X est coupable d'outrage public à la pudeur.

On voit que nous ne pouvons arriver à la conclusion, c'est-à-dire à la qualification, sans passer par la majeure, c'est-à-dire par l'énoncé d'une règle de droit susceptible d'une application générale. Toute question de qualification renferme donc une question de droit.

Mais on ne manquera pas de nous faire une objection très frappante. C'est, nous dira-t-on, par un artifice logique que vous placez votre majeure en tête du raisonnement. En réalité cette majeure, il suffit d'en examiner le texte pour comprendre que vous ne pouviez pas l'énoncer

avant de connaître les faits particuliers *a, b, c, d, e* contenus dans la mineure. Dès lors vous ne pouvez pas prétendre qu'en établissant le rapport exprimé par votre conclusion vous ayez interprété un cas particulier à la lumière d'une règle générale ; parti du particulier, vous restez dans le particulier, et la proposition incluse dans votre majeure n'a de général que le nom, puisqu'elle suppose la réunion des faits particuliers *a, b, c, d, e*, réunion essentiellement fortuite, contingente, et telle qu'on n'en peut logiquement supposer le retour.

Nous répondrons que la généralité d'une règle ne dépend pas de la pluralité réelle des cas d'application, mais seulement de leur reproduction possible. D'autre part les cas d'application d'une même règle n'ont pas besoin d'être rigoureusement semblables : ils se groupent selon les lois plus larges de l'analogie. Une règle juridique n'a pas la rigueur d'une loi scientifique, qui suppose pour s'appliquer les mêmes conditions toujours remplies. Il serait plus juste de rapprocher les règles juridiques des règles morales. Nous trouverions dans les choses morales et dans les choses du droit la même contingence, la même mobilité ; et dans les deux règles une flexibilité, une plasticité qui leur permettent de s'adapter aux faits.

C'est en définitive d'une série de solutions analogues données dans des cas voisins que se forme une théorie juridique. Dans ces conditions l'objection qu'on nous faisait ne peut pas nous arrêter. L'analyse que nous venons de présenter nous conduit à conclure que l'établissement du rap-

port de qualification suppose l'énoncé d'une règle légale, que toute question de qualification contient une question de droit. Le droit de contrôle général de la Cour suprême sur la qualification résulte manifestement de ces principes.

Cette solution, pour évidente qu'elle nous paraisse maintenant, n'a pas été universellement admise. Sans doute on n'a jamais prétendu que la qualification fût toujours une simple question de fait, mais on a refusé souvent de donner à la solution contraire une application générale. Nous allons essayer de grouper les résistances doctrinales autour d'un texte qui les exprime presque toutes, texte que nous devons d'abord citer intégralement, et que nous nous efforcerons ensuite d'analyser et de discuter. C'est une note lue en 1822 devant la Cour de cassation par le président Barris. Pierre Barris, qui présida la Chambre criminelle de 1806 à 1824, avait coutume de fixer par écrit l'opinion qu'il avait eu à se former dans les affaires importantes soumises à sa Chambre (1). C'est ainsi qu'à l'occasion d'un pourvoi formé à propos d'un délit de presse il rédigea la dissertation suivante :

(1) Le manuscrit de ces notes a été vraisemblablement détruit dans l'incendie de la Commune. M. Berriat-Saint-Prix, dans son *Etude sur les principaux criminalistes* (Paris, 1855), nous en donne la description. On trouve 9 de ces notes dans l'*Action publique* ou l'*Instruction écrite* de Mangin, 3 ou 4 (sous forme de fragments) dans le *Répertoire* de Merlin, et 15 dans la *Procédure des tribunaux correctionnels* de Berriat-Saint-Prix. On trouvera la note citée au texte dans le *Répertoire* de Dalloz, v^o *Cassation*, n^o 1224.

« La Cour de cassation n'est instituée que pour réprimer les violations de la loi. Elle ne peut connaître du bien ou du mal jugé ; elle sortirait de ses attributions si elle exerçait son examen ou sa censure sur des décisions rendues par les tribunaux ordinaires, sur des matières ou des cas qui, n'ayant été réglés par aucune disposition de la loi, n'ont été soumis qu'à leur discernement ou à leur conscience. Or, les propos ou les imputations qui produisent l'injure ou la diffamation sont une de ces matières qui n'ont pas été et qui n'ont pu être l'objet de dispositions législatives, variables à l'infini, sans caractère fixe et absolu ; leur moralité dépend toujours des circonstances d'intention, de temps et de lieu, et même du rang que tiennent dans la société ceux à qui ils ont été adressés ou qui les ont proférés. L'appréciation de tous ces éléments était au-dessus de la prévoyance du législateur, et il l'a abandonnée aux tribunaux qui, placés auprès des parties, peuvent seuls déterminer le caractère qui doit appartenir aux discours ou aux imputations qui ont été le sujet des poursuites. Dans cette détermination les tribunaux n'ont pas de loi à appliquer ; ils ne peuvent donc en violer aucune, ils ne peuvent donc pas donner ouverture à cassation ; ils peuvent sans doute se tromper ; mais un mal jugé, qui est un moyen d'appel, ne peut jamais être un moyen de cassation.

Mais, a-t-on dit souvent, si les tribunaux ont fait une juste application de la loi en prononçant la peine sur la qualification qu'ils ont cru devoir donner aux faits, l'erreur qu'ils ont commise dans cette qualification les a seule induits à cette juste application, elle en a été l'unique base ; cette erreur étant prouvée, il s'ensuivra que l'application de la loi pénale, qui n'était juste que par elle, sera aussi prouvée fautive ; donc cette erreur doit pouvoir être employée comme moyen de cassation. — Ce raisonnement et cette conséquence peuvent être appuyés, on en convient, de quelques arrêts anciens ; mais ces arrêts furent une déviation des règles de l'institution de la Cour. Cette jurisprudence erronée, si elle avait continué, se serait bientôt étendue ; la Cour de cassation eût ajouté à son autorité d'annulation celle de réformation ; elle se serait ainsi

constituée en une Cour souveraine et universelle d'appel. Dès qu'en effet il y serait devenu de principe qu'elle avait le droit d'entrer dans l'examen de la moralité et de la qualification des faits que la loi n'a pas réglés, elle n'aurait pas tardé à exercer ce pouvoir dans toutes les matières criminelles et même dans les matières civiles. On eût dit bientôt qu'une enquête qui avait servi de motif à un jugement sur l'application de la loi avait été mal appréciée ; que des faits qualifiés frauduleux avaient été mal qualifiés ; que de cette mauvaise appréciation il était résulté qu'il y avait eu réellement violation ou fausse application de la loi. Tout le procès eût été remis en question ; et sous prétexte qu'il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si la loi a été bien appliquée sur le fond, on l'aurait entraînée à connaître de tous les éléments de l'instruction, d'après lesquels il y aurait été statué. *Les juges sont de véritables jurés dans la décision de tout ce qui n'a pas été réglé par la loi.* Comme eux, ils n'ont qu'à suivre leur conviction, et ce qu'ils ont déclaré n'est soumis à d'autre révision qu'à celle des tribunaux d'appel, quand il y a lieu. Ces tribunaux prononcent aussi comme jurés, mais devant eux se forme la vérité judiciaire, qui en sort affranchie de toute nouvelle épreuve : la loi ne reconnaît que deux degrés de juridiction.

Mais, d'ailleurs, où conduirait, devant la Cour de cassation, l'examen des qualifications données par les tribunaux ordinaires ? A des discours ou à des imputations, jamais à une violation *directe* de la loi, car on suppose qu'elle a été bien appliquée sur la qualification qui a été déclarée. S'il était permis de prouver qu'il y a eu erreur dans cette qualification, cette épreuve établirait tout au plus qu'il y a eu violation, fausse application *indirecte* de la loi sur les faits matériels reconnus. On dit *indirecte*, car, pour justifier cette violation ou fausse application, *il faudrait écarter la décision du tribunal qui a jugé, afin de lui en substituer une autre.* Ainsi le moyen de cassation *tomberait directement sur l'erreur de la déclaration*, et ce ne serait que *par suite et indirectement* qu'il rejaillirait sur l'application de la loi. Cependant, l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 prohibe expressément à la Cour de

cassation de casser les arrêts des tribunaux ordinaires, pour autre cause que pour violation directe de la loi (la loi dit expresse). Remarquez, en outre, que la déclaration sur la qualification des faits que l'on substituerait à celle du jugement attaqué, sous prétexte qu'elle est erronée, ne serait pas plus fondée sur la loi que celle-ci. Elles ne seraient l'une et l'autre que le résultat du sentiment intime, sentiment variable selon les personnes, et nécessairement arbitraire. Et c'est pourtant ce sentiment intime qui serait la base de l'annulation que prononcerait la Cour ! Ajoutons que pour le former, ce sentiment intime, les tribunaux ordinaires ont eu, dans la présence et dans la défense des parties, dans la connaissance des habitudes et des idées locales, des moyens qui doivent faire présumer qu'ils ne se sont pas trompés. La Cour de cassation ne pourrait, au contraire, former son opinion que sur des notions vagues et générales qui deviennent souvent fausses, quand on veut les appliquer à des faits éloignés et particuliers. C'est, du reste, conformément aux principes de cette note que la Cour de cassation a depuis longtemps fixé sa jurisprudence. Elle applique ces principes à tous les cas où la loi n'a pas déterminé les faits matériels et élémentaires du fait moral qui constitue ce délit. Mais la loi n'ayant pas dit quels seraient les cris, les discours, les écrits qui devraient être réputés séditions, quels seraient les actes qui devraient être considérés comme une provocation à un crime ou délit, quelles seraient les ligueurs qui devraient être jugés former des ligues coupables de ralliement, etc., etc., les juges, dans les poursuites relatives à ces faits et autres semblables, n'ont, ainsi que les jurés, d'autres règles à suivre que l'inspiration de leur conscience : de quelque manière qu'ils prononcent leur décision, elle ne peut devenir le sujet d'une discussion devant la Cour de cassation. Cette Cour n'aura à examiner que l'observation des formes et l'application de la loi aux faits, tels qu'ils auront été déclarés et qualifiés.

On objecte que l'arrêt de cassation prend pour fait l'écrit, la gravure dont la publication est constatée. L'écrit, ajoute-t-on, est transcrit textuellement dans l'arrêt. Il faut répondre que ce ne

sont pas là les faits reconnus et déclarés constants, mais les faits en question ; l'écrit n'induit que la matérialité de l'écrit, quant à son existence et à sa publication, mais il ne dit rien pour la qualification des délits. En contient-il ? Voilà la question. La Cour (chambre des mises en accusation) dit que non, c'est là le fait tel qu'elle l'a vu et déclaré, fait non seulement matériel, mais expression de son appréciation morale, sous le rapport de toutes les circonstances qui constituent la culpabilité. Si la raison donnée était admise, en tout délit de presse, la Cour de cassation serait juge appréciateur du fait, chambre universelle d'accusation. Aucune loi n'a dit, d'avance, que l'écrit publié par monsieur un tel, dans telle commune de France, tel jour de l'année, serait criminel ; l'appréciation de tous ces faits est au-dessus de la puissance du législateur ; il l'a abandonnée aux tribunaux qui, placés près des parties, au sein des faits, peuvent seuls déterminer, par les circonstances, le caractère de criminalité ou d'innocence qui doit appartenir aux écrits poursuivis. La loi a voulu qu'on punit ce qui serait criminel ; mais elle a laissé au juge du fait à le déclarer, et si le droit n'est pas en contradiction avec le fait tel qu'il aura été déclaré, il n'y a pas lieu à cassation ; la logique du juge n'a pas blessé la loi, lors même qu'il aurait mal interprété l'écrit ou l'intention. Sans cela où s'arrêtera-t-on ? Après avoir réformé les arrêts de mise en accusation, sous prétexte de mauvaise appréciation des faits, on proposera d'en user ainsi à l'égard des jugements définitifs auxquels on fera le même reproche : l'un conduit évidemment à l'autre. »

On voit que le système préconisé par l'auteur de la note se fonde sur une distinction entre les infractions définies et les infractions non définies par la loi. Pour les premières les juges du fait seraient obligés de respecter sous le contrôle de la Cour de cassation les termes de la définition légale ; pour les secondes la qualification serait une pure question de fait tranchée par eux souverainement et sans

contrôle. Le raisonnement de la note paraît s'appuyer sur les trois affirmations suivantes : 1° Les juges ne peuvent violer la loi en définissant eux-mêmes une infraction que la loi n'a pas définie. — 2° En se refusant à définir certains délits, la loi a reconnu que le fait et le droit ne pouvaient y être séparés : qualifier ces délits, c'est donc trancher une question de fait — 3° Faire la Cour de cassation juge de la qualification, ce serait la faire juge du fait, donc créer un troisième degré de juridiction, ce que la loi n'a pas voulu.

Chacune de ces affirmations doit être reprise et critiquée.

*
**

La distinction entre les infractions définies et les infractions non définies nous paraît doublement fautive : en effet nous ne croyons pas impossible de montrer, en changeant de point de vue, que la loi a défini toutes les infractions et qu'elle n'en a défini aucune.

La loi a défini toutes les infractions. En effet lorsqu'elle se sert du mot *attentat à la pudeur* ou du mot *injure*, il est bien clair qu'elle veut désigner quelque chose, ceci et non cela. Elle entend appliquer une peine à un fait, et non à un autre. Et cela est si vrai que s'il plaisait à un magistrat de qualifier attentat à la pudeur un fait qui serait en réalité une injure, personne n'oserait prétendre que la loi n'a pas été violée, et cependant la loi n'a défini, au sens du président Barris, aucun de ces deux délits.

On voit donc que dans le simple emploi d'un nom il y a une définition et que par conséquent tout délit a été légalement défini.

Mais dans un autre sens, et au point de vue de la distinction proposée par Barris, on peut aussi bien montrer que la loi n'a défini aucun délit. En effet la qualification est un rapport entre le fait et la loi. De ces deux termes il y en a un, le fait particulier, qui est inconnu. Par conséquent le rapport lui-même ne pourra être déterminé qu'en présence du fait à qualifier. Il n'a donc pu être défini par la loi. Que fait donc la loi lorsqu'elle définit ou paraît définir un délit? Elle nous dit par exemple que le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. En disant cela elle ne se borne pas à désigner la même chose d'un autre nom, elle nous fournit autre chose qu'une explication de dictionnaire et chacun sait que la notion commune de vol est plus large que celle de la loi. Or, c'est précisément pour cette raison que la loi en posant sa définition limite le sens de la dénomination vol et le champ d'application de la disposition qui l'accompagne. Mais ce qu'il est nécessaire de comprendre, c'est que du fait de cette définition le caractère de l'opération imposée au juge ne change pas. Il lui faudra toujours établir le rapport du fait à la loi. Il semble seulement que dans le premier cas l'appréciation de ce rapport soit synthétique, qu'elle se fasse d'un bloc : l'acte commis est-il un attentat à la pudeur? tandis que, dans le second cas, cette appréciation serait analytique, décomposée en trois questions : 1° l'acte

est-il une soustraction? 2° cette soustraction est-elle frauduleuse? 3° la chose soustraite est-elle la chose d'autrui? Et la conclusion des trois réponses affirmatives serait la qualification vol. Dans le premier cas, l'opération est simple : ce fait est un attentat à la pudeur ; dans le second cas elle est double : 1° ce fait est une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; 2° la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est un vol.

Mais nous comprendrons mieux la différence de ces deux raisonnements si nous les exprimons dans la forme syllogistique. Voici d'abord celui qui exprime la qualification attentat à la pudeur :

MAJEURE : Lorsque les faits particuliers *a, b, c, d, e, f* sont donnés à la charge d'un prévenu, celui-ci doit être considéré comme coupable d'un attentat à la pudeur.

MINEURE : Les faits particuliers *a, b, c, d, e, f* sont réunis à la charge du prévenu X...

CONCLUSION : Le prévenu X... est coupable d'attentat à la pudeur.

Or pour le vol, qui est un délit défini, la qualification s'exprimerait, dans l'opinion de Barris, par le syllogisme suivant :

MAJEURE : Art. 379 du Code pénal : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol. »

MINEURE : Le prévenu X... a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas.

CONCLUSION : Le prévenu X... est coupable de vol.

Mais pour que ce syllogisme contint la qualification, qui est le rapport du fait à la loi, il faudrait que la loi fût dans la majeure et le fait dans la mineure. Or la seconde condition n'est pas remplie. Dans la mineure du syllogisme que nous venons d'énoncer, il y a autre chose que du particulier, autre chose qu'une simple constatation de faits. Cette mineure est en réalité la conclusion d'un précédent syllogisme que l'on peut exprimer ainsi :

MAJEURE : Lorsque les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont réunis à la charge d'un prévenu, ce prévenu doit être considéré comme ayant soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas.

MINEURE : Les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont réunis à la charge du prévenu X...

CONCLUSION : Le prévenu X... a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas.

Par là il apparaît clairement que pour appliquer aux faits particuliers les caractères élémentaires énoncés par la définition légale, nous devons faire une opération absolument identique à celle qui est nécessaire pour qualifier les délits non définis. Il ne paraît donc y avoir entre les délits définis et les délits non définis d'autre différence, sinon celle déjà signalée que pour les premiers le rapport de qualification s'exprimerait synthétiquement dans un syllogisme unique, tandis que pour les seconds l'existence de la définition légale nous obligerait à procéder analytiquement dans un double syllogisme. Encore cette différence est-elle surtout apparente ; car la division du travail

imposée par la loi dans certains cas, la logique l'imposera dans beaucoup d'autres.

En tous cas nous pouvons déjà tirer de cette analyse une double conclusion. La première c'est que pour nous il n'y a aucune différence à maintenir, au point de vue de la qualification, entre les délits définis et les délits non définis : la qualification est toujours un rapport de droit étrange au domaine souverain des juges du fait. La seconde conclusion, qui paraîtra plus inattendue, c'est que la doctrine de Barris aboutit, comme la nôtre, à rejeter la distinction : aux termes de cette doctrine la qualification est soustraite dans les deux cas au contrôle de la Cour de cassation. Le juge du fait sera le maître absolu de la qualification des délits non définis. Et il en sera de même pour les délits définis, si on laisse à sa décision souveraine la constatation des éléments de la définition légale. N'apparaît-il pas en effet, pour rappeler l'exemple du vol, qu'en devenant le maître de la définition de la soustraction, il devient en réalité le maître de la définition même du vol ? Et l'obligation qu'on lui fait de reproduire les termes de la définition légale ne semble-t-elle pas une barrière bien fragile à sa toute-puissance, si on lui permet de définir à son gré ces termes mêmes ?

Le résultat du système de Barris, c'est donc, en définitive, de soustraire toute qualification au contrôle de la Cour suprême. On estimera avec nous qu'une telle conséquence juge le principe d'où nous l'avons logiquement tirée. On estimera avec nous que, pour que la loi soit violée, il

n'est pas nécessaire qu'elle le soit dans sa lettre : il suffit que son esprit soit méconnu. Si le juge a pu appliquer la même dénomination légale à deux actes radicalement différents, peut-on refuser d'admettre qu'au moins l'une de ses deux décisions a violé la loi ? N'est-ce pas la Cour de cassation qui doit dire laquelle ? Et ne semble-t-il pas qu'elle ne pourrait renoncer ici à son pouvoir de contrôle sans compromettre l'unité de la jurisprudence criminelle et sans rétablir le régime des peines arbitraires ? Nous pensons, avec M. Garraud, que dans les questions de qualification « c'est le droit pénal tout entier qui est engagé » (1) et dès lors que reste-t-il de la première affirmation du président Barris ?

*
* *

Il y a lieu au contraire de s'arrêter plus longuement au second point développé dans la note que nous discutons : c'est évidemment le point délicat du problème. Entre les délits définis et les délits non définis il y aurait, d'après le président Barris, plus qu'une différence de forme consistant dans l'existence ou dans l'absence d'une définition légale. Cette différence de forme s'expliquerait elle-même par une différence de fond : l'abstention de la loi à l'égard de certains délits résulterait de l'impossibilité de séparer, dans la qualification de ces délits, le fait et le droit. Dès lors pour de telles infractions il n'y aurait pas à propre-

(1) *Traité théorique et pratique d'Instruction criminelle*, Paris, 1909, t. II, p. 333, n. 1.

ment parler de qualification *légale*, mais simplement une qualification *morale*. Tandis que la qualification légale est l'œuvre analytique du raisonnement juridique, la qualification morale est l'œuvre synthétique de la conscience morale, ou plus exactement une perception immédiate du sens intime. Le juge du fait entre en contact avec les faits vivants, mobiles, complexes, et l'impression qu'il en reçoit, voilà la qualification morale. C'est ce que Barris entend exprimer par cette phrase : « Les juges sont de véritables jurés dans la décision de tout ce qui n'a pas été réglé par la loi. »

Ce serait ici le lieu de rappeler la distinction proposée par M. Chénon (1), distinction à laquelle son auteur paraît donner deux sens successifs dont un seul nous semble acceptable. Dans la constatation des éléments de l'infraction il y aurait « trois degrés » : appréciation *matérielle*, appréciation *morale*, appréciation *légale*. Cette appréciation légale, M. Chénon n'hésite pas, contrairement à la doctrine de Barris, à en faire une question de droit soumise comme telle au contrôle de la Cour de cassation. Il repousse expressément la distinction entre les délits définis et les délits non définis par la loi ; mais à la faveur de cette autre distinction entre l'appréciation morale et l'appréciation légale, le savant auteur s'empresse d'adorer ce qu'il vient de brûler et de rétablir la distinction qu'il combat. En effet comme exemples de qualification morale il nous

(1) Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, 1882, in-8°.

cite : la question de savoir si un enfant tué par sa mère est un enfant nouveau-né au sens de l'article 300, si un article de journal est ou n'est pas injurieux, si un groupe d'actes forme ou non le commencement d'exécution nécessaire pour constituer la tentative. Or ce sont là précisément les exemples mêmes dont se servent les disciples du président Barris pour couvrir du silence de la loi la souveraineté exorbitante qu'ils prétendent attribuer aux juges du fait.

Mais M. Chénon, « pour préciser davantage et résumer toute cette matière », prend un autre exemple où, dit-il, « se rencontre à la fois cette triple appréciation matérielle, morale et légale » : le vol ; et voici en quels termes judiciaires et précis il l'analyse :

« Il y a vol, d'après l'article 379 du Code pénal, lorsqu'il y a soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Les juges du fond auront donc à constater d'abord 1° que l'inculpé a appréhendé la chose d'autrui ; 2° que cette appréhension a été frauduleuse ; 3° qu'elle constitue une soustraction. Conformément aux principes précédents, nous dirons que le fait matériel de l'appréhension et son caractère frauduleux sont constatés souverainement par le tribunal correctionnel, mais que l'attribution du caractère légal de soustraction doit être contrôlée par la Cour de cassation. Elle peut dire par exemple que les juges du fond ont eu tort de déclarer qu'il y avait une soustraction dans le fait par un individu de refuser de rendre une pièce de monnaie qu'on lui a laissé tenir pour l'examiner. Au mot de soustraction en effet se rattache un ensemble d'idées que la loi n'a pas, il est vrai, définies, mais qu'elle suppose implicitement par l'emploi de ce terme juridique. La Cour suprême doit veiller à ce que les tribunaux ne fassent pas rentrer sous cette expression des faits qu'elle ne saurait viser. Elle doit s'efforcer de maintenir partout la même interprétation, la définition, patente ou latente, des dénominations juridiques. »

En vérité on ne saurait mieux dire. La qualification morale, aux termes de cette analyse, ne serait pas autre chose que la constatation de l'intention frauduleuse. Sous des réserves qu'il nous faudra plus tard formuler nous sommes d'accord pour attribuer cette constatation à la décision souveraine des juges du fait (1).

Mais on a vu que les premiers exemples cités donnaient au terme de qualification morale un tout autre sens. Dire qu'un acte constitue un commencement d'exécution ou qu'un enfant est nouveau-né, ce n'est pas apprécier l'intention de l'agent, c'est, dira M. Chénon, apprécier sa culpabilité morale, et cette culpabilité se confond ici avec la culpabilité légale, pour cette raison qu'une telle déclaration n'a pas le caractère d'une règle générale d'interprétation, mais seulement celui d'une appréciation particulière, que par conséquent le fait y est mêlé au droit, qu'elle relève donc non du raisonnement juridique, mais seulement de la conscience morale.

Ainsi présentée on voit que la théorie est réfutée dans la même page par l'auteur lui-même, s'il est vrai, pour nous servir de ses propres termes, « que la Cour de cassation doit assurer partout la même interprétation aux dénominations légales ».

Toutefois ne nous contentons pas de cette autoréfutation, et puisqu'en mettant en forme la pensée de M. Chénon nous l'avons trouvée identique à l'argument de Barris, essayons de reprendre et de critiquer l'idée elle-même.

(1) Voir chapitre III.

La question que nous nous posons est celle-ci : Est-il vrai que pour certaines infractions l'appréciation morale et l'appréciation légale soient confondues, de telle façon que la qualification de ces infractions constitue nécessairement une question de fait ?

Des trois exemples invoqués par M. Chénon il y en a deux : celui de la *tentative* et celui de l'*infanticide*, auxquels la distinction du fait et du droit nous paraît s'appliquer très aisément. La question de savoir si un enfant est un enfant nouveau-né au sens de l'article 300 du Code pénal est, à notre sens, une question de droit (1). Il appartient aux juges du fait de décider souverainement par exemple que l'enfant était né viable, que l'accouchement avait été clandestin, que la naissance de l'enfant n'avait pas été déclarée à l'état civil, que l'enfant avait atteint au moment de la mort l'âge d'un mois. Mais la question de savoir si l'enfant né et mort dans toutes ces circonstances est l'enfant qualifié nouveau-né par l'article 300 du Code pénal est une question de droit. En effet en décidant qu'il est un enfant nouveau-né, on décide que tout enfant pour lequel les mêmes circonstances de fait se reproduiront devra être considéré comme nouveau-né, on édicte une règle générale d'interprétation légale, on sort du domaine du fait pour entrer dans le domaine du droit.

Nous avons déjà réfuté l'objection qui consisterait à invoquer l'impossibilité d'une reproduction identique du

(1) Voir ce qui a été déjà dit à l'Introduction, p. 4

même fait accompagné des mêmes conditions, pour prétendre que nous avons ici non une règle générale, mais la simple interprétation d'un fait particulier. Nous avons montré que c'est sur une série de règles analogues que se fonde une théorie, que c'est par de simples rapprochements que s'oriente une jurisprudence.

Concluons donc que le rôle du juge du fait : constatation souveraine des faits qui tombent sous les sens (le fait *naissance*, le fait *non-déclaration à l'état civil*), et des faits dont l'appréciation résulte d'un raisonnement qui n'implique aucune interprétation légale et n'est susceptible d'aucune application générale (le fait *viabilité*, le fait *clandestinité*), et le rôle du juge du droit : application à cet ensemble de faits de la dénomination légale *nouveau-né* sont très aisément et très rigoureusement séparés.

Le même raisonnement s'applique trait pour trait à la théorie de la tentative. La séparation du fait et du droit y est non moins aisée. Le juge du fait décidera souverainement que N accusé est sorti de chez lui armé d'un revolver, qu'il a attendu X, qu'il a déchargé son arme, que X n'a pas été atteint. Mais la question de savoir si ces faits constituent un commencement d'exécution est une question de droit ; en leur attribuant ce caractère on énonce manifestement une règle générale. On est même surpris que M. Chénon ait pu parler ici de qualification morale : on ne voit nullement comment le caractère de tentative est un caractère *moral* dont la détermination relève de la conscience intime. Ce caractère est essentiellement *légal*,

et la recherche de ce que la loi a voulu punir relève évidemment du raisonnement juridique.

Le troisième exemple invoqué (caractère *injurieux* d'un article) qui est, ou à peu près, le cas même à propos duquel le président Barris lut à la Chambre criminelle la note que nous avons reproduite, est beaucoup plus délicat. La question se pose d'une façon plus générale à propos de la qualification de tous les délits de presse.

La doctrine de Barris a été soutenue avec éclat devant la Cour de cassation par le conseiller de Broé et par le procureur général Dupin (1).

Voici comment s'exprimait M. de Broé à l'audience du 23 mai 1834 :

« Lorsque les lois répressives des délits de la presse ont puni l'outrage à la morale publique et religieuse, l'offense envers la personne du roi, envers les chambres, l'attaque contre la dignité royale, contre l'autorité constitutionnelle du roi, l'excitation à la haine ou au mépris du gouvernement du roi, etc., elles n'ont pas défini le caractère de l'*outrage*, de l'*offense*, de l'*attaque*, de l'*excitation*. Elles ne pouvaient pas le faire, tant à raison de la variété infinie des éléments qu'il eût fallu saisir, qu'à raison du danger de le tenter. Elles ne pouvaient pas le faire parce que c'est là une question de sens intime qui se rattache à l'intelligence des passages incriminés, à leur comparaison avec l'ensemble de l'écrit, à des questions d'intention, de temps, de lieux, parce que, là, la qualification procède de l'appréciation, en est l'effet, le résultat direct et concomitant, se confond et s'identifie avec elle ; parce que là l'appréciation est dominante, et que, par la nature des choses, cette question ne peut avoir de caractères fixes et absolus. »

(1) Dalloz, V^o Cassation, n^o 1226.

Dans la même affaire le procureur général Dupin avait donné les conclusions suivantes :

« Je ne mets point en conflit le droit de la Cour tout entier ni pour tous les cas possibles, présents ou futurs ; je ne dis pas que la Cour de cassation ne puisse pas, dans telle ou telle espèce donnée, entrer dans l'appréciation des faits pour en induire les qualifications légales ; je ne dis pas qu'elle doive toujours, et en principe général, se livrer à cette appréciation. En effet, si le juge, après avoir posé des faits bien caractérisés, les qualifiait mal ; si, après les avoir bien qualifiés, il y appliquait une autre loi ; s'il y avait contradiction dans sa logique propre, je comprends la cassation, la loi est alors un des termes du syllogisme. Mais si, pour changer la conclusion de l'arrêt d'accusation, il faut lui contester ses prémisses ; si, pour créer une violation prétendue de la loi, il faut dresser et construire à neuf une autre appréciation des faits, je ne reconnais plus l'œuvre de la Cour de cassation ; elle cumule, elle usurpe les pouvoirs ; elle se fait d'abord Cour royale afin de devenir plus aisément Cour de cassation. Ce n'est plus la décision désintéressée du jurisconsulte, mais le travail moral et peut-être passionné de l'individu. Et le danger de cette usurpation serait bien plus grand en matière criminelle : là les faits sont moins fixes, plus mobiles ; ils se compliquent de l'intention qui peut aller jusqu'à modifier l'évidence même. Cela est vrai, surtout dans les délits de la presse, où il s'agit d'un délit moral, intellectuel, qui se compose des termes, de leur interprétation, de l'intention de l'auteur, des circonstances de personnes, de temps et de lieu qui rendent l'écrit innocent ou coupable, etc. »

La distinction à laquelle se rattachent les deux auteurs n'est plus celle du président Barris. Il faudrait moins, d'après eux, considérer l'existence que la possibilité d'une définition. Cela revient à dire que certaines qualifications seraient une « question de sens intime » laissée au « tra-

vail moral de l'individu, tandis que d'autres dépendraient au contraire de la « décision désintéressée du jurisconsulte ».

Comme exemples de ces dernières, le procureur général Dupin choisit l'*homicide* et l'*escalade*.

« Sur une question d'*homicide*, l'arrêt reconnaît, en fait, que l'accusé s'est caché derrière une haie, qu'il était porteur d'une arme à feu, qu'il l'a dirigée sur un passant, que le passant est tombé à l'explosion de l'arme et qu'il a été tué, mais que ces faits ne constituent pas l'homicide : évidemment il y aura lieu à cassation. — De même pour l'*escalade* : l'arrêt déclare que l'accusé ne s'est pas servi d'une échelle, mais qu'il a placé des planches le long d'un mur, qu'il s'est hissé, qu'il est redescendu de l'autre côté du mur, et il ajoute que tous ces faits ne constituent pas l'escalade. »

D'autres délits au contraire ne sont pas réductibles à des éléments simples, ils sont éminemment complexes, la combinaison à laquelle le juge appliquera la dénomination légale d'*escroquerie* ou de *diffamation* est une combinaison unique d'éléments variés qui jamais plus ne se trouveront réunis. « S'il s'agit de faits d'*escroquerie*, aussi variés que l'astuce qui les produit, aussi mobiles que l'imagination des escrocs ; le juge est alors appréciateur du fait. Il examine les circonstances, il entend le prévenu et le plaignant et décide si le fait constitue ou non une *escroquerie*. »

Nous avons déjà rencontré, en définissant la distinction

du fait et du droit, l'idée qui est au fond de la pensée des deux magistrats. Cette idée, d'après laquelle les questions complexes seraient des questions de fait et les questions simples des questions de droit est, nous l'avons dit, une idée vague et insuffisante. Nous avons ici un exemple des confusions qu'elle entraîne.

Tout d'abord, si la complexité et la mobilité des faits par lesquels sont constitués certains délits devaient être le critérium qui nous permettrait de distinguer la qualification morale de la qualification légale, convenons que la limite du pouvoir de contrôle de la Cour suprême serait singulièrement flottante. Le procureur général Dupin trouve à l'escalade un caractère de simplicité qui permet à la Cour de cassation d'en contrôler la qualification, mais tel n'était pas l'avis du président Barris. Et en vérité on se demande pour quelle raison la question de savoir si tel fait constitue une escalade serait une question de droit, tandis que la question de savoir si tel fait constitue une manœuvre d'*escroquerie* serait une question de fait. On voit à quelles incertitudes pratiques aboutirait la théorie soutenue par MM. Dupin et de Broé.

Mais au point de vue logique cette théorie ne peut pas davantage nous retenir. En effet le nombre et la complexité des faits ne changent rien à la nature du rapport de qualification. Que la mineure du syllogisme par laquelle on établit ce rapport soit plus ou moins encombrée, la majeure n'en sera pas moins une règle de droit. Pour que la question de qualification soit une question de droit, il

faut, dit M. le procureur général Dupin, que la loi soit l'un des termes du syllogisme. Mais nous demandons que l'on nous cite un cas où la loi ne sera pas l'un des termes du syllogisme. Il nous faudra toujours commencer notre raisonnement par la constatation des faits et le terminer par l'application de la loi. Seulement les deux termes, le fait et la loi, ne seront pas forcément mis d'emblée en présence dans un syllogisme unique. Lorsque les faits seront trop complexes, nous n'arriverons au texte légal que par une série d'interprétations successives, qui en quelque façon s'emboîteront l'une dans l'autre. Nous en verrons des exemples en étudiant les hypothèses que la jurisprudence nous fournira.

*

**

Cette démonstration nous permet de faire justice du troisième argument du président Barris. S'il est vrai que pour toutes les infractions la qualification soit une opération identique et que cette opération tranche nécessairement une question de droit, il n'y a pas lieu de prétendre qu'en s'attribuant le droit de la vérifier, la Cour de cassation dépasserait son pouvoir pour s'ériger en troisième degré de juridiction. Nous voyons par là à quoi se réduit le prétendu danger dont la crainte avait conduit le président Barris à livrer la qualification à l'arbitraire. S'il y a un danger à fuir, en cette matière, c'est bien plutôt la diversité des qualifications qui, en portant atteinte au principe de la légalité des peines, touche à l'un des fon-

dements de la liberté individuelle. En effet pour que la règle *Nulla pœna sine lege* soit intégralement appliquée, il faut que non seulement la loi, mais l'interprétation même de la loi puisse être connue à l'avance du délinquant. La certitude et l'unité de l'interprétation ne peuvent être assurées, ceci est de toute évidence, que par le contrôle de la Cour de cassation. On voit qu'en critiquant la doctrine de Barris et de Merlin nous n'avons pas sacrifié à la logique l'intérêt pratique. L'application du principe de la distinction du fait et du droit nous a conduits à une conclusion qui est absolument conforme à celle où des considérations toutes pratiques nous auraient naturellement amenés.

CHAPITRE II

EXPOSÉ HISTORIQUE ET CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE.

Au point de vue *logique*, il est assez difficile de classer les arrêts de la Cour de cassation : c'est guidée par des considérations divergentes et sous des distinctions variées, que la Cour suprême accepte ou refuse d'exercer son pouvoir de contrôle.

Au point de vue *chronologique*, il n'est pas impossible de distinguer dans sa jurisprudence trois périodes. Avant 1820 et après 1830, en donnant bien entendu à ces dates une valeur approximative, la Cour de cassation affirme son droit de contrôle. C'est pendant la période intermédiaire, dix années environ, que triomphe la distinction de Barris.

Les premiers arrêts rendus après la promulgation du Code exercent donc, sans aucune hésitation, sur la qualification comme sur toute autre question de droit, et dans les hypothèses qui paraissent le plus y répugner, leur pouvoir de vérification.

La Cour a jugé ainsi « qu'il est de son devoir de rectifier les fausses inductions et les conséquences erronées tirées par les Cours criminelles des faits déclarés constants par

les arrêts attaqués » (1), que, lorsqu'une Cour s'est bornée à déclarer qu'il est constant que le prévenu a, par dol, fraude, vaines espérances, fausses entreprises et craintes chimériques, abusé de la crédulité d'une personne et lui a escroqué une partie de sa fortune, cette déclaration n'étant pas une déclaration de fait, mais une qualification donnée aux faits, il rentre dans les attributions de la Cour de cassation de juger si ces faits avaient réellement le caractère qui leur a été donné (2) ; qu'en matière de *tentative* l'erreur du juge sur ce qui constitue un commencement d'exécution est une erreur de droit qui donne lieu à cassation (3).

On trouve des traces de ce principe jusqu'en 1825. Mais dès 1820, une autre idée, la distinction du président Barris entre les délits définis et les délits non définis par la loi, devait s'introduire concurremment avec lui d'abord, puis le supplanter entièrement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On décide alors : 1° que pour les délits non définis par la loi la qualification est abandonnée au pouvoir souverain du juge du fait ; 2° que pour les délits définis la constatation par les juges du fait des éléments de la définition légale est nécessaire et suffisante.

Il a été ainsi jugé « que la Cour de cassation ne peut rechercher si la loi a été violée dans la qualification des cri-

(1) Cass., 22 août 1806 (S. chr.).

(2) Cass., 3 décembre 1807 (S. chr.) ; 26 avril 1811 (*id.*) ; 1^{er} octobre 1814 (B. n° 35).

(3) Cass., 29 octobre 1813 (S. chr.).

mes et délits que dans les *cas où la loi détermine les éléments constitutifs et nécessaires de ces crimes et délits* ; que dans tous les autres cas la qualification en est abandonnée à la prudence et aux lumières des magistrats composant les tribunaux qui en connaissent » (1).

En matière d'*escroquerie* « que la loi n'ayant pas déterminé quels seraient les faits qui pourraient être réputés manœuvres frauduleuses, il ne pourrait résulter des moyens de cassation d'une erreur des tribunaux sur cette qualification ; que l'énonciation des faits qui auraient pu être considérés comme manœuvres frauduleuses ne peut donc être requise dans les jugements des tribunaux correctionnels et que son omission ne peut constituer une violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 » (2).

« Que, les manœuvres frauduleuses dont il est question dans l'article 405 du Code pénal n'ayant été ni définies, ni précisées par le législateur, leur appréciation a été nécessairement abandonnée à la conscience des juges auxquels la loi n'a fixé à cet égard aucune règle, et que c'est aux juges seuls qu'il appartient dans ce cas de juger la moralité des faits qui leur sont soumis et de décider si, de l'ensemble et de la nature desdits faits, résulte le délit qu'ils sont appelés à caractériser et à punir » (3).

(1) Cass., 15 octobre 1825 (B. 209) ; 28 décembre 1827 (B. 320) en matière de *délits de presse*.

(2) 9 juillet 1830 (B. 184). — Cf. 20 mai 1826 (D. V° *Cassation*, 1796).

(3) Cass., 25 novembre 1826 (P. chr.). — Cf. les arrêts cités au Dalloz, V° *Vol*, 925 : Cass., 24 avril 1813, 20 décembre 1821, 14 février, 20 mars 1823, 12 février, 19 août 1824, 9 juillet 1830, 30 juillet 1831. Cf. aussi Garçon, *Code pénal* sous l'art. 405, n° 174.

En matière de *tentative* de crime, la Cour de 1814 à 1831 décida par de nombreux arrêts qu'aucune loi n'ayant déterminé les faits qui doivent caractériser soit le commencement d'exécution, soit l'interruption par des circonstances indépendantes de la volonté du prévenu de la tentative, il s'ensuivait qu'à cet égard, on devait s'en rapporter à la conscience des juges qui ont statué sur la mise en accusation et que l'erreur dans laquelle ils seraient tombés ne saurait former un moyen de cassation (1).

En matière d'*attentat aux mœurs*, un arrêt du 9 août 1816 décide « que la loi n'a pas déterminé les faits élémentaires au moyen desquels peut se constituer le délit prévu par l'article 334 du Code pénal ; qu'elle les a donc abandonnés à la conscience et à l'appréciation des tribunaux ; que la Cour royale ayant déclaré qu'il résultait de l'instruction que le prévenu était évidemment coupable d'avoir, pendant un assez long espace de temps, excité, facilité ou favorisé l'inconduite et la débauche d'une fille mineure, la Cour de cassation ne peut voir dans ce fait général qu'une juste application de l'article 334 (2) ».

Tels sont les principaux monuments d'une jurisprudence dont le principe a été suffisamment critiqué et qui s'appuyait en doctrine non seulement sur l'autorité du président Barris, mais encore sur celle de Merlin et de Mangin (3).

(1) Cass., 11 juin 1818 (B. 77 ; S. et P. chr. ; D. v° *Tent.*, 76) ; 29 avril 1824 (B. 60 ; S. et P. chr.) ; 23 septembre 1825 (B. 188 ; S. et P. chr. ; D., *ibid.*) ; 4 octobre 1827 (B. 252 ; S. et P. chr. ; D., *ibid.*) et le *Code pénal* de M. Garçon sous l'art. 3, n° 138.

(2) 9 août 1816 (S. chr., 1,225) ; 29 janvier 1830 (D. V° *Cassation*, 1765, n. 1).

(3) Merlin, *Rép.*, V° *Société*, § 2, sect. 3, n. 2 ; Mangin, *Instruction écrite*, t. 2, p. 213.

*
* *

Par un arrêt rendu le 3 août 1831 dans une affaire de presse, la Cour de cassation répudia définitivement cette jurisprudence et appliqua du premier coup dans ses conséquences extrêmes le principe contraire. Cet arrêt, dont la doctrine a été constamment suivie par la Cour suprême, mérite d'être rapporté :

Un écrit dont le sieur de Lacomé, étudiant en droit, s'est reconnu l'auteur, inséré dans le n° 12 de la *Gazette du Languedoc*, publiée le 23 juin 1831, sous la signature du sieur Robert, gérant de ce journal, annonçait à un petit exilé qui évidemment est le duc de Bordeaux, qu'il ne mourrait pas loin de la France, que les vœux de sa mère seraient comblés ; et le sens du dernier vers de cette strophe est *que le noble enfant sera roi*.

L'auteur de cet écrit et le gérant responsable ont été poursuivis par le ministère public, comme inculpés du délit prévu et puni par l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1831.

La chambre du conseil du tribunal civil de Toulouse n'avait vu, dans l'écrit incriminé, ni une *provocation* au renversement de l'ordre de succession au trône, ce qui n'était pas l'objet du procès, ni le caractère d'une attaque par la voie de la presse contre cet ordre de choses, n'y trouvant qu'un vœu blâmable, quand ce vœu prophétique annonçait indirectement au Roi des Français qu'il

cesserait de régner sur la France. La chambre des mises en accusation de la Cour royale de Toulouse, trouvant que la chambre du conseil avait justement apprécié le fait du procès, avait confirmé l'ordonnance de *n'y a lieu à suivre contre les inculpés*.

Arrêt :

« Vu l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830 portant que toute attaque par l'un des moyens énoncés en l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 contre l'ordre de successibilité au trône, et les droits que le roi tient du vœu de la nation française, exprimé dans la déclaration du 7 août, et de la charte constitutionnelle par lui acceptée et jurée dans la séance du 9 de ce même mois, sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans, et d'une amende de 300 francs à 6.000 francs ;

« Attendu qu'une disposition de loi aussi formelle embrasse nécessairement, dans la généralité de ses expressions, toute attaque quelconque, directe ou indirecte, contre l'ordre de succession à la couronne, établi par la loi constitutionnelle du royaume et que dès lors la manifestation par la voie de la presse d'un vœu et d'une annonce prophétiques contraires à cet ordre de succession, est une attaque coupable, qui constitue le délit prévu et puni par l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830 ;

« Attendu, en droit, que si en matière criminelle, et particulièrement dans les délits de la presse, les déclarations en fait des Cours et tribunaux appelés à statuer sur la poursuite de ces délits sont inattaquables, il en est autrement des qualifications qu'ils donnent ou qu'ils refusent de donner aux faits par eux déclarés ou non méconnus, et des conséquences qui peuvent en être tirées ; que l'examen de ces qualifications et de ces conséquences rentre dans les attributions de la Cour de cassation ;

« Que cette Cour, instituée pour réprimer les violations qui peuvent être commises contre la loi, a nécessairement caractère pour juger de la qualification donnée ou refusée mal à propos aux

faits résultant de l'instruction ; que le jugement de cette qualification des faits dans leurs rapports avec la loi qui doit leur être appliquée est celui de l'application elle-même de la loi ;

« Attendu, en fait, que le n° 12 de la *Gazette du Languedoc* publié le 25 juin dernier, signé par le sieur Robert, gérant, renferme dans son feuilleton, immédiatement après la pièce de vers ayant pour titre *Le petit exilé*, et comme en post-scriptum, une strophe dont le sens évident et non méconnu par les magistrats qui ont statué sur la poursuite du ministère public, est que le jeune duc de Bordeaux *ne mourra pas dans l'exil, que la France, soumise à la plus douce loi, comblera les vœux de sa mère, et que ce noble enfant sera roi* ;

« Attendu que de Lacomé, qui s'est reconnu l'auteur de cet écrit, en proclamant ainsi à l'avance dans un journal le retour en France du jeune prince, et son rappel à ce trône sur lequel le vœu national et la loi de l'Etat ont élevé Louis Philippe d'Orléans, et qu'ils assurent à sa descendance masculine, annonce par là même que le roi des Français et sa descendance masculine cesseront de régner en France ; que cet écrit présente donc le caractère d'une véritable attaque contre l'ordre de successibilité au trône, et les droits que le Roi tient du vœu de la nation française, exprimé dans la déclaration du 7 août 1830, et de la charte constitutionnelle qu'il a acceptée et jurée ; qu'ainsi l'auteur de l'écrit incriminé et le gérant responsable du journal qui l'a publié, justement inculpés du délit prévu par la loi du 29 novembre 1830, devaient, pour ce fait, être renvoyés à la Cour d'assises ;

« Que cependant la chambre du conseil du tribunal civil de Toulouse a déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre contre les inculpés à raison du fait dont il s'agit, sur le motif que de l'article incriminé il ne résulte pas que l'auteur ait eu l'intention de provoquer au changement de l'ordre de successibilité au trône, et des droits que le Roi tient de la nation française, et que l'émission d'un vœu ne peut être considérée comme une action tendant à obtenir ce résultat ; que cette chambre du conseil n'avait point à statuer sur des faits de provocation au renversement de l'or-

dre établi, ni sur une action tendant au même résultat, mais sur une simple attaque, par la voie de la presse, contre cet ordre de choses, délit prévu par la loi dont le ministère public demandait l'application ;

« Que, sur son opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil, la Cour royale de Toulouse, chambre des mises en accusation, jugeant que ladite chambre du conseil avait justement apprécié la nature du délit imputé aux sieurs Robert et de Lacomé, a confirmé cette ordonnance, et débouté le procureur du roi de l'opposition par lui formée à son exécution ; en quoi ladite Cour royale a partagé les vices de ladite ordonnance et violé l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830 dont elle avait à faire, dans les limites de sa compétence, la juste application ;

« Par ces motifs, la Cour casse et annule (1). »

Dans l'hypothèse de cet arrêt, les deux termes du rapport de qualification à établir sont : 1^o l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830 qui dispose : « Toute attaque, par l'un des moyens énoncés dans l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 contre la dignité royale, l'ordre de successibilité au trône, les droits que le Roi tient du vœu de la nation française, etc., sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans, etc. »

2^o La strophe de la *Gazette du Languedoc* dont l'arrêt reproduit les termes.

Pour établir ce rapport, pour s'élever du particulier au général la Cour procède ainsi : 1^o elle attribue à la strophe incriminée le caractère de vœu prophétique ; 2^o elle déclare que ce caractère rentre dans le caractère légal de

(1) B. 311 ; S. 32.1.102 ; P. chr. ; D. V^o Presse.

provocation qui constitue le délit prévu et puni par la loi.

Essayons de mettre cette seconde opération dans la forme syllogistique.

MAJEURE : Tout *vœu prophétique* tendant au renversement de l'ordre de successibilité au trône établi par les lois constitutionnelles, constitue l'*attaque* à cet ordre prévue et punie par l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830.

MINEURE : La strophe incriminée a le caractère d'un *vœu prophétique*.

CONCLUSION : La strophe incriminée constitue l'*attaque* prévue et punie par l'article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1830.

Nous voyons très nettement que la majeure de ce syllogisme est une règle de droit. Mais la mineure contient-elle uniquement une constatation de fait ? Cette mineure est en réalité la conclusion d'un précédent syllogisme dont la mineure contenait les véritables constatations de fait, à savoir l'attribution du texte et la déclaration de l'intention. La question est de savoir si ce premier syllogisme a lui aussi tranché une question de droit. En notant que le sens attribué par elle à la strophe avait été reconnu par les premiers juges, la Cour de cassation a-t-elle prétendu en faire une constatation souveraine ? Nous ne le croyons pas. Si en effet la Cour avait considéré comme souverainement attribué à l'article le caractère de *vœu prophétique*, elle s'en serait tenue là ; elle n'aurait pas eu recours

au texte même pour l'analyser et l'interpréter à son tour.

En reprenant et en citant le texte de l'article, elle l'a considéré comme le fait élémentaire d'où elle devait s'élever au texte de la loi. Mais au lieu d'attribuer directement le caractère légal de provocation au fait particulier lui-même, elle a commencé par faire rentrer ce fait particulier dans un premier groupe de faits auquel elle a ensuite attribué le caractère légal. Elle a ainsi passé en deux étapes du particulier au général. Mais nous tomberions dans l'erreur que nous avons reprochée au procureur Dupin si nous ne considérons comme ayant tranché une question de droit que le second syllogisme dont la loi forme l'un des termes. De même en considérant comme une constatation souveraine la qualification *vœu prophétique*, nous ferions revivre la distinction déjà combattue entre la qualification morale et la qualification légale. Que l'interprétation de la loi soit à un ou deux degrés, que le rapport de qualification soit synthétique ou analytique, exprimé par un ou par plusieurs syllogismes, nous avons vu que sa nature ne changeait pas. La Cour suprême paraît l'avoir compris en se reconnaissant un droit de contrôle intégral sur la qualification du texte incriminé.

Nous avons donc raison de dire que la Cour de cassation avait dès le début appliqué son principe avec la dernière rigueur, et que l'arrêt, dont nous venons de tenter l'analyse, était digne de servir de point de départ et de modèle à toute une jurisprudence. Nous allons voir que si la Cour suprême ne s'est pas lassée de renouveler l'affir-

mation théorique du principe, si elle en a donné quelques applications pratiques très fermes et très importantes, elle a cru pouvoir cependant y apporter certaines dérivations que l'intérêt pratique est impuissant à justifier.

C'est la matière des *délits de presse* d'abord, c'est ensuite celle de la *tentative* et celle de l'*escroquerie* qui paraissent avoir fourni à la Cour les premières occasions d'affirmer son droit de contrôle en cassant et des décisions qui ne spécifiant pas les circonstances de fait rendent le contrôle impossible, et des décisions qui, ayant spécifié les circonstances de fait, leur appliquent une fausse qualification.

Sous cette double forme, elle a, en matière de délits de presse, appliqué fréquemment son principe. « Si, dit-elle, il appartient aux tribunaux de reconnaître et de constater les circonstances de fait de nature à constituer les délits qui leur sont déférés, il appartient à la Cour de cassation de rechercher et de déclarer si les circonstances relevées par eux présentent les caractères élémentaires de ces délits » (1).

Ainsi se reconnaît-elle le droit de décider si un article porte *atteinte à l'honneur ou à la considération* du plaignant (2), si un écrit a le caractère de *périodicité* (3), si une diffamation a le caractère de *publicité* (4), si une publica-

(1) Cass., 9 avril 1897 (B. 130).

(2) Même arrêt, Le Poittevin (*Traité de la Presse*, n° 718).

(3) Cour de Paris, 10 décembre 1831 ; Cass., Le Poittevin, *loc. cit.*, n° 90.

(4) Cass., 15 juillet 1898 (B. 256), 1^{er} mars 1851 (B. 82), 4 mars 1887, Le Poittevin, *loc. cit.*, n° 508.

tion est contraire aux bonnes mœurs (1), si elle a le caractère d'un *compte rendu interdit*, si le *refus d'insérer une réponse* est légitime.

Toutes ces questions sont considérées comme des questions de droit. Le texte de l'article est un fait auquel les tribunaux ne peuvent donner une interprétation légale que sous le contrôle de la Cour suprême.

Le même principe est aujourd'hui définitivement admis pour la *tentative*. Les tribunaux ne peuvent pas donner à tous les faits le caractère légal de commencement d'exécution, et d'autre part ils ne peuvent pas, passant sous silence les faits matériels, se contenter de déclarer « qu'il y a eu commencement d'exécution » (2).

De même en matière d'*escroquerie*, la question de savoir si des faits constituent les manœuvres frauduleuses de l'article 403 est une question de droit. En conséquence la Cour de cassation supprime des décisions qui ont fausement appliqué ce caractère à des faits par eux précisés (3) ; elle en supprime d'autres qui, ne précisant pas ces

(1) Est nul pour défaut de motifs l'arrêt qui condamne un individu « comme ayant été surpris dans les couloirs du Palais de justice exposant sur un mur une figure contraire aux bonnes mœurs » sans faire connaître en quoi la figure était contraire aux bonnes mœurs (Cass., 30 janv. 1897), Le Poittevin, *loc. cit.*, n. 669 ; 18 mai 1905, D. 05.1.260).

(2) Voici quelques arrêts récents : Cass., 24 décembre 1897 (B. 406, *J. des Parq.*, 99.2.28) ; 13 juillet 1835 (B. 205) ; 8 septembre 1892 (B. p. 391, D. 94.1.31). On trouvera une analyse plus complète de la jurisprudence et un intéressant exposé de la controverse doctrinale dans le *Code annoté* de M. Garçon, sous l'article 3, n° 138 ; Blanche (I. 12).

(3) Les arrêts sont innombrables. En voici pris au hasard parmi les

faits, la mettent dans l'impossibilité d'exercer son contrôle (1).

Ce sont là les trois théories où notre principe a été le plus vivement contesté et où il paraît s'être le plus solidement fixé. Mais, avec plus ou moins de rigueur et de logique, la Cour suprême l'a appliqué à la qualification d'un très grand nombre de délits. C'est ainsi qu'elle se réserve le droit de contrôler l'attribution de la dénomination légale de *coups, blessures, violences et voies de fait* (2), d'*outrage public à la pudeur* (3), de *vagabondage spécial* (4), de *blessures par imprudence* (5), d'*enfant nouveau-né* (6), d'ex-

récents : 5 novembre 1897 (B. 345, *Pand.*, 99.1.92) ; 12 février 1898 (B. 63, D. 99.1.58) ; 16 mars 1899 (B. 52) ; 31 août 1899 (B. 266, D. 1900.5.316) ; 23 janvier 1904 (B. 50) ; 5 mai 1905 (B. 217).

(1) Arrêts encore innombrables : 26 juin 1897 (B. 215) ; 18 août 1898 (B. 300) ; 3 août 1901 (B. 22) ; 16 janvier 1904 (B. 35) ; 18 mai 1905 (B. 242) ; 13 janvier 1906 (B. 362) ; 25 octobre 1906 (B. 382). — Cf. Garçon, *Code pénal*, sous l'article 405, n° 174.

(2) Cass., 26 juin 1890 (B. 139) ; 29 juillet 1893 (B. 209).

(3) 11 avril 1891 (B. 83) ; 14 novembre 1903 (B. 636).

(4) 3 décembre 1904. Cet arrêt pose nettement un principe que la Cour devrait mieux respecter : « Attendu que l'arrêt attaqué se borne à déclarer pour faire application à R... de l'article 4 de la loi du 27 mai 1885, qu'il résulte de l'instruction et des débats que, dans le courant du mois d'août, notamment le 13 août 1904 à Paris, K... a aidé, assisté ou protégé la prostitution de la fille F... sur la voie publique et en a sciemment partagé les profits ;

« Attendu que ce motif qui reproduit simplement les termes de la loi sans préciser aucun des faits qui en justifieraient l'application ne permet pas à la Cour d'exercer son contrôle et de vérifier si la condamnation a été légalement prononcée. — Casse et annule » (B. p. 845).

(5) 11 avril 1904 (B. p. 303).

(6) 24 décembre 1835 (B. p. 564) ; 13 mars 1856.

citation de mineures à la débauche (1), de *coalition* (2), de *violence en matière d'attentat à la pudeur* (3), etc., etc. (4).

(1) 13 mai 1904 (B., p. 375).

(2) 26 juin 1850 (S. 50.1.726 ; D. 50.1.212).

(3) 8 novembre 1860 (B. p. 226).

(4) Garçon, *Code pénal* (constatations judiciaires).

On voit que la jurisprudence n'a pas craint d'appliquer son principe aux hypothèses les plus délicates. Dire si un attentat à la pudeur a été commis avec ou sans violence, n'est-ce pas là éminemment, au regard du sens commun, trancher une question de fait ? Il semble que la Cour de cassation ayant refusé dans un pareil cas de faire plier sa logique, ne devait plus rencontrer aucun embarras, il semble que pour elle l'hésitation ne serait plus jamais possible.

Toutefois il n'en est rien. Il n'est pas de matière en effet où la Cour de cassation se soit montrée plus variable, en nous cachant mieux le secret de ses variations. On pourrait admettre en effet qu'elle posât un principe théorique sans vouloir aller jusqu'au bout de ses conséquences pratiques : nous la croirions alors guidée ou par une sorte de respect des décisions du sens commun, ou par des considérations d'utilité. Peut-être pourrions-nous même supposer que balancée entre le souvenir de son ancienne jurisprudence et l'adhésion donnée par elle au principe nouveau, elle se laissât aller à un partage qui, pour rappeler la justice de Salomon, n'a rien de commun cependant avec la vraie justice.

Aucune de ces hypothèses ne serait fondée. La vérité, c'est que les variations de la Cour suprême ne paraissent commandées par aucune logique interne. Ce n'est pas

timidité, puisque nous avons vu le principe appliqué dans ses plus hardies conséquences. Et pourquoi des considérations d'utilité qui là n'ont pas arrêté sa logique se seraient-elles ici montrées plus fortes ?

Toutefois la Cour de cassation a cru généralement devoir donner des infidélités trop fréquentes qu'elle fait à son principe certaines raisons. Ces raisons vont nous permettre de classer les arrêts et de mettre ainsi quelque ordre dans cette confusion.

Voici d'abord une première série d'hypothèses où la jurisprudence semble avoir retourné la distinction du président Barris. On se rappelle qu'aux termes de cette distinction la Cour de cassation pouvait vérifier seulement la qualification des délits dont la loi énumérait les caractères distinctifs. Nous avons montré qu'en réalité cette distinction n'était qu'apparente, que la qualification était, il est vrai, décomposée, mais qu'une fois énoncés les éléments constitutifs, le rapport de ces éléments aux faits, c'est-à-dire la qualification proprement dite, restait à établir. C'est pourquoi nous pouvions conclure que sous le régime dont la note du président Barris nous a paru être l'expression doctrinale la plus caractéristique, la qualification des infractions échappait entièrement au contrôle de la Cour de cassation.

Or il est arrivé ceci : c'est que les adversaires du système se sont fait illusion sur la concession qu'on paraissait leur faire en attribuant à la Cour de cassation la vérification des éléments des définitions légales. Ils ont donc,

négligeant de poser la question sur le terrain le plus général, fait porter tout leur effort sur les seuls délits dont la qualification parût être soustraite au contrôle de la Cour suprême, les délits non définis. On comprend dès lors que la jurisprudence se soit modifiée sur le second point et non sur le premier. On a admis d'emblée que pour les délits non définis le domaine souverain des juges du fait se bornerait à la constatation des faits matériels, constatation dont la Cour entendait dès lors trouver dans les motifs des décisions un exposé précis et complet. Au contraire la vérification des délits définis a paru suffisamment assurée lorsque le juge s'était borné, en reproduisant la formule légale, à constater l'existence des éléments constitutifs de l'infraction.

Toutefois il ne faudrait pas s'exagérer l'importance de cette vue, il ne faudrait pas s'attendre à trouver la Cour suprême logique même dans son illogisme. Nous trouverons en effet de nombreux arrêts qui prévoient et condamnant cette erreur, nous en trouverons d'autres, plus nombreux encore, qui s'y réfèrent expressément. Il convient donc de n'y pas voir autre chose qu'une tendance générale à laquelle la Cour de cassation, sans lui attribuer de valeur théorique, fait encore, un peu au hasard peut-être, de trop fréquents appels

Tel est le sens de la jurisprudence en matière de *complicité*. Il est entendu qu'un arrêt est nul lorsqu'il porte simplement qu'il résulte de l'instruction et des débats

que le prévenu est *complice* du délit qui lui est reproché (1).

Conformément à notre principe qui est aussi le sien, la Cour devrait obliger le juge à spécifier les faits physiques qui l'autorisent à reconnaître l'existence des caractères élémentaires de la complicité (2).

Mais elle admet que ces caractères élémentaires soient souverainement constatés par les juges du fait, et elle maintient des décisions qui, passant sous silence les faits matériels, se bornent à reproduire les termes de la loi (3).

Or il est évident, nous l'avons déjà montré, que livrer au juge la définition souveraine des éléments constitutifs, c'est lui livrer la définition souveraine du délit lui-même.

La même erreur est cependant commise par la Cour de cassation en ce qui concerne le *vol*.

Des formules qui se bornent à reconnaître le prévenu coupable d'avoir à..., le..., soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas paraissent à la Cour suprême suffisantes pour assurer son contrôle (4). Et cependant le sens légal de la soustraction a donné lieu à des controverses presque indéfinies, sur lesquelles il semble

(1) Cass, 27 mars 1846 (B. 82); 10 août 1820 (B. 111); 2 mars 1888 (B. 91); 4 août 1894 (B. 215); 31 mai 1895 (B. 161).

(2) Cf. en ce sens : Blanche (II. 121); Garraud (II. 72,654); Garçon (*Code pénal*, sous l'article 60, n^{os} 531 à 540).

(3) 8 octobre 1824 (B. 133); 17 juillet 1835 (B. 297); 12 décembre 1874 (B. 304); 4 novembre 1882 (B. 236); 6 février 1885 (B. 52); 7 novembre 1895 (B. 274).

(4) Voir, pour ne citer que des arrêts très récents, 6 février 1903 (B. p. 87); 20 février 1904 (B. p. 210); 21 décembre 1906 (B. p. 850).

qu'il devrait appartenir à la Cour de cassation de dire le dernier mot.

De même la définition légale de l'*abus de confiance* renferme autant de questions de droit que de mots. Ces questions de droit, la Cour ne pourra les examiner que si les faits matériels, éléments de la solution, sont précisément rapportés. Or là encore elle se contente de la reproduction pure et simple des termes de la loi (art. 408, C. pén.). Et cette décision est en vérité tellement contradictoire à son principe, cette abdication tellement choquante, qu'elle se croit obligée d'exprimer un regret. « Attendu que s'il était du devoir des juges du fond d'énoncer plus explicitement les faits de la prévention et de mettre ainsi la Cour de cassation en mesure d'apprécier mieux leur caractère et leur qualification, le *laconisme regrettable* de l'arrêt ne peut toutefois donner ouverture à cassation, dès que le motif exprimé renferme, comme dans l'espèce, la constatation des éléments du délit tels qu'ils sont précisés dans l'article du Code pénal appliqué (1). » Ce qui est regrettable, en vérité, c'est moins le laconisme de la Cour d'appel que le platonisme de la Cour de cassation. Et il est d'autant plus étrange de voir la Cour suprême abriter son aveu d'impuissance du prétexte de la reproduction littérale du texte légal, que ce prétexte elle a su dans maintes autres hypothèses, en faire justice. Ainsi dans une affaire d'*excitation de mineurs à la débauche* :

(1) 29 mai 1903 (B. p. 343). — Cf. 23 décembre 1904 (B. 544) 8 août 1902 (B. p. 508); 5 décembre 1902 (B. p. 662).

« Attendu que l'arrêt attaqué s'est approprié les motifs du jugement qui s'est borné à déclarer qu'il résulte de l'information et des débats la preuve que P..., a depuis moins de trois ans, à Lyon : 1° fait le métier de souteneur en aidant, assistant ou protégeant la prostitution d'autrui sur la voie publique et en partageant sciemment le profit ; 2° de concert avec la femme S..., attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de 21 ans et tout au moins dans les circonstances de temps et de lieu pour satisfaire les passions d'autrui embauché, entraîné ou détourné, même avec leur consentement, des filles mineures de 21 ans en vue de la débauche.

Attendu que ces motifs qui ne font que reproduire les termes de la loi, sans préciser aucun des faits constitutifs des délits, ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de vérifier si la condamnation a été légalement prononcée ; — Casse et annule..., etc. (1). »

La reproduction pure et simple des termes de la loi est également condamnée dans un arrêt déjà cité sur le vagabondage spécial (2) et dans un grand nombre d'autres hypothèses particulières (3).

Et cependant, sans qu'on puisse apercevoir une raison de cette différence, la Cour a jugé très récemment dans une affaire de *falsification de beurre* que « le laconisme d'un arrêt ne peut donner ouverture à cassation dès que le motif exprimé renferme la constatation des éléments du

(1) 13 mai 1904 (B. p. 375).

(2) V. p. 50, note 5.

(3) V. notamment 10 décembre 1901 (B. p. 864) : Est insuffisamment motivé l'arrêt, qui prononçant une condamnation pour *recel de déserteur*, se borne à reproduire les termes de l'article 242 de la loi du 9 juin 1857, sans préciser aucun des faits qui pouvaient en justifier l'application.

délict dans les termes mêmes de la loi pénale qui le prévoit et le punit » (1). Un autre arrêt paraît considérer comme suffisante la constatation de l'existence des trois conditions exigées par l'article 206 du Code pénal pour constituer le délit de *vagabondage* (2).

C'est, on le voit, l'arbitraire le plus complet. La constatation des éléments constitutifs du *vagabondage* apparaît à la Cour de cassation comme une question de fait, la constatation des éléments constitutifs du *vagabondage* spécial comme une question de droit. De même la Cour suprême voit, très justement d'ailleurs, une question de droit dans la question de savoir si certains faits constituent une excitation à la débauche ; mais pour elle la question de savoir si, en matière d'abus de confiance, tel contrat constitue un dépôt ou un mandat, est une pure question de fait (3). Il est inutile d'insister et de chercher des raisons. Cette jurisprudence n'en a pas. Il est impossible de découvrir pour quels motifs elle fait appel tantôt à un principe, tantôt à un autre.

Mais si elle manque de raisons, la Cour suprême, pour expliquer son abdication, trouve parfois des prétextes. C'est ainsi qu'en déclarant « regrettable », suivant sa formule désormais consacrée, le « laconisme » d'arrêts qui

(1) 28 décembre 1906 (B. p. 867).

(2) 10 août 1906 (B. p. 631).

(3) Le juge du fait est souverain pour constater à quel titre des valeurs détournées ont été confiées, encore que les documents de la cause soient contraires aux constatations contenues dans l'arrêt, 5 mars 1887 (*Pand. Fr.*, V^o *Cassation criminelle*, n^o 1029).

n'ont pas spécifié les circonstances de fait, elle se déclare impuissante à supprimer ces arrêts sous prétexte que les parties n'avait pas, en *déposant des conclusions*, obligé le juge à s'expliquer plus complètement. Ainsi, en matière de *vol*, « l'arrêt qui condamne un prévenu pour vol en déclarant qu'il a... *soustrait frauduleusement*... affirme en termes non équivoques la culpabilité de l'inculpé et, en l'absence de toutes conclusions de celui-ci mettant la Cour en demeure de s'expliquer d'une manière spéciale sur l'appréhension matérielle des objets déterminés, caractérise suffisamment cet élément constitutif du vol » (1). De même « les motifs du jugement, qui énoncent que les prévenus ont soustrait frauduleusement une somme de... , contiennent ainsi, avec la spécification de tous les éléments de la qualification retenue, un énoncé de fait dont le laconisme, en l'absence de toute contestation des prévenus sous forme de conclusions, soit en première instance, soit en appel, ne saurait donner ouverture à cassation » (2).

Même théorie appliquée à l'*abus de confiance* dans les mêmes termes (3). On retrouve la formule encore dans des arrêts déjà cités en matière de *complicité* (4).

On doit avouer qu'elle est au moins singulière. Ainsi lorsque dans le fait objet des poursuites ne paraît pas se présenter les éléments constitutifs du délit, la seule

(1) 6 février 1903 (B. p. 87).

(2) 21 décembre 1906 (B. p. 850).

(3) 23 décembre 1904 (B. 514).

(4) 4 novembre 1882 (B. 256) ; 24 avril 1885 (B. 119).

garantie du prévenu sera le droit de déposer des conclusions. « Nous observerons, dit très justement M. Garçon, que cette garantie n'est qu'illusoire, lorsque le prévenu n'a pas de défenseur. L'exacte application de la loi pénale doit-elle dépendre de l'absence ou même de la négligence d'un avocat » (1) ?

Ajoutons que le fait par les parties d'avoir ou de n'avoir pas déposé des conclusions ne saurait exercer une influence quelconque sur la délimitation du domaine souverain des juges du fait et sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. Si la Cour a ce pouvoir, elle doit obliger les juges à lui permettre de l'exercer, elle doit les obliger d'elle-même et il est étrange qu'elle se croie tenue d'attendre, pour être saisie, l'initiative d'un avocat.

Une autre tendance très remarquable de la jurisprudence en notre matière ne présente pas plus de raison. Nous avons vu que pour les délits dont la loi a énuméré les caractères constitutifs, la reproduction de l'énumération légale suffit en bien des hypothèses à la Cour suprême. L'obligation qu'elle fait aux juges de répondre aux conclusions des parties, et par conséquent de donner dans leurs motifs les éléments de fait du rapport qui constitue la qualification, est une première restriction à la théorie. La Cour en admet une seconde. Des deux conséquences qui résultent de l'admission du principe que la qualification est une question de droit : à savoir le droit pour la

(1) *Code pénal* sous 379, n° 505.

Cour suprême d'exiger la constatation des faits en regard de la qualification et le droit de rectifier les fausses qualifications, la Cour de cassation admet la première et repousse la seconde. Or ce sont deux conséquences qui résultent du principe avec la même évidence, avec la même nécessité, on ne peut admettre l'un sans admettre l'autre. Si la Cour se reconnaît le droit de rectifier une qualification fautive, elle doit se reconnaître celui de rendre toujours possible cette rectification. Sinon il faudra aboutir à cette conséquence bizarre que pour échapper au contrôle de la Cour suprême, il suffira aux juges du fait de s'enfermer dans un silence prudent et de ne pas motiver, tandis que seuls seront cassés des arrêts dont l'auteur se sera donné la peine d'analyser avec soin et de fixer par écrit les éléments de sa décision. C'est, on le voit, une prime donnée à l'arbitraire et à la négligence (1).

Voici un arrêt où cette jurisprudence est trop clairement exposée. Il s'agissait d'un individu accusé d'avoir volé une épingle en diamant et qui se défendait en prétendant l'avoir trouvée et non prise.

« La Cour,

« Sur le moyen fondé sur ce que, s'agissant, dans l'espèce, d'un objet *trouvé* par l'inculpé et non d'un objet *pris* par lui, il y avait obligation pour le juge de spécifier les faits sur lesquels il se fon-

(1) On trouvera une critique de cette jurisprudence au *Code pénal* de M. Garçon, sous l'article 379, n° 506. « Il est singulier de casser un arrêt parce que la Cour d'appel a pris soin de le motiver et de rejeter le pourvoi s'il s'est borné à copier le texte. »

daît pour y reconnaître les caractères constitutifs de la soustraction frauduleuse :

« Attendu qu'il ne résulte ni de l'ordonnance de la Chambre du conseil, ni du jugement de première instance ni de l'arrêt attaqué, ni des conclusions prises par le prévenu devant ces deux juridictions, qu'il s'agissait de faits ne rentrant pas directement dans les cas prévus et réprimés par les articles 379 et 401 du Code pénal ;

« Sur le moyen tiré du défaut de motifs et de la violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 :

« Attendu que le jugement de première instance dont l'arrêt attaqué s'approprie les motifs et les qualifications, déclare B... coupable d'avoir, dans le courant d'avril 1854, soustrait frauduleusement au préjudice de H... une épingle en diamant d'une valeur de trois cents francs environ, délit prévu et puni par l'article 401 du Code pénal ;

« Attendu que, dans ce libellé, l'arrêt constate le fait qui a donné lieu à la poursuite, lui donne sa qualification légale, et lui applique la peine que la loi prononce pour sa répression ;

« Attendu, dès lors, que la décision attaquée est suffisamment motivée et s'est par suite conformée aux prescriptions de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 (1) ».

On trouve énoncées dans cet arrêt toutes les erreurs dont nous avons vu la Cour suprême continuer de faire un trop fréquent usage. C'est d'abord cette affirmation qu'en déclarant B... coupable d'avoir soustrait frauduleusement... la décision attaquée avait constaté un fait, alors précisément que l'hypothèse résolue par l'arrêt lui-même peut servir d'exemple topique pour montrer que la notion de soustraction n'est pas une notion de sens commun, et qu'il

(1) 4 nov. 1854 (B. p. 506). Cet arrêt est cité et critiqué par M. Garçon (*Code pénal*, sous l'art. 379, n° 503).

y a le plus grand danger à laisser les juges l'appliquer arbitrairement. Mais la Cour croit devoir, au principe du non-contrôle qu'elle a ainsi admis, énoncer les deux restrictions qui nous sont connues. Elle laisse entendre que si les motifs du jugement ou de l'arrêt avaient constaté les faits, et si les faits n'avaient pas correspondu à la qualification qui leur était donnée, ou encore si les parties avaient déposé des conclusions, elle n'aurait pas hésité à rectifier la qualification.

De même, partout où nous avons vu que la Cour de cassation s'était refusée à exiger la constatation des faits, elle n'hésite pas, lorsque cette constatation a été faite et que les arrêts se trouvent ainsi avoir été surabondamment motivés, à exercer son pouvoir de contrôle. Ainsi pour la *complicité*, en regard des arrêts déjà cités par lesquels la Cour a déclaré suffisamment motivées les décisions qui, sans constater les faits reproduisent les termes de la loi (1), il en faut placer d'autres par lesquels elle se reconnaît, lorsque les juges, bien que n'y étant pas obligés, ont constaté les faits commis par les complices, le pouvoir d'en apprécier le caractère légal (2). Même opposition, même contradiction en matière d'*attentat à la pudeur* (3), d'*infanticide* (4), etc.

(1) Voir page 55, note 3.

(2) Voir notamment 17 septembre 1836 (B. 306) ; 28 nov. 1856 (B. 377) ; 1^{er} mai 1874 (B. 126) ; 14 mars 1878 ; 26 déc. 1896 (B. 385).

(3) 3 juill. 1834 et 13 juin 1840.

(4) 13 mars 1856 (B. 106) et 31 déc. 1835 ; 14 avril 1837.

Essayons de marquer les principaux points de repère établis par notre analyse parmi l'extrême confusion de la jurisprudence.

La Cour de cassation pose le principe du droit de contrôle le plus large sur la qualification, puis elle fait de son principe une application très incertaine. En cherchant quelles tendances générales gouvernaient les variations de sa jurisprudence, nous avons cru voir qu'elle paraissait disposée à contrôler plus rigoureusement la qualification des délits que la loi n'a pas définis. Pour les délits définis par la loi, le pouvoir de contrôle se bornerait à vérifier que les éléments de la définition ont bien été constatés. Nous avons vu que cette règle n'avait pas elle-même reçu une application systématique, et que la Cour s'était maintes fois reconnu le droit de vérifier l'exactitude de l'attribution aux faits matériels des caractères légaux. C'est ainsi que, par une distinction dont nous avons suffisamment critiqué le principe, même dans les cas où elle se refusait à obliger les juges à motiver en fait l'application des caractères légaux, la Cour suprême vérifiait l'exactitude de cette application, si elle avait été motivée. De même elle obligeait les juges à répondre sur ce point aux conclusions des parties.

Dans ces hypothèses, on le voit, la Cour de cassation explique son abstention. Soit qu'elle se contente de la reproduction d'une définition légale, soit qu'elle s'abrite derrière le laconisme d'un arrêt pour s'interdire de con-

trôler un rapport dont on ne lui donne pas les termes, soit enfin qu'elle se retranche derrière l'inaction des parties qui n'ont pas demandé par des conclusions un jugement plus motivé, ce sont là des raisons ou des prétextes qui justifient à ses yeux une dérogation qui n'est pas un abandon. Les exceptions et le soin qu'on prend de les excuser justifient la règle. Le principe reste entier.

Voici au contraire une série d'hypothèses où l'abandon du principe est pur et simple et où la Cour ne cherche même pas à le justifier.

La matière des *délits de presse* nous offre les premières. On connaît la règle générale admise par la Cour de cassation « qu'il lui appartient d'apprécier le fait au point de vue légal, de rechercher dans le texte incriminé si tous les éléments caractéristiques du délit imputé s'y rencontrent, et de contrôler la qualification qui lui a été donnée » (1).

La conséquence du principe est, nous l'avons vu, qu'en matière de délits de presse les constatations de fait se borneront à l'établissement du texte de l'article et à la déclaration de l'intention. Tout ce qui est interprétation, qualification du texte devient une question de droit.

Rappelons les principales applications du principe faites par la Cour suprême aux qualifications d'atteinte à l'honneur, de périodicité, de publicité, d'obscénité, de compte-rendu interdit, etc. (2).

(1) 21 janvier 1875 (B. p. 75).

(2) V. *infra*, p. 49.

La matière de l'écrit, les expressions par lesquelles l'auteur a réalisé sa pensée, la Cour de cassation peut les interpréter à sa manière. « Si le juge du fait, lisons-nous dans un arrêt du 3 décembre 1883, apprécie souverainement, en règle générale, la publication qui lui est déférée par la poursuite au point de vue de l'intention qu'elle recèle, il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit de rechercher, en dehors de la question intentionnelle, si cette publication, examinée dans ses détails et dans son ensemble, renferme ou non les divers caractères prévus par la loi pour constituer le délit de presse imputé à l'écrivain ; c'est là, au vrai, un contrôle exercé sur la qualification légale imprimée par l'arrêt à l'écrit incriminé, sur la constatation en droit du corps du délit qui rentre, en toute matière, dans les attributions de la Cour de cassation ; il suit de là que l'écrit qui a motivé la condamnation des demandeurs ne doit pas être exclusivement envisagé au point de vue de l'esprit de dénigrement qui a pu l'inspirer, mais encore au point de vue des expressions à l'aide desquelles la pensée de l'auteur s'est révélée au dehors » (1).

La doctrine de cet arrêt est très large. Le principe du contrôle y est appliqué dans ses conséquences extrêmes. La Cour de cassation se reconnaît le droit de démêler dans les termes dont l'écrivain s'est servi l'existence de tous les éléments constitutifs du délit.

Mais si la Cour s'est montrée ainsi disposée à considérer

(1) B. 314.

comme une question de droit toute question d'interprétation du texte lui-même, et à contrôler des qualifications qui puisaient dans ce texte leurs éléments, elle admet une opinion absolument contraire lorsque le juge a cherché les motifs de sa décision dans des *circonstances extrinsèques*. Ainsi donc le caractère légal a-t-il été attribué par la considération unique et intrinsèque de l'écrit, cette attribution a tranché une question de droit soumise au contrôle de la Cour suprême. Au contraire la qualification se base-t-elle sur des faits et circonstances extérieures, elle a été donnée en fait, souverainement et sans contrôle. Voyons quelques-unes des applications données à cette idée par la Cour de cassation.

La question de savoir si un article constitue le compte rendu interdit par l'article 42 de la Constitution de 1852 est une question de droit qui doit être vérifiée par la Cour de cassation « hors le cas où la Cour impériale a puisé ses éléments d'interprétation dans des circonstances extrinsèques à l'article représenté » (1). De même le jugement qui déclare à raison non seulement des termes de l'article poursuivi, mais encore des circonstances extrinsèques qu'une imputation diffamatoire désigne directement et personnellement, un individu se livre à une appréciation souveraine échappant au contrôle de la Cour de cassation (2).

De même la question de savoir si l'article incriminé

(1) 3 juillet 1868 (B. 454).

(2) 3 février 1877 (S. 77.1.187).

s'attaque à la vie publique ou à la vie privée d'un fonctionnaire, si l'acte qu'on lui reproche a rapport ou non à sa fonction, peut être vérifiée en principe, à moins que ce rapport ne résulte de circonstances tout extérieures (1).

Que faut-il penser de cette théorie ? Il nous suffit pour la juger de faire appel à nos précédentes analyses. On se rappelle que nous avons décomposé la qualification en trois opérations : 1° énoncé de la règle légale ; 2° constatation des faits ; 3° application de la règle aux faits. Nous avons conclu que cette dernière opération supposait nécessairement une interprétation légale, la solution d'une question de droit. Mais nulle part nous n'avons eu à établir de distinction en ce qui concerne la nature du rapport de qualification. Quelle que soit l'origine des faits matériels constatés, ces faits matériels sont constatés souverainement et interprétés sous contrôle. De deux choses l'une, par conséquent, ou la qualification, suivant la doctrine de Barris, est une question de fait, ou, suivant la nôtre, elle est une question de droit, mais il n'y a pas de place pour la distinction que nous critiquons.

Sur quelle raison d'ailleurs pourrait-elle se fonder ? Dira-t-on que le texte de l'article est un fait matériel si incontestable qu'il fournit à la discussion juridique une base de fait particulièrement solide ? Ce serait mal raisonner. Toutes les circonstances souverainement reconnues par les juges du fait participent de cette certitude, elles ne

(1) 31 janvier 1877, et le rapport de M. le conseiller Alméras-Latour (S. 78.1.171).

peuvent plus être discutées. Mais une fois cette constatation faite, une fois cette certitude définitivement acquise, qu'avons-nous dans les deux cas ? un raisonnement qui suppose une interprétation de la loi, un raisonnement dont la loi est l'un des termes. On voit donc quelle confusion a commise la jurisprudence, faute d'avoir analysé son principe avec assez de rigueur. Aussi s'est-elle sur ce terrain montrée particulièrement hésitante et la doctrine exacte de certains de ses arrêts serait malaisée à dégager.

Tel est l'arrêt rendu le 3 juillet 1868 en matière de compte rendu interdit. La décision attaquée avait reconnu ce caractère à un article du journal l'*Opinion nationale*. Elle fut cassée par les motifs suivants :

« Attendu en ce qui concerne le droit de la Cour de cassation, que cette appréciation ne constitue pas une simple déclaration de fait ou d'intention abandonnée à l'autorité souveraine des juges du fait ; que *hors le cas où la Cour impériale a puisé ses éléments d'interprétation dans des circonstances extrinsèques à l'article représenté*, l'application de la loi au texte donne à juger un point de droit qui tombe sous le contrôle de la Cour de cassation ;

Qu'une certaine latitude est toutefois laissée aux Cours impériales et que leurs décisions ne doivent encourir de censure qu'autant que l'interprétation qu'elles ont faite de l'article incriminé entraîne une violation formelle de la loi ;

Attendu au fond que l'article du journal l'*Opinion nationale* qui fait l'objet des poursuites ne constitue en réalité, qu'une discussion de la loi mise en délibération devant le Corps législatif dans sa séance du 20 décembre 1867 et des débats eux-mêmes ; que la relation qui s'y trouve de certains faits de cette séance était amenée par les besoins de la discussion et qu'elle ne présente nullement les caractères d'un compte-rendu prohibé ;

Qu'en jugeant le contraire, en déclarant que cet article constituait une contravention à l'article 42 de la Constitution, l'arrêt attaqué a fait une fausse application et commis une violation formelle de cet article. »

La confusion commise par la Cour de cassation est ici d'autant plus manifeste que la formule où elle est renfermée est encadrée par deux affirmations du principe qui l'excluent absolument. Si en effet l'appréciation dont il s'agit « ne constitue pas une simple déclaration de fait ou d'intention abandonnée à l'autorité souveraine des juges du fait » et s'il est vrai que « l'application de la loi au texte donne à juger un point de droit qui tombe sous le contrôle de la Cour de cassation », peu importe que la décision ait puisé ses éléments dans des circonstances extrinsèques. Il n'en faudra pas moins en effet apprécier le caractère du texte, ce qui n'est pas une déclaration de fait, et appliquer la loi au texte, ce qui est juger un point de droit.

Mais ce qui devient tout à fait incompréhensible, c'est cette réserve dont la formule si vague et si flottante nous avertit qu'elle n'a rien de juridique, par laquelle la Cour de cassation limite son contrôle. On ne voit pas en effet ce que signifie cette « latitude laissée aux Cours impériales ». Une qualification est juste ou fautive : si elle est fautive, elle viole la loi. Dans tous les cas elle doit être contrôlée par la Cour suprême. L'arrêt d'ailleurs ne respecte la liberté d'interprétation des juges du fait que par cette réserve toute platonique, car, aussitôt après l'avoir

présentée, il s'empresse d'annuler purement et simplement, en termes fort peu explicatifs, la décision qui lui était soumise.

Cette analyse, un peu longue peut-être, nous a permis du moins de saisir sur le vif le caractère d'indécision que présente la jurisprudence en notre matière, et cette hésitation que montre presque toujours la Cour de cassation à faire usage du droit qu'elle s'est maintes fois reconnu. Il suffit d'ailleurs de supprimer la réserve relative aux circonstances extérieures et celle relative à la latitude, pour que la décision rapportée devienne irréprochable.

Dans l'espèce relative à la désignation suffisante (1) la thèse que nous combattons a été fort habilement soutenue par M. le conseiller rapporteur Thiriot :

« Le sieur V..., dit le pourvoi, s'est porté partie civile et a obtenu des dommages-intérêts. Mais l'imputation jugée diffamatoire n'était pas dirigée contre lui, il n'était désigné ni directement ni indirectement dans l'article incriminé. La Cour de Besançon s'y est trompée : la Cour de cassation ne s'y trompera pas. Il lui appartient d'en juger : car elle peut réviser l'interprétation que le juge du fait donne à un écrit toutes les fois que cette interprétation n'est pas tirée de circonstances extrinsèques, mais est fondée sur les termes mêmes, sur les termes seuls de l'écrit.

« Tel est le moyen et assurément on ne saurait dire le contraire s'il s'agissait de la qualification légale d'un écrit délictueux. Mais autre chose est la question de qualification, autre chose la question de savoir si l'article que je viens de lire désigne quelqu'un et quelle personne il désigne. La qualification est un rapport de droit entre l'écrit poursuivi et les textes de loi qui définissent les

(1) Voir page 6, note 2.

délits de presse. Vous êtes juges du droit : la désignation de fait entre le libelle et celui qui prétend que le libelle s'applique à lui et qui s'en plaint. Vous n'êtes pas juges du fait. C'est une question de fait de savoir à qui s'adresse un libelle, lorsque ce libelle ne nomme et ne désigne expressément personne, car l'un des éléments de la décision à rendre est extrinsèque à l'écrit : c'est la personnalité du plaignant, ce sont les faits qu'il articule pour établir que les allusions plus ou moins voilées du plaignant s'adressent à lui ; ces faits ne peuvent être vérifiés et rapprochés de l'écrit que par les Cours d'appel, seuls juges du fait et souverains dans le domaine du fait...

« Dans l'espèce l'article incriminé ne disait qu'une chose : « avoir fait partie des commissions mixtes c'est s'être associé à des crimes ». C'est donc sur des circonstances puisées en dehors de l'écrit que l'arrêt se fonde pour déclarer « qu'il est impossible de ne pas voir dans la phrase incriminée une allusion à V... ». Ces circonstances, il les énonce : V... a été en 1852 membre d'une commission mixte ; c'est l'arrêt qui seul l'apprend. Le fait est bien connu dans la Haute-Saône, ajoute l'arrêt, où V... est conseiller général. L'article débute par un procès pour outrage intenté par V... contre l'*Avenir de la Haute-Saône*. L'arrêt nous apprend que ces outrages étaient relatifs à la participation de V... aux commissions mixtes ; il se reporte au procès de 1873 et il y cherche un élément d'appréciation. Il nous dit encore que l'écrit poursuivi se rattache à une polémique engagée entre deux journaux et cette polémique que nous ne connaissons pas est encore pour lui un élément d'appréciation de l'écrit poursuivi puisé en dehors de cet écrit. N'est-il pas évident qu'interpréter à l'aide de tels documents un article de journal c'est en donner une interprétation de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ? » (1).

En vérité ce raisonnement paraît très solide, et la déclaration qu'un article de journal désigne telle personne

(1) S. 77.4.189.

semble bien être une déclaration de pur fait. Nous n'hésitons pas à reconnaître que notre opinion, d'après laquelle cette déclaration tranche une question de droit, a toutes les apparences d'un paradoxe. Analysons de près cependant l'espèce qui nous est soumise. L'arrêt énonce, nous dit le rapporteur, un certain nombre de faits matériels : V... a fait partie des commissions mixtes, le fait est connu dans la Haute-Saône où il est conseiller général, il y a eu un procès précédent, une polémique de journaux, etc. Ces faits matériels, il les constate souverainement, il en fait des éléments de preuve définitifs. Puis à partir de ces faits il raisonne. Il en déduit que l'écrivain a eu l'intention de désigner V... et que les lecteurs du journal ont dû le reconnaître. D'où il conclut « qu'il est impossible de ne pas voir dans la phrase incriminée une allusion à V... ». Ce sont là, d'après le savant rapporteur, autant de déclarations souveraines. Nous ne le contestons pas. Mais tout n'est pas fini, ces déclarations ne constituent pas la qualification. Il reste encore à les rapprocher de la loi. Il reste à faire ce dernier syllogisme dont la loi est l'un des termes. L'écrit désigne V... ; c'est entendu, mais cette désignation présente-t-elle les caractères prévus par la loi ? Cette question est une question de droit. On aura beau nous objecter que pour trancher cette question de droit force sera bien à la Cour suprême de réviser les raisonnements de fait et tout le système de preuve de la décision attaquée, puisque dans un raisonnement dont les propositions s'enchaînent, on ne saurait vérifier l'une sans



vérifier toutes les autres : cette objection ne peut pas nous arrêter. Du moment qu'une question d'interprétation légale est posée, la Cour de cassation est compétente. Il est bien entendu d'ailleurs qu'elle doit considérer comme définitives les affirmations des juges du fait, à savoir que l'auteur a voulu désigner V..., que les lecteurs du journal ont dû le reconnaître, que la phrase incriminée fait allusion à ce personnage, et qu'elle n'examinera les faits matériels et le raisonnement par lequel on en a tiré ces conclusions que pour leur donner leur véritable sens et s'assurer que ce sens est bien celui que la loi a prévu. Ne semble-t-il pas qu'en jugeant ainsi la Cour de cassation aurait, tout en respectant le domaine souverain des juges du fait, exercé son droit de contrôle ?

Il n'y a donc pas lieu, au point de vue de la qualification des délits de presse, de tenir compte du caractère extrinsèque des éléments d'appréciation. Dans les cas que nous venons d'examiner la qualification ne cesse pas de s'analyser comme un rapport de droit : il n'y a aucune raison de la soustraire au contrôle de la Cour suprême.

A plus forte raison devons-nous critiquer certains arrêts qui se refusent à vérifier l'interprétation du texte lui-même. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé qu'échappe à sa censure l'arrêt par lequel une Cour d'appel appréciant les termes d'un article de journal décide en fait que cet article constitue ou non l'annonce d'une souscription ayant pour objet d'indemniser le gérant des con-

damnations prononcées contre lui (1). Elle a décidé de même que les juges du fond ont un pouvoir souverain pour décider si un écrit distribué ou un discours prononcé devant eux est ou non étranger à la cause, et par conséquent bénéficie ou non de l'immunité judiciaire de l'article 41, §§ 3, 4 et 5, de la loi du 29 juillet 1881 (2).

Si nous nous sommes étendu très longuement sur cette théorie des délits de presse, c'est qu'elle nous a paru présenter quelques uns des cas d'application les plus délicats de notre système, et que nulle part l'incertitude de la jurisprudence n'est plus visible, dans une matière où précisément l'unité et la fixité sont particulièrement nécessaires. Cette théorie peut ainsi servir d'illustration et d'exemple.

Nombreux d'ailleurs sont les délits pour la qualification desquels la Cour de cassation a de même abandonné tout contrôle. Elle a ainsi respecté des décisions se bornant à dé-

(1) 26 août 1836. 1^{er} septembre 1836 (B. 230), 2 août 1862.

« Ces décisions, écrit M. Le Poittevin (*Traité de la Presse*, n° 1008), nous paraissent contredire ce principe aujourd'hui définitivement admis que si, en matière criminelle, les déclarations en fait des Cours et tribunaux sont inattaquables, il en est autrement des qualifications qu'ils donnent ou qu'ils refusent de donner aux faits par eux reconnus constants et des conséquences qui peuvent en être tirées... Par application de ce principe il faut donc décider que les Cours et tribunaux apprécient souverainement l'existence des faits matériels, mais que la Cour exerce son contrôle quand il s'agit de déterminer si les faits ainsi constatés constituent une souscription tendant à indemniser un condamné. »

(2) 7 mars 1863 (B. 85), 4 mai 1865 (B. 103). Ces décisions se réfèrent à une disposition de la loi du 17 mai 1849 identiquement reproduite par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

clarer que des violences avaient été commises avec *préméditation et guet-apens* (1). Elle abandonne de même au juge du fait la définition de la *provocation* (2), des *coups et blessures* (3), des *blessures par imprudence* (4), du *recel de valeurs successorales* (5), de la *légitime défense* (6), de la *connexité* (7), etc., etc.

Par ces énumérations, très incomplètes d'ailleurs, nous avons essayé de fixer les traits principaux de la jurisprudence en matière de qualification. Nous avons vu ce qui avait subsisté de la vieille distinction du président Barris ;

(1) 24 juin 1875 (B. 201), et un arrêt du 23 octobre 1885, dont la rédaction nous paraît inintelligible. « Sur le moyen unique tiré de la violation des articles 297, 298, 311 du Code pénal et 7 de la loi du 20 avril 1810 en ce que l'arrêt attaqué, en déclarant que le délit relevé à la charge de Lucas avait été commis avec préméditation et guet-apens, n'aurait pas indiqué les circonstances d'où résultaient le guet-apens et la préméditation ; Attendu que ces mots expriment par eux-mêmes qu'un dessein a été formé avant l'action et qu'une embûche a été préparée pour la commettre ; que ces expressions ont d'ailleurs été définies par la loi pénale, articles 297 et 298, que cette définition imprime aux mots guet-apens et préméditation un sens précis, celui-là même de la définition ; que l'emploi de ces mots signifie donc *légalement* que le prévenu a formé, avant l'action, le dessein d'attenter à la personne de sa victime et l'a attendue plus ou moins de temps, dans un ou plusieurs lieux pour exercer sur elle des actes de violence ; Attendu dès lors que l'arrêt attaqué a pu, sans violer les dispositions de la loi ci-dessus visée, se borner à dire que les violences reprochées au demandeur avaient été commises avec préméditation et guet-apens ; . . . — Rejette » (B. 280). V. Garçon, *Code pénal* sous l'article 298, n° 35.

(2) 28 juillet 1904 (B. p. 580).

(3) 11 mars 1904.

(4) 5 décembre 1890 (P. V° *Cassation*, 1040).

(5) 10 octobre 1886 (P. V° *Cassation*, 1055).

(6) 3 juin 1869.

(7) 25 février 1885.

il nous a paru possible de diviser encore, d'un point de vue jurisprudentiel, les délits en délits définis et délits non définis par la loi. Pour les seconds, avons-nous dit, la Cour de cassation paraît vouloir s'assurer un contrôle rigoureux, mais tout aussitôt nous avons pu citer une série d'espèces où elle abdiquait son pouvoir. Pour les premiers il semble qu'au lieu de contrôler la qualification elle-même, elle se borne à exiger et à vérifier la constatation des caractères définis par la loi. Mais nous avons pu également citer des arrêts où l'attribution même de ces caractères était contrôlée et dans la jurisprudence encore récente nous en avons noté au moins un où la Cour n'a même pas exigé la reproduction de la définition légale (1). Ce dernier arrêt serait une pointe extrême de la jurisprudence, et si, à l'autre extrémité, on plaçait quelqu'un de ceux que nous avons cités en matière de délits de presse, par exemple, et qui ont poussé très loin le principe du contrôle, on pourrait mesurer la diversité de la jurisprudence en notre matière. En tous cas cette diversité même, aussi bien que l'impossibilité où nous demeurons de découvrir un principe logique qui y préside, montre combien il est nécessaire de poser le problème d'une façon nette, d'adopter une solution et de l'appliquer.

(1) Un arrêt du 10 avril 1891 (D. 91.1.240) s'est contenté de la constatation *coupable de vol*. La formule généralement exigée est : *coupable d'avoir soustrait frauduleusement la chose d'autrui*. V. *suprà*, page 55 et Garçon, *Code pénal*, n° 379.

CHAPITRE III

APPLICATION INTÉGRALE DE LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT. — THÉORIE DE L'INTENTION.

Dans un premier chapitre nous avons cherché à définir la qualification, puis à étudier diverses interprétations doctrinales. Nous avons conclu que la qualification était un rapport de droit, que qualifier un fait c'était toujours trancher une question de droit.

Dans un second chapitre, nous avons vu que la jurisprudence, après certains flottements, proclamait avec nous le même principe. Malheureusement la Cour de cassation nous a paru moins ferme dans l'application que dans l'affirmation. En examinant attentivement ses contradictions et en tâchant d'accueillir les raisons dont elle cherche à les expliquer, nous nous sommes convaincu que ces raisons étaient de simples prétextes, que ces contradictions n'obéissaient à aucune logique dont le secret nous eût échappé. Dès lors nous avons pu conclure qu'aucun obstacle pratique ne s'opposait à l'application intégrale du principe.

Mais par là notre tâche n'est pas achevée. Il ne suffit pas de proclamer le droit de contrôle de la Cour suprême. Nous avons à esquisser entre le domaine où s'étend ce

droit de contrôle et le domaine souverain des juges du fait une délimitation de frontières particulièrement délicate. Il ne suffit pas d'affirmer que la distinction du droit et du fait doit s'appliquer, il faut encore essayer de décrire cette application.

On se rappelle qu'aux termes d'une précédente analyse la qualification supposait trois opérations de l'esprit : 1° la constatation des faits ; 2° l'énoncé de la règle légale ; 3° l'application de la règle aux faits. S'il est vrai, comme nous croyons l'avoir montré, que le domaine souverain soit strictement limité à la première opération, il nous suffira, pour achever le partage que nous tentons maintenant, d'avoir entièrement défini cette opération.

Les faits souverainement constatés sont, nous l'avons vu encore, de deux sortes : les uns, auxquels nous avons réservé la dénomination de « faits matériels », sont des faits qui sont perçus directement par les sens ; les autres supposent au contraire un raisonnement dont ils sont la conclusion. « Un individu X a déchargé son revolver », « des personnes présentes ont entendu une détonation », « l'une d'elles Z est tombée morte » : ces différentes propositions constatent des faits matériels. « X a tué Z » : cette proposition est au contraire la conclusion tirée par voie d'induction des constatations précédentes. X a tué Z n'est plus un fait matériel, c'est encore un fait particulier. Pour avoir le fait qualifié il nous faudra dire « X a commis sur la personne de Z un meurtre, ou un assassinat. »

Au point de vue de la distinction du fait et du droit il

y a une différence capitale entre la proposition « X a commis un meurtre sur la personne de Z » et la proposition « X a tué Z » ; au contraire il n'y a aucune différence entre cette dernière proposition et les constatations matérielles : « X a déchargé son revolver, Z est tombé mort ». Dans le premier cas le juge raisonne, dans le second cas il enregistre, mais dans l'une et l'autre opération il n'a besoin que de faire appel à ses facultés humaines, il ignore la loi, il est juré et non juriste.

Mais de la proposition X a tué Z le juge du droit ne peut pas directement conclure : X est coupable d'avoir commis un meurtre. Il ne peut encore qualifier que la matérialité de l'acte, il ignore la moralité de l'agent. L'affirmation X a tué Z signifie que l'élément *matériel* du délit est réalisé. Pour passer à la qualification il faut que l'élément *moral* du délit soit également réalisé.

La constatation de cet élément moral, c'est-à-dire la déclaration que le prévenu avait ou n'avait pas l'*intention frauduleuse*, ne diffère pas au point de vue logique de la constatation de l'élément matériel. L'analyse y retrouve aisément les trois opérations suivantes :

1° Le juge constate certains *faits matériels* ;

2° De ces faits matériels il induit l'existence d'une certaine attitude psychologique de l'accusé.

3° Il établit le rapport de cette attitude avec celle prévue par la loi en lui appliquant la dénomination légale d'*intention frauduleuse*.

Si cette analyse est exacte il y a identité entre la qua-

lification matérielle et la qualification morale. Dans les deux hypothèses nous trouvons une constatation de faits matériels, un énoncé de faits particuliers établis par le raisonnement (X a tué Z, X savait qu'il allait tuer Z), et une conclusion légale (l'élément matériel du délit est réalisé, l'élément moral du délit est réalisé), d'où la qualification commune et générale : coupable de meurtre.

Dès lors il ne semble pas qu'un problème spécial se pose au sujet de l'intention. Il est aisé d'assigner sa part au contrôle de la Cour suprême. La constatation des faits matériels et la reconnaissance du fait psychologique appartiennent au domaine souverain. La Cour de cassation vérifie la qualification légale du fait psychologique

Cette délimitation théorique paraît très simple et très claire. Pratiquement elle soulève une difficulté que nous allons tout de suite faire comprendre. La déclaration sur l'intention est généralement ainsi conçue : X avait ou n'avait pas l'intention frauduleuse. De la sorte le jugement ou l'arrêt comprennent exclusivement : 1° la constatation des faits matériels, 2° la qualification légale intention. Si bien que pour vérifier si les juges ont fait de cette qualification un usage exact, pour déterminer le sens précis qu'ils lui donnent, la Cour de cassation est obligée de refaire intégralement le raisonnement par lequel ils l'ont attribuée aux faits matériels : or ce raisonnement, nous l'avons dit, comporte deux degrés dont le premier (détermination d'un état psychologique) est dans le domaine souverain. Il semble dès lors impossible que la Cour de cassation vérifie

l'attribution de la qualification légale sans connaître abusivement de l'interprétation psychologique. Nous pourrions dès maintenant répondre à cette objection, résoudre cette difficulté. Mais il nous paraît préférable de ne pas rester plus longtemps dans l'abstraction. En exposant la jurisprudence, nous comprendrons mieux comment se pose le problème et peut-être comment il doit se résoudre.

*
**

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de contrôle sur la déclaration relative à l'intention nous paraît se ramener aux quatre idées suivantes que nous allons successivement analyser :

1° La déclaration sur l'intention est souveraine et ne peut être en principe l'objet d'aucun contrôle.

2° Elle peut cependant être cassée lorsqu'elle contient une proposition de droit erronée.

3° Elle peut de même être cassée lorsqu'elle est en contradiction avec les faits matériels constatés par l'arrêt.

4° De même encore lorsqu'elle est en contradiction avec le *caractère légal* qui appartient à ces faits.

1° *Principe de la déclaration souveraine.* — Il résulte de ce principe que la déclaration sur l'intention peut être une affirmation pure et simple, sans motifs et souveraine. Sous des formes diverses ce principe, longtemps admis sans aucune restriction par la Cour suprême, se trouve encore journellement appliqué par de nombreux arrêts. En matière de *vol* l'arrêt qui renvoie des fins de la pour-

suite « parce qu'il ne résulte pas de l'examen des faits de la cause que le prévenu ait été de mauvaise foi » est suffisamment motivé (1). De même « les tribunaux correctionnels dont les membres réunissent les fonctions de jurés à celles de juges, n'excèdent nullement leurs pouvoirs en reconnaissant qu'à raison de sa moralité et des circonstances qui l'ont entouré, le fait objet de la prévention se trouve dépouillé des caractères qui pouvaient lui faire appliquer les peines portées par la loi » (2).

De même en matière de *délits de presse* il a été jugé à maintes reprises que l'appréciation du juge du fait sur l'intention échappait à tout contrôle (3).

Des arrêts décident que la question de savoir si des blessures ont été faites avec *intention de donner la mort* échappe au contrôle de la Cour de cassation (4).

On en pourrait citer beaucoup d'autres dont l'énumération serait aussi fastidieuse qu'inutile. Ce sont des arrêts qui ne laissent aucune place au contrôle de la Cour de cassation, qui par conséquent ne font pas, en ce qui concerne l'intention, la distinction du fait et du droit : pour eux aucune question de droit n'est posée, l'affirmation pure et simple des juges du fait tranche une question de fait et la tranche souverainement.

(1) 25 juillet 1901 (D. 1903.4.462, et la note). Cf. 13 mars 1886 (D. 87.1.285) ; 23 août 1894 (D. 95.1.191).

(2) 4 octobre 1827 ; 11 décembre 1834 [B. 396], cités et critiqués par M. Garçon (*Code pénal*, sous l'art. 379, nos 511 et s.).

(3) Cf. Le Poittevin, *Traité de la presse*, n° 735.

(4) 23 février 1873, 31 décembre 1898.

2° *Erreur de droit*. — Nous l'avons montré, la recherche de l'intention suppose au contraire résolue une question de droit, la définition juridique de l'intention. Il peut se trouver des arrêts moins laconiques (ils sont d'ailleurs très rares), où le juge donnera une définition de l'intention. Il est évident que la Cour de cassation, mise ainsi en présence d'une question de droit entièrement dépouillée de tout mélange de fait, n'hésite pas à exercer son droit de contrôle. Si l'intention criminelle doit être définie par exemple *la connaissance où est l'agent qu'il commet le délit tel qu'il est déterminé par la loi*, si la Cour de cassation adhère à cette formule, il est bien évident qu'elle devra casser toute proposition qui attribuerait à l'expression intention frauduleuse un autre sens, qui par exemple confondrait l'intention avec le mobile. Il n'est même pas nécessaire que cette confusion résulte d'une déclaration expresse, il suffit qu'elle ressorte du raisonnement par lequel les juges sont arrivés à leur conclusion.

« Si les Cours impériales, dit un arrêt rendu en matière d'escroquerie, sont investies du droit d'apprécier souverainement les circonstances qui peuvent dépouiller les faits imputés de tout caractère de criminalité, leur déclaration tombe sous le contrôle de la Cour de cassation... lorsqu'elle est la conséquence ou l'application d'une erreur de droit » (1). Dans l'espèce l'arrêt critiqué s'était fondé pour écarter l'intention sur l'ignorance où était le

(1) 29 juin 1862 (B. 159, réquisitoire de M. le procureur général Dupin).

prévenu du caractère frauduleux des actes qu'il commettait. Rectifiant cette erreur de droit, la Cour de cassation décide « qu'il ne suffit pas pour détruire la criminalité d'un délit qu'on se soit cru, par ignorance de la loi, en droit de le commettre ».

C'est également une erreur de droit qu'avaient commise des juges correctionnels en relaxant du chef de vol un employé qui s'était emparé de billets de banque tombés du portefeuille d'un banquier, sous prétexte qu'il n'était pas établi que « lorsqu'il avait trouvé les billets, il sût qu'ils étaient la propriété du banquier, qu'on ne pouvait pas dire qu'il y eût à ce moment chez lui une intention frauduleuse de s'approprier la chose d'autrui ». Cet arrêt fut cassé. « Attendu qu'en se bornant sur la question intentionnelle à cette argumentation la Cour avait substitué à une preuve justificative une conséquence inadmissible en droit qu'elle avait inexactly déduite du fait non concluant; qu'en supposant, en effet, que le prévenu ignorât que les billets fussent la propriété du banquier, il ne pouvait douter qu'ils appartenissent à quelqu'un au préjudice de qui, quel qu'il fût, il ne lui était pas permis de se les approprier; que cette ignorance à elle seule n'aurait donc pas été de nature à justifier son intention » (1).

De même en matière de meurtre « la question de savoir si l'inculpé a eu l'intention de donner la mort est une

(1) 7 septembre 1855 (D. 55.1.384). Cf. Garçon (*Code pénal*, sous l'article 379, n° 513).

pure question de fait ; mais si, ayant fait cette constatation, la chambre d'accusation commettait une erreur de droit, la chambre criminelle devrait la réprimer. Par exemple il est certain qu'elle devrait casser un arrêt d'accusation qui, après avoir constaté que l'inculpé a tiré sur une personne avec intention de la tuer, niait le meurtre accompli sur un tiers *aberratione ictus* » (1).

On pourrait multiplier les exemples d'erreurs de droit manifestement commises dans la déclaration relative à l'intention. Les arrêts que nous avons cités suffisent à montrer que la Cour de cassation n'a jamais hésité à rectifier ces erreurs, lorsqu'elles résultaient évidemment des termes de l'arrêt attaqué.

3° *Contradiction avec les faits constatés.* — Le principe de la cassation pour contradiction de la déclaration sur l'intention avec les autres faits constatés n'a pas été admis aussitôt et soulève de plus sérieuses difficultés.

Lorsqu'elle se trouve en présence d'arrêts qui, ayant énoncé un certain nombre de faits matériels d'où résulte évidemment l'existence de l'intention, écartent ensuite cette intention, la Cour de cassation se fonde, pour les annuler, non sur son droit général de contrôler la qualification, mais sur ce principe que la contradiction entre les motifs équivaut à l'absence de motifs. A vrai dire, en jugeant ainsi, la Cour suprême n'exerce pas un contrôle sur l'intention, elle se borne à assurer l'application d'une règle générale qui est en quelque façon une règle de forme.

(1) 8 septembre 1826, cité par M. Garçon, sous l'article 295, n° 85.

L'idée, on le voit, permettait à la Cour de s'immiscer dans la recherche de l'intention en quelque sorte sans en avoir l'air et sans risquer le reproche d'avoir violé la distinction du fait et du droit. Elle ne devait pas manquer de faire fortune. Grâce à elle ont pu être cassés des arrêts qui, par exemple, en matière d'escroquerie, après avoir établi à la charge des prévenus des faits éminemment constitutifs du délit, se fondent pour prononcer l'acquittement sur ce que la situation sociale des prévenus et les excellents renseignements recueillis sur leur compte excluaient l'intention criminelle (1), ou simplement sur cette affirmation que rien ne permet de supposer chez eux cette intention (2). La doctrine de ces différents arrêts est ainsi exprimée par l'un d'eux. « Le contrôle de la Cour de cassation s'étend sur la déclaration du juge du fond relative à l'absence d'intention coupable, en ce sens qu'un arrêt ne peut sans encourir sa censure se mettre en contradiction avec lui-même et nier l'intention criminelle que les faits constatés par ce même arrêt impliquaient forcément. »

La même formule est donnée en matière de vol par un arrêt du 25 février 1869 (3) : « La question d'intention rentre exclusivement dans l'appréciation des juges du fait ; leur décision sur ce point est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation, à moins qu'elle ne soit

(1) 14 mai 1881 (B. n° 125, S.82.1.331).

(2) 29 juin 1862 (B. p. 159) ; 28 mai 1887 (B. n° 207, D.87.1.203).

(3) D. 69.1.329.

en contradiction avec les autres éléments de fait constatés par eux. »

C'est en vertu de la même idée qu'ont pu être annulés de nombreux arrêts rendus par des chambres de mise en accusation, qui, après avoir constaté un homicide et des blessures résultant d'un *duel*, se fondaient, pour acquitter les prévenus, sur ce qu'ils n'avaient pas l'intention de donner la mort. Le duel en effet implique forcément cette intention (1).

C'est une contradiction du même genre dont se rend coupable un arrêt qui, ayant constaté qu'après une lutte corps à corps les accusés ont gagné une hauteur d'où ils ont fait pleuvoir une grêle de pierres sur leurs adversaires dont l'un a eu le crâne fracturé et est mort bientôt après, donne à ces faits la qualification d'homicide par imprudence, ce qui revient à nier l'intention de donner la mort, ou tout au moins des coups et blessures (2).

Doit être de même annulé un arrêt d'accusation qui, se contredisant lui-même et constatant des faits de nature à affirmer et à nier à la fois l'intention de l'agent, avait renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la prévention de coups et blessures volontaires une femme inculpée par le juge d'instruction du meurtre de son mari, mais qui constatait cependant que cette femme était affolée lorsqu'elle avait commis le fait incriminé et qu'elle ne se serait pas livrée à cet acte de désespoir si elle n'avait été en quelque

(1) 14 juin 1849 (B. p. 214).

(2) 29 septembre 1881 (B. p. 382) ; 5 septembre 1881,

sorte privée de sa liberté d'esprit. Ces dernières constatations étaient de nature à mettre en doute et à faire disparaître sa responsabilité (1).

En matière de délits de presse nous retrouvons la distinction déjà critiquée entre le caractère intrinsèque et extrinsèque des éléments d'appréciation. « En matière de délits de presse, dit un arrêt du 10 mars 1865 (2), les articles étant sous les yeux de la Cour de cassation et pouvant être vérifiés et appréciés par elle, il n'appartient pas aux juges du fond, sans encourir la censure de cette Cour, d'en méconnaître le sens et la portée et d'acquitter les prévenus en se fondant sur une prétendue absence d'intention coupable tirée uniquement des termes de ces articles ; mais il en est autrement lorsque l'arrêt attaqué fait résulter l'absence d'intention coupable d'éléments étrangers à l'article et qu'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement » (3).

Cette distinction ne nous paraît pas ici moins insoutenable : si l'on admet en effet que la contradiction entre la déclaration sur l'intention et les faits constatés donne ouverture à cassation, peu important, on le comprend, la nature et l'origine de ces faits (4).

(1) 25 mars 1886. Cité par M. Garçon (*Code pénal*, sous l'article 295, n° 86).

(2) B. p. 98.

(3) En matière de *faux*, la contradiction de la déclaration sur l'intention et la constatation des faits a donné lieu à de nombreuses cassations. V. Garçon, articles 145, 146 et 147, section VI, p. 326.

(4) Cf. 23 août 1863 (B. n° 127) ; 28 mai 1870 (B. n° 117).

4° *Contradiction avec le caractère légal du délit.*— Cette formule ne paraît pas avoir un sens aussi clair que la précédente. La Cour de cassation en a fait d'ailleurs un emploi beaucoup plus restreint. Voici comment s'exprime un arrêt du 2 janvier 1903. « Si, en ce qui concerne l'intention délictueuse, les Cours d'appel sont investies du droit d'apprécier les circonstances qui peuvent dépouiller les faits imputés de tout caractère de criminalité, leur appréciation à cet égard n'est souveraine et n'échappe au contrôle de la Cour de cassation qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction flagrante avec les faits constatés par les arrêts eux-mêmes, ou avec le caractère légal qui appartient aux circonstances appréciées par ces arrêts » (1).

Cette formule de 1903 répète mot pour mot une formule de 1857 donnée à propos d'une qualification d'escroquerie. « Si les Cours impériales ont le pouvoir d'apprécier les faits soumis à leur examen, cette appréciation n'est souveraine qu'autant que les déductions tirées de leur examen ne sont pas en contradiction flagrante avec le caractère légal qui leur appartient » (2).

On reconnaîtra avec nous qu'une telle formule est particulièrement obscure et qu'il paraît difficile de savoir ce qu'en l'employant la Cour suprême a voulu dire. Il semble, à notre avis, que la contradiction avec les faits constatés et la contradiction avec le caractère légal ne soient qu'une seule et même chose. Dire en effet que la déclaration

(1) Bris de scellés (B., p. 1 ; *J. des Parq.*, 2.63).

(2) B. 179, D. 57.1.317. — Cf. 31 janvier 1857 (abus de confiance).

sur l'intention contredit les faits matériels constatés, c'est parler un langage elliptique. Ce qui se contredit ce n'est pas la déclaration et les faits matériels, c'est la déclaration et la conclusion que l'on doit logiquement tirer de ces faits. Or cette conclusion c'est ce que la Cour de cassation veut désigner par l'expression caractère légal. Par exemple en matière d'escroquerie : l'arrêt attaqué relève certains faits qui ont le caractère légal de manœuvres frauduleuses. Dire qu'en écartant l'intention frauduleuse l'arrêt attaqué s'est mis en contradiction avec les faits par lui constatés, ou avec le caractère qui appartient à ces faits, c'est dire une seule et même chose. En distinguant les deux termes la Cour de cassation nous paraît là encore avoir commis une confusion.

Quoi qu'il en soit nous connaissons maintenant la jurisprudence et nous pouvons essayer de la résumer et de la juger.

Le juge du fait tranche souverainement la question d'intention, voilà le principe général de la Cour suprême. Toutes les fois par conséquent que le juge se contentera de donner une affirmation dépourvue de motifs, sa déclaration échappera au contrôle de la Cour de cassation. Au contraire s'il a motivé son arrêt, s'il n'a donné sa déclaration qu'après avoir rapporté les circonstances de la cause, ou bien s'il a cru devoir expliquer dans quel sens il employait le mot intention, il encourra la censure pour contradiction ou pour erreur de droit. Mais ce ne sont pas là, à notre avis, des exceptions à la règle. En réalité, nou

l'avons dit, la contradiction entre les motifs apparaît plutôt comme une erreur de forme que la Cour de cassation relève sans rien préjuger de l'intention elle-même. Et quant aux erreurs de droit il suffira aux arrêts, pour les éviter, de se montrer moins explicatifs.

On voit donc que nous devons ici reproduire une critique déjà faite à propos de la qualification en général. Le principe du contrôle suppose deux conséquences également nécessaires : le droit de rectifier et le droit de vérifier, c'est-à-dire le droit d'annuler des décisions faussement motivées et le droit d'annuler des décisions non motivées. Et nous faisons remarquer qu'exercer le premier de ces droits en abandonnant l'autre, c'était donner une prime à la négligence et à l'arbitraire. Si l'on admet que la contradiction avec les faits constatés ou avec leur caractère légal soit une cause de cassation, on doit s'assurer que cette contradiction n'existe pas et par conséquent obliger les arrêts à rapporter dans toutes les hypothèses les motifs de leur déclaration.

D'autre part l'idée même de la cassation pour contradiction de motifs nous paraît une idée absolument insuffisante et qui peut être aisément critiquée. Elle suppose que la Cour de cassation se reconnaît le droit de tirer elle-même des faits matériels qui lui sont soumis une décision sur l'intention et qu'ensuite elle juge cette décision contradictoire avec celle des juges du fait. Or c'est ici le lieu de rappeler la décomposition que nous avons tentée du jugement sur l'intention : nous avons vu qu'en déduisant

des faits matériels l'attitude psychologique du prévenu on faisait un raisonnement de pur fait. Ce raisonnement, la Cour suprême ne peut donc le faire, et par conséquent elle peut encore moins l'opposer à celui des juges du fait et se servir de celui-là pour condamner celui-ci. Ce qu'il faut bien comprendre, en d'autres termes, c'est qu'il n'y a pas contradiction entre des faits matériels et une proposition, mais entre deux propositions : or de ces deux propositions une seule a été formulée par un juge compétent, c'est celle des juges du fait.

En faut-il conclure que dans les hypothèses citées par nous la Cour suprême aurait dû respecter les arrêts qui lui étaient soumis ? En faut-il conclure qu'aucune atteinte ne saurait être portée par la Cour de cassation au droit souverain des juges du fait en ce qui concerne l'intention ? C'est ce que soutient Faustin Hélie (1). D'après cet auteur il faudrait distinguer, au point de vue de la qualification, entre la matérialité et la moralité du fait. La qualification serait la déclaration que le fait matériel « isolé de toute intention » constitue le délit. En ce sens la Cour de cassation est juge suprême de la qualification. Au contraire la déclaration qui admet ou écarte l'intention est une déclaration en fait qui est sans rapport avec la qualification légale et qui échappe à tout contrôle. Dès lors la Cour de cassation « peut-elle critiquer la déclaration relative à l'intention sous prétexte qu'elle est contraire à la consta-

(1) *Instruction criminelle*, n° 2267.

tation des faits matériels? Si elle a le droit de juger ces qualifications, n'est-ce pas seulement en prenant pour constants les faits reconnus par les arrêts, et dire qu'il y a contradiction dans l'appréciation de ces faits, n'est-ce pas pénétrer dans cette appréciation et se substituer aux juges qui l'ont faite? La chambre d'accusation, après avoir constaté [dans l'hypothèse d'un duel] le fait matériel de l'homicide, avait écarté la volonté de tuer: n'était-ce pas son droit? Et la doctrine implicitement cachée au fond de cet arrêt [l'arrêt avait cassé pour défaut de motifs. V. page 88, n. 1] ne conduirait-elle pas à l'annulation de toutes les déclarations de non-lieu fondées sur le défaut d'une intention coupable?»

S'il est vrai, comme nous l'avons indiqué, que la cassation pour contradiction de motifs suppose un contrôle sur la forme et ne touche pas au fond du droit, on voit que les critiques de Faustin Hélie contre l'arrêt sur le duel portent peu. Mais c'est au principe même dont il les fait sortir que nous devons nous attaquer, c'est-à-dire à cette idée que la qualification est l'attribution du caractère légal aux faits matériels, abstraction faite de l'élément moral. Il nous suffira de rappeler ici notre analyse de la qualification: un acte a été accompli, cet acte est-il le délit défini par la loi? Ce qui suppose la constatation du fait accompli, la définition du délit légal, et enfin le rapprochement de ces deux termes. Cette analyse ne suppose aucune distinction. La constatation de l'acte accompli portera sur des faits matériels et sur des faits moraux, la définition

du délit légal comprendra également un élément matériel et un élément moral. La qualification consistera à reconnaître dans les faits matériels et dans les faits moraux du délit réalisé l'élément matériel et l'élément moral prévus par la définition légale. Il n'existe absolument aucune raison plausible de faire ici une distinction. La qualification est le rapport du fait à la loi; si ce rapport tranche une question de droit, la Cour de cassation doit le contrôler.

Cette discussion nous a mis au cœur du problème. Nous rappellerons que le domaine souverain comprend, outre les faits matériels, les constatations particulières tirées de ces faits par un raisonnement qui ne fait intervenir aucune notion juridique: parmi ces derniers faits est l'attitude psychologique du prévenu exprimée par cette phrase qu'il avait ou qu'il n'avait pas l'intention frauduleuse. Cette décision considérée uniquement d'un point de vue extra-légal est absolument souveraine, mais on ne peut passer d'emblée d'une telle affirmation à l'application de la peine; un des termes du raisonnement manquerait. Le juge ne dit pas: X a pris un porte-monnaie dans la poche de N, il avait l'intention de réaliser le délit, je le condamne à un an de prison. Il dit: X a pris un porte-monnaie dans la poche de N, il avait l'intention de réaliser le délit, donc il a commis la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui prévue par l'article 379 du Code pénal, donc je le condamne à un an de prison. Ce qui signifie qu'après la constatation et avant de passer à l'application de la peine, il affirme: 1° que le fait matériel attribué à

X est bien la soustraction prévue par la loi ; 2° que l'attitude psychologique que l'arrêt lui suppose donne à son acte le caractère frauduleux au sens de la loi.

Après cette analyse il est aisé de comprendre d'une part que la Cour de cassation peut et doit dans tous les cas vérifier la déclaration relative à l'intention et d'autre part qu'elle dispose d'une seule cause de cassation : l'erreur de droit.

Si nous reprenions les hypothèses où la Cour suprême a basé l'annulation sur la contradiction, nous verrions aisément que cette contradiction n'est pas autre chose que l'erreur de droit.

En effet, des faits matériels constatés résulte avec évidence l'existence ou la non-existence de l'intention : si la déclaration de l'arrêt contredit cette évidence, c'est donc que les juges se sont fait de l'intention une conception qui n'est pas la conception légale, que par suite ils en donnent implicitement une définition fautive et commettent ainsi une erreur de droit.

Nous donnerons donc à la Cour de cassation : 1° le droit de vérifier, en partant des faits matériels constatés, le raisonnement dont la déclaration sur l'intention est la conclusion et 2° le droit d'exiger que les faits matériels soient dans tous les cas suffisamment constatés pour lui permettre cette vérification. Il semble que ces idées, sans y avoir encore revêtu une forme tout à fait satisfaisante, tendent à se faire jour dans la jurisprudence de la Cour suprême et nous devons relever deux décisions

qui vont nous permettre de serrer de plus près le problème.

La Cour de Chambéry avait acquitté les époux Costa de Beauregard, prévenus d'avoir brisé les scellés apposés en vertu d'un arrêté préfectoral sur un immeuble ayant appartenu à une congrégation. Parmi les motifs de cet arrêt voici ceux qui concernent la question d'intention.

« En ce qui concerne la bonne ou mauvaise foi des prévenus :
 « Attendu qu'en admettant que l'arrêté dont il s'agit soit de tous points valable et régulier ou même qu'il importe peu qu'il ne le soit pas, et en admettant aussi que son défaut de notification ne forme aucun obstacle légal à la poursuite, il faut, dans tous les cas, reconnaître que cette dernière circonstance, c'est-à-dire l'ignorance où en ont été les prévenus, constitue une présomption des plus fortes au point de vue de leur bonne foi ; qu'ils ont déclaré devant la Cour qu'en brisant les scellés apposés sur leur immeuble ils n'avaient pas eu d'autre intention que de protester contre un acte qui leur paraissait entièrement arbitraire ; que cet acte devait en effet paraître tel, non seulement à raison de son caractère insolite, mais encore parce que le commissaire de police qui y procédait, commissaire d'ailleurs inconnu d'eux et étranger à la région, ne leur avait montré aucune pièce et était allé même jusqu'à prétendre, ainsi que le constate expressément son procès-verbal, qu'il n'avait pas d'explication à leur fournir ; que c'est sous le coup de cette réponse et en l'absence de toute production de l'arrêté préfectoral, vaguement mentionné par lui, et absolument ignoré des prévenus, que ceux-ci, forts de leur droit de propriété, se sont crus et ont pu se croire l'objet d'une atteinte illégale abusive dont ils n'avaient pas à tenir compte dans la pleine liberté de leur légitime jouissance ; que leur acte a été immédiat, instinctif, et qu'il serait contraire à la raison aussi bien qu'à la justice d'y voir une matière quelconque à con-

damnation pénale, alors d'ailleurs que les autres éléments d'appréciation fournis par les débats concordent à exclure également toute intention délictueuse. »

Pour écarter l'intention délictueuse, cet arrêt s'appuie sur une série d'affirmations qui peuvent être enfermées dans les trois propositions suivantes : 1° les prévenus ont pu croire que l'acte était irrégulier et arbitraire ; donc ils n'ont pas voulu commettre de violences à l'égard de l'autorité publique ; 2° ils ont agi d'une façon immédiate et instinctive ; 3° les autres éléments d'appréciation fournis par les débats concourent à exclure également toute intention délictueuse.

Voyons successivement comment chacune de ces propositions a été traitée par l'arrêt de la Cour de cassation (1).

(1) Voici parmi les motifs de l'arrêt ceux qui traitent de la question d'intention :

« Attendu, en ce qui concerne l'intention délictueuse, que si les Cours d'appel sont investies du droit d'apprécier les circonstances qui peuvent dépouiller les faits imputés de tout caractère de criminalité, leur appréciation à cet égard n'est souveraine et n'échappe au contrôle de la Cour de cassation qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction flagrante avec les faits constatés par les arrêts eux-mêmes ou avec le caractère légal qui appartient aux circonstances appréciées par ces arrêts.

« Attendu que l'arrêt constate expressément que les prévenus ont déclaré devant la Cour qu'en brisant les scellés apposés sur leur immeuble, ils n'avaient eu d'autre intention que de protester contre un acte qui leur paraissait entièrement arbitraire ; que cette constatation implique nécessairement que les prévenus se savaient en présence d'une mesure exécutée par les représentants de l'autorité publique ; que la constatation de l'arrêt caractérise donc pleinement le délit prévu par les articles 249 et 252 du Code pénal, puisque, au lieu de recourir par les voies légales contre une mesure législative qu'ils jugeaient arbitraire, les époux Costa y ont répondu par un acte de violence à l'égard de

1^{re} Proposition. — La Cour de cassation y fait deux réponses :

a) Il résulte des constatations mêmes de l'arrêt que les prévenus se savaient en présence d'une mesure de l'autorité publique.

b) L'erreur de droit où ils auraient pu se trouver ne fait pas disparaître l'intention.

La proposition est ainsi reconnue fautive d'abord parce qu'elle contredit les faits constatés par l'arrêt et ensuite parce qu'elle contient une erreur de droit.

Le rapport de M. le conseiller Bard nous révèle d'une façon plus précise la méthode suivie ici par la Cour de cassation (1).

a) En ce qui concerne la *contradiction*. La Cour de Chambéry affirme que les prévenus ont pu se croire l'objet

l'autorité publique ;

« Que l'arrêt attaqué ajoute à tort que les prévenus se sont crus ou ont pu se croire l'objet d'une atteinte illégale, abusive, dont ils n'avaient pas à tenir compte dans la pleine liberté de leur légitime jouissance ; qu'en admettant même avec l'arrêt la possibilité de cette erreur, une erreur de droit ne fait pas disparaître la culpabilité résultant d'un acte volontairement accompli ; qu'en effet, nul n'est censé ignorer la loi ;

« Que non moins vainement encore l'arrêt ajoute que l'acte des prévenus aurait été immédiat et instinctif, les manquements envers l'autorité publique n'étant pas moins des délits pour avoir été commis d'une façon immédiate et instinctive ;

« Qu'enfin l'arrêt ne fait pas connaître les autres éléments d'appréciation fournis par les débats qui, suivant lui, concorderaient à établir l'absence d'intention délictueuse à l'encontre des constatations formelles précédemment retenues. » 2 janvier 1903 (B. p. 1).

(1) On trouvera ce rapport au *J. des Parq.*, 1903.2.63.

d'une atteinte illégale. Cette affirmation, d'après M. le conseiller Bard, est démentie par les faits. Il semble que ces faits, la Cour de cassation ne puisse en connaître. Il est vrai. Mais l'arrêt fait allusion au procès-verbal du commissaire de police et aux déclarations du prévenu. Ce procès-verbal, ces déclarations, M. le conseiller croit pouvoir les reprendre, les interpréter à sa manière, et se servir de cette interprétation pour contredire les conclusions de la Cour d'appel. Pour lui, après cet examen des faits, il apparaît que les prévenus ont su qu'ils se trouvaient en présence d'un acte de l'autorité publique.

b) En ce qui concerne l'erreur de droit. « Pour qu'il y ait intention délictueuse, dit le rapport, il faut et il suffit que l'on ait volontairement commis la destruction matérielle prévue par la loi et que l'on ait agi en pleine connaissance de cause. »

Et le savant rapporteur cite des hypothèses où, de toute évidence, cette intention n'existera pas : cas d'une personne enfermée par mégarde et qui, ouvrant la porte pour sortir, brise les scellés, ou d'une personne « vivant dans une heureuse ignorance des appareils extérieurs de la procédure » et ne se rendant pas compte du caractère des bandes de toile ainsi apposées, etc.

C'est après avoir ainsi posé en droit la définition de l'intention que M. le conseiller Bard recherche en fait et par les moyens que nous avons dit si les prévenus ont eu cette intention. Puis il conclut que « le raisonnement de la Cour fait résulter la bonne foi des prévenus d'une erreur de droit

et qu'une erreur de droit ne fait pas disparaître le délit ».

Cette méthode, proposée par le savant conseiller et suivie par la Cour de cassation, ne nous paraît pas absolument correcte. Tout d'abord les faits matériels souverainement constatés par l'arrêt sont les seuls que la Cour de cassation doit connaître ; elle doit s'en tenir à la constatation présentée par l'arrêt et n'a pas le droit, pour en établir une autre, de recourir aux documents de la cause. Ensuite nous avons vu que la reconnaissance chez le prévenu d'une certaine attitude psychologique, reconnaissance déduite des faits matériels, était également une constatation souveraine. A notre avis par conséquent la Cour de cassation, liée par l'appréciation souveraine des juges du fait, devait admettre que les prévenus s'étaient crus en face d'un acte illégal et abusif. Mais refaisant alors le raisonnement par lequel la Cour de Chambéry, partie des faits matériels constatés par elle-même, était arrivée à cette conclusion, la Cour suprême avait le droit de dire : l'intention que ce raisonnement écarte ne peut pas être l'intention juridique dont précisément il suppose les éléments réalisés. Il a donc erré sur la définition même de l'intention, il a commis une erreur de droit. On voit donc qu'il n'y avait pas à invoquer : 1° la contradiction, 2° l'erreur de droit, mais simplement l'erreur de droit.

2° PROPOSITION : *Les prévenus ont agi d'une façon immédiate et instinctive.* — La Cour de cassation répond en termes justes, mais un peu faibles : Les manquements envers l'autorité publique ne sont pas moins des délits pour avoir été commis d'une façon immédiate et instinctive.

La Cour de Chambéry a commis ici cette erreur qui consiste à confondre l'intention non seulement avec le mobile, mais avec une certaine qualité du mobile. Cette erreur qui consiste à dire, en somme : oui ils l'ont fait, mais ils ne l'ont pas fait méchamment, ce qui juridiquement importe peu, est une erreur vulgaire qui méritait d'être relevée par la Cour de cassation en termes plus catégoriques.

3^e PROPOSITION : *Les autres éléments d'appréciation fournis par les débats concourent à exclure également toute intention délictueuse.* — Cette proposition, on a pu le comprendre, est peut-être la plus intéressante. A son propos la question de la souveraineté des juges du fait en matière d'intention se pose de la façon la plus complète. Enfin nous avons déjà vu la Cour suprême annuler des arrêts pour erreur de droit ou contradiction dans la déclaration sur l'intention ; mais nous ne l'avons pas encore vue obliger les juges du fait à motiver leur déclaration, pour en pouvoir vérifier la valeur juridique. Si la Cour suprême avait appliqué ici son système, après avoir redressé les erreurs commises par l'arrêt, lorsqu'il s'expliquait, elle aurait dû s'incliner devant son affirmation, lorsqu'il ne s'expliquait plus. Elle ne l'a pas fait, elle a rejeté encore ce moyen ultime de l'arrêt, mais les termes dont elle s'est servie ne nous paraissent pas, là encore, à l'abri de toute critique.

Laissons d'abord la parole à M. le conseiller Bard.

« Sur la finale de l'arrêt : lorsque les poursuites sont intentées

en vertu d'un procès-verbal qui en est la base et lorsque ce procès-verbal constate des faits précis d'où ressort le caractère intentionnel des actes commis, nous hésiterions sans doute à admettre que le juge sans discuter aucun de ces faits ait le droit de relaxer sur une déclaration générale et vague d'absence d'intention délictueuse qui soustrairait son arrêt à votre contrôle. Mais nous n'avons même pas à faire état du procès-verbal : l'arrêt en effet a commencé par constater que le bris de scellés avait été commis pour protester contre les actes du gouvernement, par conséquent avec l'intention qui est un des éléments constitutifs du délit. Lorsqu'il affirme plus loin, sans donner d'ailleurs aucune explication sur ce dernier point, que les éléments d'appréciation fournis par les débats excluent l'intention délictueuse, il se met en contradiction avec lui-même. et l'opposition des motifs successivement donnés par lui peut être considérée comme équivalant à une absence de motifs qui tombe incontestablement sous votre censure et peut entraîner la cassation. »

On voit avec quelles hésitations et quelles réserves est dénié au juge du fait « le droit de relaxer sur une déclaration générale et vague d'absence d'intention délictueuse ». On ne se fonde nullement sur le droit qui appartient à la Cour de cassation de contrôler la déclaration sur l'intention et par conséquent d'exiger qu'elle soit motivée. Au lieu de faire appel à ce principe général, on invoque l'existence du procès-verbal, qui en vérité n'ajoute absolument rien à l'obligation du juge, et la contradiction par laquelle la Cour de cassation s'érige à tort juge d'un raisonnement souverain. La formule adoptée par l'arrêt de la Cour contient d'ailleurs cette dernière réserve : « attendu que l'arrêt ne fait pas connaître les autres éléments d'appréciation fournis par les débats qui suivant lui concorderaient à éta-

blir l'absence d'intention délictueuse à *l'encontre des constatations formelles précédemment retenues.* » Ainsi on casse bien pour absence de motifs, mais cette absence de motifs, au lieu de la constater purement et simplement, on la déduit, par un détour étrange, de la contradiction des motifs.

Malgré les critiques qu'il nous a fallu adresser à cet arrêt, malgré que ses formules nous paraissent encore un peu obscures et un peu insuffisantes, il a eu le mérite, grâce à la précieuse collaboration de M. le conseiller Bard, de poser la question d'intention et de la discuter d'une façon très approfondie et en définitive de rejeter ces formules vagues et générales par lesquelles trop d'arrêts avaient su avant lui se dérober à tout contrôle.

C'est une formule de ce genre qui fut encore cassée par la Cour suprême dans un arrêt du 1^{er} mai 1903 (affiliation à une congrégation non autorisée). Après avoir discuté dans ses conclusions les différentes positions de l'arrêt attaqué, M. le procureur général Baudoin, arrivant à la question d'intention, s'exprimait ainsi :

« Qu'importent, disent les défenseurs, toutes ces critiques ? Si graves soient-elles, leur portée ne disparaît-elle pas dans notre espèce en présence de ce considérant qui termine l'arrêt : « Attendu que l'intention frauduleuse des prévenus n'est pas établie ». L'infraction relevée est un délit ; vous l'admettez : il faut donc pour qu'elle soit constituée tout à la fois le fait matériel et l'intention délictueuse. Cette intention, la Cour d'appel affirme qu'elle fait défaut. Tout est dit, c'est là une appréciation de fait souveraine et à elle seule elle justifie le dispositif, quelles que puissent être d'ailleurs les erreurs commises dans les autres motifs de l'arrêt. Telle est l'objection et certes elle est des plus graves. Est-

elle cependant décisive ? J'admets sans hésiter que si la Cour d'appel par une étude sérieuse et complète de l'affaire et de tous ses éléments atteste la bonne foi des prévenus et la démontre, la déduisant de circonstances précises qu'elle relève dans des considérants clairs et positifs qui nous permettent d'exercer notre contrôle dans la mesure où la loi l'a institué, si elle fait résulter l'absence d'intention frauduleuse des circonstances de fait qu'elle a le droit d'apprécier souverainement et non d'une erreur de droit qui ne saurait constituer la bonne foi, j'admets que dans ce cas nous sommes en face d'une appréciation souveraine qui s'impose à nous. Mais ce que je ne saurais admettre c'est qu'il suffise à une Cour à bout d'arguments de jeter à la fin d'un arrêt dont tous les autres motifs sont erronés cette phrase sans autre explication : « Attendu que l'intention frauduleuse n'est pas établie » pour que tout soit dit pour vous et que par cette affirmation tranchante vous soyez désarmés. S'il en était autrement, la phrase ne deviendrait-elle pas de style ? et quel serait alors votre rôle ? de quelle utilité serait votre institution ? Non, ce n'est pas là ce que la loi veut et permet. En cela comme en tout les arrêts doivent être motivés ; ils doivent nous permettre de vérifier si nous sommes en face d'une appréciation de fait ou d'une décision basée sur le droit. »

Dans le langage de M. le Procureur général tout ne nous paraît pas aussi satisfaisant que la conclusion, très nette et très vigoureuse. Si la Cour de cassation a le droit de rejeter la phrase attaquée par M. le Procureur général, c'est qu'elle a un droit de contrôle sur l'intention, elle a le droit de vérifier l'exactitude juridique de la définition de l'intention telle qu'elle est supposée par les termes de l'arrêt. S'il en est ainsi le fait que la Cour d'appel justifie sa déclaration de bonne foi par des considérants nets et positifs ne suffit nullement à rendre cette déclaration sou-

veraine. puisqu'elle ne cessera pas par là de poser une question de droit dont la Cour de cassation demeure juge. De même on comprend mal cette distinction entre le cas où la Cour d'appel fait résulter l'absence d'intention frauduleuse de circonstances de fait qu'elle a le droit d'apprécier souverainement et celui où elle la déduit « d'une erreur de droit qui ne saurait constituer la bonne foi ». Si nous entendons bien M. le Procureur général, il fait allusion à une hypothèse semblable à celle de l'arrêt Costa de Beauregard, hypothèse où les prévenus s'étant trompés sur leur situation juridique par ignorance de la loi, la Cour d'appel déduit de cette erreur de droit leur bonne foi. Mais cette erreur de droit n'est pas autre chose qu'une circonstance de fait, et c'est en déduisant de cette circonstance de fait la bonne foi, que la Cour d'appel a commis elle aussi une erreur de droit. Il semble que ce soit ce terme « erreur de droit » qui ait ainsi conduit à son tour M. le Procureur général à une véritable confusion. Ce qu'il fallait dire c'est que les circonstances de fait sont toujours, quelles qu'elles soient, souverainement constatées par les juges du fait. Mais dans le raisonnement par lequel ils déduisent ensuite de ces circonstances leur déclaration sur l'intention, la Cour de cassation a le pouvoir de relever toutes les erreurs de droit.

Quoi qu'il en soit de ces observations, nous devons surtout relever les attaques portées par M. le Procureur général contre les déclarations non motivées, et la décision très nette de la Cour de cassation. « En ce qui concerne l'inten-

tion délictueuse, la seule affirmation de l'arrêt, sans indication pouvant en préciser le sens, ni motif propre à le justifier, ne saurait fournir une base légale à une décision de relaxe. »

*
**

Ce rapide examen de la jurisprudence nous permet de revenir maintenant à la difficulté qui nous avait conduit à le tenter. Cette difficulté, on se le rappelle, était la suivante : est-il possible de vérifier la qualification intention frauduleuse sans partir avec le juge du fait de la constatation des faits matériels, pour refaire, sans lui, un raisonnement souverain ?

Rappelons que la déclaration de l'intention s'analyse en un contenu psychologique et une qualification juridique. Ce contenu suppose à son tour une constatation matérielle et un raisonnement. En d'autres termes, la déclaration sur l'intention est un raisonnement à trois degrés dont le premier est la constatation de faits matériels, le second la détermination d'un état de conscience, le troisième l'attribution d'une qualification légale.

Or, nous avons rencontré des décisions qui se bornaient à énoncer la qualification légale. Dans de telles décisions, nous n'avons qu'un des termes du rapport, le contrôle est impossible et la cassation s'impose.

Nous en avons rencontré d'autres qui contenaient : 1^o la constatation des faits matériels et 2^o la qualification légale. C'est à propos de telles décisions que se présente notre dif-

culté. Encore ici, on ne nous donne pas les deux termes du rapport. Pour avoir le premier terme, l'attitude psychologique du prévenu, il faut évidemment que le juge de cassation refasse lui-même le raisonnement qui l'induit des faits matériels constatés. Or, ce raisonnement est souverain. En critiquant l'idée de la contradiction des motifs et la méthode de M. le conseiller Bard, nous l'avons interdit à la Cour suprême.

On voit donc que pour se mettre à l'abri de tout contrôle injustifié, le juge du fait n'a qu'à déterminer lui-même l'attitude psychologique qu'il prête au prévenu. Dès lors, sans pouvoir revenir sur les faits matériels, sans pouvoir réviser aucun raisonnement de fait, la Cour suprême voit son pouvoir limité à la vérification du rapport de l'attitude définie dans l'arrêt avec celle que suppose la dénomination légale d'intention frauduleuse.

On voit par là que le pouvoir de contrôle attribué par nous à la Cour de cassation est à la fois très large et très strict. Toute déclaration sur l'intention contenant une question de fait et une question de droit doit être vérifiée, mais cette vérification est limitée étroitement à la question de droit.

Dès lors, la difficulté est résolue, la distinction du fait et du droit se trouve intégralement appliquée à la qualification, la délimitation du domaine souverain et du pouvoir de contrôle est achevée.

CHAPITRE I

LA QUALIFICATION DEVANT LA COUR D'ASSISES.

SECTION I. — Exposé du principe et solutions doctrinales.

En étudiant d'une manière générale les pouvoirs de la Cour de cassation sur la qualification, nous avons supposé que les décisions soumises à son contrôle étaient soit des arrêts de chambres des mises en accusation, soit des jugements ou arrêts correctionnels.

La question se complique étrangement devant la Cour d'assises. Ici il ne s'agit plus seulement d'une délimitation de pouvoirs entre un juge unique et la Cour de cassation. L'institution du jury est une institution d'un caractère très particulier, tout à fait en dehors de nos habitudes judiciaires et qui apporte dans le problème un élément absolument nouveau.

Si nous nous en tenons à nos principes, nous devons raisonner de la façon suivante. La qualification est une question de droit que la Cour de cassation doit dans tous les cas contrôler ; or la Cour de cassation n'a pas de pouvoir de contrôle sur le verdict du jury, lequel est entièrement souverain. Donc la qualification ne doit dans aucun cas être tranchée par le jury.

Si nous avons donc à résoudre *à priori* le problème, en tenant compte seulement des principes qui nous ont été fournis par notre analyse de la qualification, nous ne devrions pas hésiter à reconnaître que la délimitation de pouvoirs définie par nous entre le juge du fait et le juge de cassation doit ici s'appliquer intégralement à séparer les pouvoirs du jury et de la Cour d'assises. Le problème est donc de savoir s'il ne se trouve pas dans l'institution même du jury des éléments originaux qui nous conduisent à modifier ici notre interprétation et à chercher ailleurs que dans une stricte application de la distinction du droit et du fait un principe de démarcation suffisamment ferme.

Mais on nous oppose tout d'abord une fin de non-recevoir. Votre problème, nous dit-on, ne se pose pas. La qualification n'appartient ni à la Cour d'assises ni au jury, mais à la Chambre des mises en accusation. Si l'accusé ne s'est pas pourvu contre l'arrêt de cette Chambre, ou si, s'étant pourvu, il a vu la Cour de cassation rejeter son pourvoi, ne doit-on pas considérer que la question de qualification est désormais définitivement tranchée à son égard, puisque aussi bien les questions au jury doivent être posées dans les termes mêmes de l'arrêt de renvoi ?

Il faut tout d'abord mettre à part l'hypothèse où les débats ont apporté un changement aux faits et charges. Dans cette hypothèse un des termes du rapport de qualification ayant changé, ce rapport n'est plus le même, et par conséquent la question de qualification demeure entière devant la Cour d'assises. Mais en outre il paraît douteux que

les arrêts de la Chambre des mises en accusation puissent acquérir en ce qui concerne la qualification l'autorité de la chose jugée. En effet l'article 363 du Code d'instruction criminelle dispose qu'après le verdict « l'accusé ni son conseil ne pourront plus plaider que le fait est faux, mais seulement qu'il n'est pas défendu ou qualifié délit par la loi ». Cet article suppose sans aucun doute que la qualification donnée par l'arrêt de renvoi n'a rien de définitif et qu'elle peut être discutée jusqu'au bout. D'ailleurs c'est devant la Cour d'assises que l'accusé commence véritablement sa défense, c'est devant le jury qu'il faut lui laisser tous ses moyens : or dans la pratique il sera impossible de lui interdire la discussion de la qualification, et cela sera d'autant plus impossible que l'on ne pourra pas toujours soustraire cette même qualification à la décision du jury.

La Cour de cassation s'est souvent servie, pour rejeter les pourvois fondés sur une fausse qualification, de cette raison que les questions avaient été posées au jury conformément à l'arrêt de renvoi contre lequel le demandeur en cassation ne s'était pas pourvu (1). Mais pour être logique la Cour suprême devrait interdire en retour que l'on soumit en aucun cas au jury la question de qualification. Or, nous le verrons, telle n'est pas sa jurisprudence. Dès lors notre problème est entier. C'est un fait que le jury est appelé fréquemment à se prononcer sur la qualification. C'est un droit pour l'accusé, aux termes de l'arti-

(1) 13 mars 1856 (B. p. 176) ; 24 avril 1905 (B. p. 666) ; 1^{er} septembre 1904 (B. p. 675).

de 363, de rouvrir le débat sur ce point devant la Cour d'assises. Nous avons le droit de dire dès lors que toutes choses sont remises en question et qu'il y a lieu de procéder à un partage d'attributions entre le jury et la Cour d'assises (1).

Au surplus, comment se posera pratiquement le problème de la division des pouvoirs du jury et de la Cour d'assises ? C'est sur la forme des questions posées au jury que nous discuterons. Or de deux choses l'une : ou les questions posées résulteront des débats et dès lors, si elles mettent le jury à même de qualifier, c'est évidemment une qualification nouvelle, ou elles seront conformes à l'arrêt de renvoi, et la question de savoir si elles devront contenir la qualification ne se pose pas moins. En effet, si elle a été décidée souverainement par la Chambre des mises en accusation, comment admettre qu'elle soit soumise de nouveau à la décision du jury ? On voit donc que quel que soit le parti que l'on prenne sur l'autorité des arrêts de la Chambre des mises en accusation, la question de savoir si la qualification doit être comprise dans les questions au jury se pose de la même manière. Il y a donc lieu de rejeter purement et simplement la fin de non-recevoir qu'on nous opposait et d'examiner les objections qui ont été soulevées contre le principe même de l'application au jury de la distinction du fait et du droit.

(1) *Contrà*, Dramard, De l'autorité des arrêts de mise en accusation en ce qui concerne la qualification, *Rev. gén. de législation et de jurisprudence*, 1882, p. 43.

Nous rencontrons les premières dans une dissertation publiée en 1825 par le criminaliste Bourguignon (1). D'après cet auteur, la qualification doit appartenir au jury. Sa démonstration à cet égard est double ; dans une première partie, toute générale, il s'attache à montrer que la qualification contient nécessairement une question de fait et qu'elle doit être décidée par le juge du fait ; dans une seconde partie, il montre que l'attribution de la qualification au jury, loin d'être en désharmonie avec le caractère particulier de cette institution, se trouve au contraire être commandée par ce que nous avons de ses origines, de sa nature, de la pensée des législateurs qui l'ont introduite dans nos lois, et enfin des textes mêmes qui l'organisent.

Nous n'avons pas à revenir sur la partie générale de cette démonstration. Contrairement à l'opinion de Bourguignon, nous avons admis, après des analyses qu'il nous suffit de rappeler, que la qualification posant toujours une question de droit devait toujours appartenir au juge du droit. Nous devons, au contraire, suivre notre auteur dans l'étude particulière qu'il fait du jury pour en confronter ensuite les résultats avec notre principe général.

En ce qui concerne la question des *origines*, il est absolument inutile de suivre notre auteur dans ce

(1) On la trouvera sous forme d'appendice au tome II de la *Jurisprudence des Codes criminels* (p. 555) et sous ce titre : *Dissertation sur la question suivante : L'appréciation des faits et la question de savoir s'ils réunissent les caractères d'un crime sont-elles comprises dans les attributions des jurés ou dans celles des juges inamovibles ?*

qu'il nous dit du jury romain dont le fonctionnement, très mal connu des auteurs du Code, a été sans aucune influence sur leurs décisions. Il semble bien au contraire que notre jury procède directement du jury anglais et qu'il soit intéressant, par conséquent, de connaître la solution anglaise de la question. Il est certain qu'aujourd'hui, comme à l'époque de Bourguignon, la pratique anglaise est la suivante. Le juge explique tout d'abord la nature du crime, le jury prononce ensuite sur la question de savoir si l'inculpé a, oui ou non, commis le crime ainsi défini. Par exemple dans un procès pour meurtre le juge dira : « Si vous jugez établi que l'inculpé a fait telle et telle chose dans telle intention vous devez le déclarer coupable de meurtre. » Et le verdict sera : « coupable de meurtre ».

Toutefois, si pour des raisons historiques (dont plusieurs sont encore obscures et les autres trop compliquées pour être exposées ici) cette pratique s'est établie depuis un temps immémorial, le principe que les jurés sont juges du fait et non du droit n'en est pas moins resté vivant et c'est lui qui semble surtout avoir frappé les écrivains français du xviii^e siècle (1). Outre les témoignages de Montesquieu et de Beccaria, entre bien d'autres, l'anecdote suivante

(1) « Empruntée à la législation anglaise par les publicistes du xviii^e siècle, adoptée comme principe constitutionnel par les différentes constitutions qui avaient régi la France depuis 1789, la distinction du fait et du droit passa sans discussion dans les Codes de l'Empire et il devint la base fondamentale de la procédure par jurés. » Beudant, *De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury*, Paris, 1861. Introduction. — Voir entre autres Montesquieu, *l'Esprit des lois* (liv. VI, ch. 1^{er}). Beccaria, *Des délits et des peines*, § 7.

contée par Joseph de Maistre le prouve très nettement : « Lorsque lord Mansfield, l'un des plus grands jurisconsultes de l'Angleterre, disait aux jurés prêts à juger : Prenez garde, Messieurs, que vous n'êtes pas assemblés ici pour dire si l'accusé est ou n'est pas coupable de libelle, car dans ce cas vous seriez juges. Il ne vous appartient que de prononcer purement et simplement si l'accusé a composé ou non le livre dont il s'agit ; c'est à moi de décider ensuite si le livre est un libelle. Les jurés répondaient : Votre Seigneurie se moque de nous. Lorsque nous déclarons un homme coupable de vol, de meurtre prémédité, nous qualifions le crime sans doute. Ici, nous ne pouvons prononcer, dans votre système, ni coupable, ni non coupable, puisque la publication d'un livre n'est point un crime et qu'elle ne devient telle que par la qualité légale du livre : c'est donc à nous qu'il appartient de décider si le livre est un libelle. — Nullement, répondait le célèbre président du Banc du Roi, car la question, de savoir si le livre est un libelle est une question de droit ; or, nulle question de droit ne saurait être de la compétence du jury. Dites si l'accusé a composé le livre, on ne vous demande que cela, et je ne vous fais pas d'autre question. Le jurés, acculés par le despotique lord, prononcèrent sur leur honneur que l'accusé n'avait pas composé le livre, en présence de l'accusé qui affirmait le contraire (1). » Cette anecdote rappelle

(1) *Eglise Gallicane*, p. 201. L'espèce à laquelle fait allusion Joseph de Maistre est probablement R. V. Miller que l'on trouve relatée dans les *Vingt procès d'Etat* (20 State Trials), p. 895-896.

un incident resté fameux de la carrière de lord Mansfield. Ce magistrat, de concert avec quelques autres juges, tenta, d'ailleurs sans succès, de modifier en matière de diffamation criminelle (*libel*) la pratique suivie jusqu'alors. Au lieu de soumettre au jury la totalité des faits constitutifs de l'accusation, il déclarait que le langage dont le prisonnier était accusé de s'être servi était diffamatoire en soi, et il ne soumettait plus au jury que la question de savoir si l'inculpé avait effectivement publié l'écrit incriminé. De la sorte, il retirait entièrement à l'appréciation du jury les faits constituant le caractère diffamatoire de la publication. Il a été mis fin à cette pratique, considérée par bon nombre de juristes comme injustifiée, par une loi de 1792 connue sous le nom de Fox's Libel Act (1), laquelle décida que toute la question (écrit diffamatoire ou non ?) serait soumise au jury (2). Cette dernière jurisprudence trouve d'ailleurs un tempérament dans l'institution du *verdict spécial*. Dans le cas où les jurés ont des doutes sur le caractère légal des faits, ils peuvent se borner à constater les faits prouvés et à demander l'aide du juge (3).

Nous voulons tirer de tout cela une double conclusion : la première c'est que le principe théorique de la distinction du fait et du droit comme principe de démarcation entre les pouvoirs du jury et ceux du juge est resté debout

(1) St. 32, Geo. III, ch. 60.

(2) Sur l'histoire et le développement du jury anglais, v. Thayer, *Evidence of the Common law*.

(3) Blackstone, t. III, p. 337 ; Philipps and Arnold, *Treatise of the law of Evidence*, t. II, p. 549.

et incontesté ; la seconde, c'est qu'à l'époque où s'organisait le jury français, la pratique anglaise qui attribue au jury la qualification, loin d'être encore unanimement admise, fournissait matière à des controverses dont l'anecdote contée par de Maistre nous présente un amusant écho. Ces deux constatations suffiraient à ruiner l'argument de Bourguignon. Mais quand même il serait démontré d'une part que le jury anglais a toujours et sans contestation prononcé sur la qualification, et d'autre part que le législateur français a entendu transporter purement et simplement dans nos lois l'institution anglaise, on n'aurait pas posé par là une objection valable à l'application d'un principe général qui domine notre législation. Introduit dans l'organisation judiciaire napoléonienne, il faut que le jury s'harmonise avec l'idée générale de cette organisation et avec l'ensemble des conceptions françaises. Si dès lors le contrôle de la Cour de cassation implique nécessairement qu'aucune question de droit n'aura été soumise au jury, devons-nous faire fléchir une règle si importante sous le vain prétexte de garder à une institution importée son caractère originaire ?

On ne peut davantage tirer argument ni dans un sens ni dans l'autre des *travaux préparatoires*. A la vérité les auteurs du Code, peu familiers avec cette institution toute neuve du jury, ne paraissent pas avoir vu très nettement notre problème. On les voit seulement affirmer à chaque instant le principe de la séparation du fait et du droit. « La

séparation du fait et du droit met chaque chose à sa place » (10 prairial an X). « Pour prononcer sur un fait il ne faut que le sixième sens, c'est-à-dire la conscience » (Bonaparte, 1^{er} brumaire an XII). Le 6 février 1908, au cours de la dernière discussion (1), l'Empereur exprime une idée analogue. « N'est-ce pas donner trop aux tribunaux que de les constituer tout à la fois juges du droit et juges du fait ? Ne doit-on pas craindre ainsi que l'habitude ne les endurecisse ? Il est possible de tout concilier. On ne saurait douter qu'un juge qui aurait le pouvoir de prononcer tout à la fois sur le droit et sur le fait ne fût trop puissant. Le législateur doit se défier des passions et ne mettre entre les mains de personne le moyen de satisfaire des ressentiments personnels. Cette réflexion suffit pour séparer les deux ministères. La distinction entre les juges du fait et les juges du droit est au surplus dans la nature des choses. » A cette même séance Bigot-Préameneu présenta une objection fondée sur les inconvénients de la séparation du fait et du droit qui forcerait le législateur à essayer une chose impossible : la définition de tous les crimes. La discussion fut alors close par cette réponse de Berlier : « Si le fait et le droit se confondent si essentiellement qu'il soit toujours impossible de les diviser, comment la pratique ne nous a-t-elle pas éclairés plus tôt sur cette impossibilité ? Toutes les fois que les magistrats chargés de diriger l'instruction ont eu la sagacité que requiert un pareil ministère, la séparation du fait et du droit se fait facilement. »

(1) Locré, t. XXIV, p. 442 et 611.

Ces déclarations peuvent être considérées comme posant nettement le principe. On peut dire seulement qu'elles ne tranchent pas la question de savoir si la qualification est une question de fait ou une question de droit, question qui pour nous est déjà hors du débat. Peu importe par conséquent l'argument qu'essaie de tirer Bourguignon de phrases plus ou moins claires prononcées au cours des travaux préparatoires (1). Nous devons seulement en retenir que la volonté constante du législateur a été de maintenir au jury son caractère exclusif de juge du fait (2).

Il serait difficile de tirer autre chose des textes eux-mêmes. Sans doute l'article 347 dispose : « La question résultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes : L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation ? ». Mais la formule indiquée par l'article 337 n'est pas de rigueur. Nul ne conteste, non pas même M. Bourguignon, que le président puisse diviser les questions et les spécifier avec

(1) On trouvera une réfutation plus approfondie dans une étude sur *le Jury et le caractère général de ses attributions* publiée par M. Th. Bazot dans la *Revue critique* (t. 15, 16, 17, 18, 19 et 21).

(2) Les auteurs du Code tenaient directement ce principe des législateurs de la Constituante où il fut affirmé à maintes reprises par Barnave (*Moniteur* du 7 avril 1790), Chapelier (*Moniteur* du 9), Garat (30 avril), Dupont (27 décembre). Lepelletier de Saint-Fargeau, rapporteur du projet de Code pénal, déclare : les jurés jugent de la vérité du fait le tribunal applique la loi. Constitution du 3 septembre 1791 (art. 9, chap. V) : *Le fait sera reconnu et déclaré par des jurés, l'application de la loi sera faite par des juges.*

plus de clarté (1). Il ne paraît pas en tous cas que l'on puisse déduire d'un texte aussi peu explicite que le législateur de 1808 ait voulu sur ce point abandonner l'œuvre de ses devanciers. Or les Codes de 1791 et de brumaire an IV paraissent s'être essentiellement attachés à éviter les questions complexes et à poser aux jurés des questions simples. Ils « imposaient au président des assises le devoir de décomposer la question principale en plusieurs questions dont chacune ne devait présenter qu'une idée simple, unique, indépendante de toute autre » (2). C'est ainsi que, sous le régime de ces codes, dans une accusation de meurtre il n'y avait pas à poser la question globale « coupable de meurtre ? », mais bien quatre questions distinctes : 1° Tel fait est-il constant ? 2° A-t-il été commis par l'accusé ? 3° L'a-t-il été volontairement ? 4° L'a-t-il été avec intention de nuire ?

« Je ne sais si je m'abuse, écrit justement M. Bazot, mais je vois dans ces précautions prises par la législation antérieure un argument d'une très grande force ; à cette époque, au moins, le jury n'était jamais appelé à résoudre une question de droit. Admettra-t-on en effet que les rédacteurs du Code de brumaire à qui nous voyons prendre des garanties si minutieuses contre l'inexpérience des jurés, alors qu'il s'agit seulement de la constatation d'un point de fait, leur aient confié l'examen bien autrement difficile d'une question de droit ? »

(1) Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, II, 75.

(2) Bazot, *loc. cit.*

D'ailleurs si dans l'une des questions simples une question de droit s'était trouvée implicitement contenue, le principe de la non-complexité inscrit dans l'article 377 du Code de brumaire an IV et dans l'article 250 de la Constitution eût par là-même été violé.

Il y a lieu en outre de tirer argument, avec M. Bazot, de l'organisation, faite par les mêmes codes, d'un *jury d'accusation* à côté du jury de jugement. Le jury d'accusation, tel qu'il était organisé par la loi du 16 septembre 1791, présentait la même dualité que le jury de jugement : de simples citoyens et un membre du tribunal du district directeur du jury. « Aucun acte d'accusation, disait l'article 5, ne pourra être présenté au jury que pour un délit emportant peine afflictive ou infamante. » Le directeur du jury était chargé de faire cette appréciation ; s'il pensait que l'affaire était de nature à être soumise aux jurés, il dressait un acte d'accusation ; s'il était d'un avis contraire, le tribunal, assemblé par ses soins, prononçait sur la question, après avoir entendu le commissaire du roi. L'appréciation du point de droit appartenait donc, dans une mesure différente, au directeur du jury, au tribunal du district et au commissaire du roi. Quant aux jurés, ils avaient pour mission de reconnaître en fait s'il s'élevait contre l'accusé des présomptions suffisantes pour autoriser sa mise en jugement. On voit que la distinction du fait et du droit appliquée ici au partage des attributions des jurés et du directeur emportait l'attribution à ce magistrat de la qualification légale. Ne semble-t-il pas qu'il soit plus

logique, pour interpréter le Code d'instruction criminelle, de se servir des lois qui l'ont préparé, que d'invoquer une jurisprudence étrangère d'ailleurs incertaine ?

Au surplus l'article 363 que nous avons déjà rencontré nous renseigne sur la volonté du législateur d'une manière plus frappante encore. Cet article décide, on s'en souvient, que, le verdict une fois prononcé, « l'accusé ni son conseil ne pourront plus plaider que le fait est faux, mais seulement qu'il n'est pas défendu ou qualifié délit par la loi. » N'est-ce pas dire que le débat sur la qualification n'est ouvert qu'après le verdict, et par conséquent que celui-ci n'a pas eu à s'en occuper ?

Si nous n'avons rien pu tirer de bien décisif de l'étude du jury anglais, il semble donc au contraire que les textes du Code, appuyés par l'étude des travaux préparatoires, supposent une application complète de la distinction du fait et du droit. Et d'ailleurs cette distinction n'est-elle pas absolument conforme à la nature des choses et au caractère du jury ? Les jurés ne sont-ils pas censés ignorer la loi, et l'instruction contenue dans l'article 342 ne leur fait-elle pas un devoir d'oublier les dispositions des lois pénales, et d'écarter leur pensée des suites que pourrait avoir, par rapport à l'accusé, leur déclaration. « Leur mission, dit encore le même texte, n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits : ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute. » Nous avons le droit de dire que ni dans les origines de l'institution, ni dans les textes qui l'organisent,

ni dans sa nature même nous ne trouvons aucune raison de déroger au principe du contrôle de la Cour suprême, et d'enlever la qualification aux juges de droit pour la donner aux juges du fait.

Mais sans aller, avec Bourguignon, jusqu'à cette extrémité, sans ruiner entièrement le principe, plusieurs criminalistes ont proposé des tempéraments et des distinctions que nous devons maintenant examiner.

Nous retrouvons tout d'abord sous une nouvelle forme la distinction du président Barris entre les délits définis et les délits non définis par la loi. Lorsqu'un délit a été défini par la loi, la question posée au jury doit comprendre les éléments de la définition légale : « N'accusé est-il coupable d'avoir soustrait frauduleusement la chose d'autrui ? » Pour les délits non définis la question est globale : « N'accusé est-il coupable d'avoir commis un attentat à la pudeur sur la personne de X ? »

C'est par un arrêt du 28 décembre 1820 que la jurisprudence sanctionna pour la première fois cette doctrine. Bourguignon ayant interrogé « un des magistrats les plus dignes et les plus considérables » qui avait concouru à rendre cet arrêt sur sa contradiction apparente avec deux décisions précédentes, reçut une réponse qui doit être reproduite ici pour être rapprochée de la note que devait rédiger deux ans plus tard le président Barris. « J'approuve les trois arrêts, ils se concilient parfaitement entre eux. Dans le premier, celui de Bruxelles (1), la question avait été posée

(1) Voir p. 133, *in fine*.

d'une manière générale et conformément à la formule démonstrative de l'article 337 : elle aurait été plus régulièrement posée dans les termes demandés par le procureur général ; mais l'ayant été dans la forme indicative de la loi, il ne pouvait y avoir lieu à cassation. Dans le second (1), celui du 2 octobre 1819, le caractère de provocation au renversement du gouvernement, que la Cour d'assises avait attribué aux cris séditieux reconnus par le jury, ne pouvait pas être apprécié par elle. Il ne pouvait l'être que par les jurés parce que la loi n'ayant pas fixé les circonstances d'après lesquelles il doit être réputé y avoir provocation à tel ou tel fait, ce caractère de provocation, qui ne peut être jugé sur l'application d'une loi, n'est point une question de droit, il n'est qu'une question de fait.

« Quant à l'arrêt de 1820 il est entièrement conforme à mes principes ; je le regarde comme consacrant la véritable théorie sur laquelle on doit distinguer les attributions des jurés et celle des Cours d'assises. Je n'irai pas pour justifier mon opinion...rechercher ce qui se pratique en Angleterre ou ailleurs, je me renfermerai dans les notions du simple bon sens. Les jurés ne connaissent pas nos codes ; on ne les leur fait pas connaître, et on ne doit pas les leur faire connaître. Comment voulez-vous que lorsqu'une qualification de fait doit être jugée d'après une disposition précise de la loi qui a déterminé les faits matériels qui doivent constituer cette qualification on en soumette la déci-

(1) V. page 134, note 2.

sion au jury ? Quelle base aurait-il pour sa décision ? Ce serait anéantir la loi. Dans des cas semblables, il ne doit être interrogé que sur les faits matériels fixés par la loi : quand il les aura décidés, se sera à la Cour à rapprocher sa décision du texte de la loi et à prononcer sur la qualification. D'après ce rapprochement ce sera là une question de droit parce qu'il y a question de droit partout où il y a à rendre un jugement sur l'application d'une loi. Si, au contraire, la loi n'a pas réglé les circonstances d'après lesquelles il devra être prononcé sur le caractère d'un fait, au jury seul appartiendra de prononcer sur ce caractère. »

C'est d'après cette même distinction des délits définis et des délits non définis, que Dalloz propose de séparer les pouvoirs de la Cour d'assises et du jury en ce qui concerne la qualification. « Nous sommes peu touchés, écrit cet auteur, de la prétendue inconséquence qu'il y aurait à refuser au jury le jugement de la criminalité du fait, lorsque les caractères du crime sont définis par la loi et à leur conférer cette attribution, lorsque la loi est silencieuse sur ces caractères. Toutes les fois que le législateur n'a pas déterminé les éléments constitutifs d'un délit ou d'un crime, le point de savoir si tel ou tel fait présente le délit ou le crime que la loi a prévu, est nécessairement une question de fait dont la solution peut parfois être embarrassante ; mais par là même que c'est une question de fait, la conscience du jury est seule appelée à la résoudre, comme la décision du droit appartient exclusivement

aux lumières des magistrats qui composent la Cour d'assises. »

Nous n'avons pas besoin de tenter ici une nouvelle critique de cette idée. S'il est vrai, comme nous croyons l'avoir déjà montré, que la qualification pose toujours une question de droit ; s'il est vrai, en outre, que la distinction des délits définis et non définis soit impuissante à modifier ce principe, puisque, nous l'avons vu, l'existence d'une définition légale ne change pas la nature du rapport de qualification, nous dirons qu'il est impossible de se servir de cette distinction pour résoudre notre problème. Si la qualification est toujours une question de droit, et si les questions de droit sont hors de leur compétence, les jurés ne doivent en aucun cas connaître de la qualification. D'ailleurs, aucune des raisons qui nous ont conduits à refuser aux juges correctionnels ou à la Chambre des mises en accusation la décision souveraine de la qualification ne manque ici. C'est, en effet, sans aucune distinction que la Cour de cassation est juge suprême du droit. D'autre part, nous l'avons déjà dit, si la définition légale ne tranche pas le rapport de qualification, elle donne des points de repère, elle indique une méthode qui rend plus facile l'établissement de ce rapport. C'est, au contraire, lorsque la loi n'a donné aucune définition que cette recherche devient plus délicate, et ce sont les prétendues questions de fait qui poseront les problèmes de droit les plus difficiles. En livrerons-nous la solution aux jurés ?

Bourguignon adresse à la distinction de l'arrêt une criti-

que tout à fait différente. D'après cet auteur une définition exacte est telle que le mot propre et sa définition expriment parfaitement la même chose, si bien qu'en les renversant le verbe *est* qui les lie peut se traduire par *s'appelle*. Dès lors si les jurés expriment leur conviction en se servant des termes de la définition que la Cour traduit ensuite par le mot propre, il est visible que le verdict et l'arrêt sont absolument identiques.

Mais les définitions « qui conviennent à tout le défini et au seul défini » sont, dans le langage des lois, très rares et le plus souvent impossibles. Dès lors il ne faut pas définir, il faut « montrer la chose entière » et dire avec l'article 337 : « L'accusé est-il coupable d'avis commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation ? »

C'est donc la difficulté logique de définir exactement qui doit nous amener, d'après Bourguignon, à rejeter la distinction de la Cour de cassation.

Toute cette argumentation repose sur une pétition de principe. L'auteur confond la définition légale avec la définition logique. Le logicien en effet est obligé de trouver une formule adéquate, une formule qui embrasse tout le défini et rien que le défini. Le logicien est soumis à la vérité. Le législateur la crée. Le défini, pour le logicien, c'est ce qu'il doit définir ; pour le législateur, c'est ce qu'il définira. Et le rôle du législateur sera presque toujours, non point d'embrasser tout le défini, mais de le limiter. Peu importe, par conséquent, que sa formule soit juste et

adéquate. Le logicien comprend, le législateur impose. Par conséquent il est également faux de dire et qu'il y ait des définitions légales où la formule et le mot propre soient identiques et qu'il y ait des définitions impossibles. Comme exemple des premières Bourguignon nous cite l'article 379 : le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Cette définition, nous l'avons vu, limite singulièrement la notion commune de vol. Et quant aux définitions impossibles, nous l'avons dit encore : il y a une chose que la loi peut toujours faire, c'est prévoir certains caractères élémentaires des délits qu'elle veut frapper ; il y a une chose qu'elle ne peut jamais faire : c'est prévoir et définir le rapport de qualification, puisqu'il lui manque nécessairement l'un des termes (1).

A côté de cette distinction des délits définis et des délits non définis, certains auteurs en ont proposé d'autres plus ou moins analogues. D'après Rauter (2), si le crime à vérifier par le jury consiste dans un fait purement naturel, c'est-à-dire dont les éléments existent indépendamment de la loi positive (comme, par exemple, un meurtre), la vérification de l'accusation lui appartient exclusivement : sinon il ne doit, quant au fait, vérifier que ses éléments matériels, la qualification légale appartenant alors à la Cour d'assises.

L'arrêt du 28 décembre 1820 fait une distinction analogue entre « les faits qui ont par eux-mêmes le caractère

(1) Voir *suprà*, ch. I, p. 21.

(2) *Traité du Droit criminel*, t. 2, n° 777.

de crime » et ceux « à qui ce caractère ne peut être donné que par une conséquence raisonnée des lois pénales ».

C'est encore à la même idée que se rattache Faustin-Hélie (1). D'après cet auteur la règle qui divise le fait et le droit entre les jurés et les juges n'est point absolue ; elle pose la limite générale des deux compétences, mais elle admet sinon des exceptions, au moins quelques tempéraments. Fondée sur l'inaptitude des jurés à interpréter la loi, cette règle n'a plus de raison d'être 1° lorsque *la qualification se confond avec le fait* ; 2° lorsque *la formule légale est tellement claire et accessible à toutes les intelligences qu'on ne peut se méprendre sur sa portée*.

La distinction de Rauter entre les crimes dont les éléments sont purement naturels et ceux dont les caractères ont été arbitrairement fixés par la loi positive est évidemment la même à laquelle se rattache Faustin-Hélie lorsqu'il parle des crimes pour lesquels « la formule légale est tellement claire et accessible à toutes les intelligences qu'on ne peut se méprendre sur sa portée ». Si l'on veut dire que la définition légale pour certains délits se confond avec la définition logique, ou en d'autres termes que dans certains cas la dénomination légale et la dénomination vulgaire coïncident exactement, c'est possible, quoique très rare. Mais cette observation purement platonique ne doit avoir aucune portée sur notre problème. On ne voit aucune raison pour que, même dans des cas semblables, les questions ne soient

(1) *Instruction criminelle*, 2^e édit., VIII, 3701.

pas posées en fait au jury. Et d'ailleurs il suffit d'examiner les exemples qu'on invoque pour voir combien il est nécessaire de maintenir sur ce point même l'intégrité du principe. « Il est sans intérêt, dit Faustin-Hélie, de substituer le fait à la qualification, puisque celle-ci, aussi explicite que le fait lui-même, ne fait que le traduire dans son expression vulgaire et que cette expression connue et acceptée de tous n'est sujette à aucune méprise : c'est ce qui arrive en matière de *viol* ou d'*attentat à la pudeur*, d'*escalade* ou d'*effraction*. » Rauter prend comme exemple le *meurtre*.

Or la dénomination de viol et d'attentat à la pudeur est appliquée par la langue vulgaire à toute une série d'actes qui ne sont pas visés par la dénomination légale. C'est l'œuvre du jurisconsulte de faire cette distinction (1). Par un arrêt déjà cité du 8 novembre 1860 la Cour de cassation s'est reconnu le droit de contrôler l'attribution de la qualification légale attentat à la pudeur (2). On pourrait dire la même chose de l'escalade et de l'effraction. Enfin le meurtre légal n'est pas du tout le meurtre du langage courant, et il faut connaître les lois pénales pour éviter de le confondre avec l'homicide ou avec les blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner (3).

Le second tempérament proposé par Faustin-Hélie à la règle de la division du fait et du droit s'applique lorsque

(1) V. Garçon, *Code pénal* sous les articles 332 à 335.

(2) V. *suprà*, p. 51, note 5.

(3) Cf. Boitard.

la qualification se confond avec le fait. Autant qu'on puisse essayer d'interpréter une formule aussi obscure, il semble que l'auteur vise les cas où il serait impossible de désigner le fait autrement que par sa dénomination légale. Ce serait alors l'impossibilité pratique de poser la question en fait qui entraînerait la nécessité de la poser en droit. Il ne semble pas que cette seconde hypothèse se distingue très nettement de la première. D'ailleurs ici encore les exemples cités par le savant criminaliste sont peu concluants. Nous croyons qu'en matière de fausse monnaie, il n'est pas impossible d'interroger le jury sans lui demander si la monnaie contrefaite a cours légal en France. Il est en effet très facile, et certains présidents l'ont fait, de demander au jury si l'accusé a contrefait telle pièce dont on lui donne la description, et de donner à juger ensuite à la Cour d'assises le point de savoir si la monnaie ainsi décrite a ou non cours légal. Pour le second exemple cité par Faustin-Hélie, la question de savoir, en matière d'extorsion et de destruction de titre, si le titre contenait obligation ou opérait décharge, on pourrait procéder exactement de la même manière (1).

Résumant et exposant en d'autres termes sa théorie, M. Faustin-Hélie s'exprime de la façon suivante : « La règle de la séparation du fait et du droit est rigoureusement maintenue dans tous les cas où cette séparation peut facilement s'opérer sans restreindre les droits du jury, dans

(1) 19 février 1825 (*J. P.*, t. XIX, p. 197). Cet arrêt fait ressortir le danger de la méthode préconisée par Faustin-Hélie. *Contrà*, 11 mars 1830 (*J. P.*, t. XXIII p. 252) ; 19 juin 1845 (B. 199).

tous les cas où la déclaration des faits ne laisse après elle que l'appréciation légale de ces faits ; elle fléchit au contraire dans tous les cas où la division ne pourrait être faite qu'en transportant à la Cour une attribution du jury, ou dans ceux où la qualification, reproduction fidèle d'un fait vulgaire, ne permet aucun erreur. » Or les deux exemples que nous venons de citer ne rentrent dans aucune de ces deux séries de cas. En décidant qu'une monnaie a cours légal, la Cour d'assises ne tranche que le point de droit, le point de fait ayant été entièrement réglé par le verdict. D'autre part la question de savoir si une monnaie a cours légal n'est évidemment pas la reproduction fidèle d'un fait vulgaire.

On voit donc qu'il y a dans l'exposé de M. Faustin Hélie quelque confusion. Peut-être pouvons-nous l'expliquer pas une erreur de méthode. En considérant uniquement les droits des jurés pour ne leur enlever que ce qui constitue l'interprétation de la loi au sens le plus littéral, le savant auteur est parti des conséquences et il n'a pas su s'élever au principe. Il fallait au contraire partir de ce principe que la Cour de cassation est juge suprême du droit, d'où il résulte que le verdict souverain ne doit trancher aucune question de droit. Puis, le principe une fois posé, on pouvait soulever la question de la possibilité et de l'opportunité pratiques de son application intégrale. Dût-on alors admettre des exceptions, la règle n'en était pas moins maintenue.

M. Goupil de Préfern fait une distinction entre l'*obscurité* et la *généralité* des définitions légales. La *généralité*

doit être présumée volontaire, et par conséquent les juges du fait sont libres d'interpréter le terme général ; mais l'obscurité est involontaire, et par conséquent l'interprétation du terme obscur doit avoir une fixité que le contrôle de la Cour de cassation peut seul lui assurer (1). L'auteur de la distinction reconnaît lui-même qu'il sera dans bien des cas difficile de savoir s'il y a obscurité ou généralité. Et il nous le prouve surabondamment d'ailleurs en choisissant comme exemple de généralité le commencement d'exécution de l'article 2 (tentative), et l'aide et assistance de l'article 60 (complicité) ; comme exemple d'obscurité la soustraction de l'article 379 (vol). Ainsi d'après lui la définition du commencement d'exécution serait une question de fait, la définition de la soustraction une question de droit. Il est étrange que la Cour de cassation se soit précisément attribué le contrôle sur la première, à l'exclusion de la seconde. Ce qui prouve combien toutes les distinctions sont arbitraires et à quelle incohérence on arrive dès qu'on essaie de justifier en théorie les dérogations que l'on veut apporter pratiquement à ce principe général qu'on ne peut appliquer une qualification légale sans trancher une question de droit.

(1) G. de Préfern, *Revue de Législation*, t. I, p. 291.

SECTION II. — Aperçu critique de la jurisprudence.

Le premier arrêt que nous trouvions fut rendu le 28 mars 1812 par la Cour de cassation. Devant la Cour d'assises de Bruxelles, le procureur général avait demandé qu'au mot *escalade* employé dans la question on substituât cette phrase : Le vol a-t-il été commis en entrant dans l'intérieur de la maison, en passant par dessus le mur et en dépassant le seuil de la fenêtre à trois pieds de hauteur ? La Cour d'assises de Bruxelles maintint la question posée par le président, et le jury déclara qu'il n'y avait pas escalade. La Cour de cassation rejeta le pourvoi sur ce motif que la circonstance de l'escalade avait été proposée au jury de la même manière que dans le résumé de l'acte d'accusation et que la Cour d'assises s'était parfaitement conformée à l'article 337.

Même solution le 11 octobre 1816 en matière de discours séditieux (1) et le 2 octobre 1819 en matière de cris séditieux (2).

(1) « Attendu qu'au jury seul la loi a délégué le droit de décider les faits de l'accusation ; — que ce droit n'est pas borné au fait matériel, qu'il s'étend aussi à la moralité de ce fait et à toutes les circonstances qui peuvent lui donner un caractère criminel ou modifier ce caractère ; — que la Cour d'assises de la Moselle s'est bornée à soumettre à la décision du jury le fait matériel des discours que le colonel Viriot était accusé d'avoir tenus dans des lieux publics ; — qu'elle s'est permis de prononcer elle-même sur l'objet de ces discours et sur les effets qu'ils tendaient à produire ; qu'en cela elle a usurpé les attributions du jury et violé les règles de compétence établies par la loi » (B., p. 174).

(2) B. p. 331. Mêmes motifs que l'arrêt précédent.

Mais on aurait tort de voir dans ces arrêts, et Bourguignon y voit à tort une adhésion donnée spontanément et complètement à l'interprétation littérale de l'article 337. Nous trouvons en effet une série d'arrêts sur la complicité où la Cour de cassation fait appel à une idée toute différente (3). Cette idée, qui n'est autre que la distinction du président Barris, a trouvé sa première expression complète dans un arrêt rendu en matière de faux le 28 décembre 1820, arrêt qui mérite d'être rapporté ici :

« Attendu que les jurés ne sont juges que des faits d'une accusation et des circonstances de moralité qui peuvent rendre coupable celui qu'ils en déclarent l'auteur ;

Que la détermination du caractère des faits qu'ils ont reconnus, lorsqu'elle doit être faite d'après les dispositions d'une loi qui en a réglé les éléments constitutifs, forme une question de droit qui sort de la compétence des jurés et rentre dans les attributions de la Cour d'assises ;

(1) Voici un arrêt du 2 juillet 1813 : « Attendu que la complicité est un fait moral qui ne peut exister que par les faits matériels et particuliers que le Code pénal a déterminés ; — qu'elle ne peut donc être établie que par une déclaration en droit sur le rapprochement de ces faits particuliers ainsi fixés par le Code pénal avec ceux dont l'accusé est reconnu coupable ; — que pour qu'elle soit légalement déclarée elle doit donc l'être par une délibération de la Cour d'assises sur les réponses données par le jury à des questions, qui se référant à ses attributions, auront soumis à sa décision les faits élémentaires dont la complicité peut dériver, soit d'après l'acte d'accusation soit d'après les débats ; — que la Cour d'assises a seule caractère pour donner à ces faits élémentaires ainsi déclarés par le jury le caractère moral qu'ils doivent avoir, d'après la loi, soit explicitement par une déclaration formelle, soit implicitement par l'application qu'elle fait à l'accusé, par l'arrêt de condamnation, des dispositions de la loi pénale sur les complices ». B. p. 365. Dans le même sens 3 mars 1814 (B. 19) ; 15 décembre 1814 (B. 19) ; 28 juin 1816 (B. 36) ; D. V^o *Complicité*, 130) ; 24 janvier 1818 (B. 11) ; 16 janvier 1834 (B. 18).

Qu'ainsi dans une accusation de crime de faux, c'est aux jurés qu'il appartient de prononcer sur les faits sur lesquels cette accusation est fondée, mais que c'est à la Cour d'assises à rapprocher ensuite les faits par eux déclarés constants des dispositions des §§ 3, 4, 5, section première du ch. 3, tit. 1^{er}, livre 3 du Code pénal ; et à juger d'après le rapprochement si ces faits constituent un faux et si ce faux constitue un crime ou un délit ; que c'est aussi à elle à juger d'après les dispositions du Code civil ou du Code de commerce ou d'autres lois, si le faux est en écriture authentique, ou en écriture de commerce ou de banque, ou simplement en écriture privée ;

Que si l'article 337 du Code d'instruction criminelle, dans la formule de question qu'il contient, dit qu'il sera demandé au jury « si l'accusé est coupable d'avoir commis tel ou tel crime », cet article, qui n'est d'ailleurs que réglementaire, se réfère nécessairement aux faits qui ont par eux-mêmes le caractère de crime et non à ceux à qui ce caractère ne peut être donné que par une conséquence raisonnée des lois pénales que les jurés peuvent ne pas connaître et dont il est essentiellement contraire à leurs attributions d'être en aucun cas les applicateurs ;

Et attendu que par le résumé de l'acte d'accusation rédigé contre lui, V... était accusé « d'avoir, avec l'intention de soustraire frauduleusement le bien d'autrui, fabriqué une quittance fautive du principal d'une obligation, dans un reçu de deux sacs de blé, reçu qu'il fit signer aux époux Ch... en leur faisant croire qu'il ne faisait mention que de ces deux sacs de blé » ;

Que le président avait posé la question conformément à ce résumé ; que cette question soumettait ainsi au jury des faits matériels et des faits de moralité que lui seul avait le droit de décider ; mais qu'elle ne l'appelait pas à prononcer sur le caractère légal de ces faits, qui ne pouvaient être appréciés et jugés que par la Cour d'assises ;

Qu'elle a cependant été le sujet d'une réclamation du défenseur de l'accusé qui a été accueillie par la Cour d'assises ; et que, d'après l'arrêt rendu par cette Cour, à la question régulièrement

posée par le président il en a été substitué une autre par laquelle il a été demandé au jury « si l'accusé était coupable du crime de faux en écriture privée, pour avoir, dans l'intention de soustraire frauduleusement le bien d'autrui, etc. (le reste comme dans le résumé de l'acte d'accusation) ;

Que par le jury il a été répondu : « Non, l'accusé n'est pas coupable du crime de faux pour avoir, dans l'intention de... etc. (le reste est la reproduction littérale de la question et du résumé de l'acte d'accusation) ;

Que par la question ainsi posée le jury a été rendu juge de l'application des articles 140 et 147 du Code pénal, et qu'on l'a appelé à prononcer sur une question de droit qui ne pouvait être résolue que par la connaissance de la théorie des lois et l'expérience de leur application ;

Qu'il est, en outre, demeuré incertain si le jury, dans sa réponse, a voulu décider négativement les faits de matérialité et d'intention qui étaient portés dans la question, ou si, en reconnaissant ces faits constants, il a voulu exercer l'attribution illégale que lui offrait la question, et juger que d'après la loi ces faits n'emportaient pas le caractère du faux ;

D'après tous ces motifs, la Cour casse et annule, dans l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt de la Cour d'assises du Cantal du 15 novembre 1820 par lequel elle a rejeté la question posée par le président et y a substitué celle sur laquelle le jury a prononcé ;

Casse cette question, ainsi que la réponse du jury (1). »

En matière de *faux* la jurisprudence consacrée par cet arrêt s'est constamment maintenue. Nous ne pouvons donner ici toutes les décisions qui en reproduisent plus ou moins fidèlement la formule. « La question de savoir si la reconnaissance arguée de faux était une écriture de commerce ou de banque, ou bien une écriture privée,

(1) B. p. 460.

était une question de droit qui sortait de la compétence des jurés et était entièrement dans les attributions de la Cour d'assises ; en ne la soumettant pas au jury, quoique comprise dans le résumé de l'acte d'accusation, la Cour d'assises de la Vienne s'est conformée aux principes sur la matière » (28 mai 1825) (1). — « C'est à la Cour d'assises à juger, d'après les dispositions du Code civil ou du Code de commerce ou d'autres lois, si le faux est en écriture authentique ou en écriture de commerce ou de banque, ou simplement en écriture privée » (2 juin 1825) (2). — Mêmes solutions et mêmes formules dans des arrêts du 3 novembre 1826 (3), du 20 avril 1827 (4), du 25 mai 1827 (5), et enfin du 18 juillet 1884 (6) : « Il a été demandé au jury par trois séries de questions si l'accusée était coupable 1° d'avoir frauduleusement fabriqué ou fait fabriquer une lettre de change de 20.000 francs en y apposant ou faisant apposer la fausse signature de D..., 2° d'avoir fait usage de la dite lettre de change fausse, sachant qu'elle était fausse. Le jury a répondu affirmativement à ces questions ; il a ainsi affirmé le caractère commercial des actes argués de faux, sans avoir été appelé à se prononcer sur les éléments de fait de nature à leur imprimer ce caractère. »

(1) B. p. 293.

(2) B. p. 299.

(3) B. p. 621.

(4) B. p. 239.

(5) B. p. 431.

(6) B. p. 402.

On cite bien à la vérité deux arrêts divergents en matière de faux, mais, examinés de près, ils ne nous paraissent pas porter une sérieuse atteinte à l'unité de la jurisprudence. Un arrêt du 22 janvier 1830 (1) commence par affirmer son adhésion formelle au principe : « S'il est vrai de dire qu'il n'appartient pas au jury de donner aux actes leur qualification légale et par conséquent de décider si le faux qui lui est soumis est ou n'est pas un faux en écriture de commerce, parce que c'est là une question de droit qu'il n'appartient qu'aux Cours d'assises de juger », puis il continue « néanmoins il ne suit pas de là que lorsque l'existence d'une lettre de change n'est pas contestée, le jury ne puisse pas répondre à la question qui lui est soumise de savoir si le faux a été commis sur cette lettre de change, puisque ce n'est là qu'une question de fait dont la décision rentre dans ses attributions. » En réalité dans cette hypothèse le jury n'avait pas à trancher une question de droit et le président ne s'était servi du mot *lettre de change* que pour désigner clairement un acte dont la nature juridique n'était pas en cause. Il convient d'ajouter qu'il eût mieux valu éviter dans la rédaction du questionnaire cette apparence d'incorrection. La même solution a été donnée à la même difficulté par un arrêt du 4 avril 1884 (2).

Nous critiquerons au contraire la rédaction d'un arrêt du 12 janvier 1843 aux termes duquel « la question de

(1) B. p. 42.

(2) B. p. 219.

savoir si un accusé est un commerçant constitue une question de fait qui peut être résolue par le jury » (1). Cette question est une question de droit. L'arrêt pouvait dire tout au plus que le jury doit être interrogé sur tous les faits de l'accusation et que sur ce fait particulier il était difficile de l'interroger en d'autres termes. Encore eût-il été plus correct d'interroger le jury non sur la qualité juridique de l'accusé, mais sur la profession ou sur les actes qui lui attribuaient cette qualité.

Dans une matière toute voisine, la *fausse monnaie*, nous trouvons une jurisprudence plus incertaine. Les présidents d'assises se sont servis pour interroger le jury sur la circonstance du *cours légal* de formules très diverses, qui ont cependant obtenu l'approbation successive ou même simultanée de la Cour de cassation. Des arrêts du 11 janvier 1850 et du 22 février 1883 ont admis qu'on demandât simplement au jury « si la monnaie contrefaite avait cours légal » (2). Mais l'inconvénient de ce système apparut dans une affaire où le verdict affirmait successivement que l'accusé avait contrefait des pièces de cinq francs en argent à l'effigie de Victor-Emmanuel II, et que les dites pièces avaient cours légal en France. La Cour de cassation annula l'arrêt de condamnation pour ce motif « que le verdict ne pouvait avoir pour effet de faire considérer comme monnaie nationale une monnaie étrangère » (3). Mais en réalité la Cour d'assises sur un verdict

(1) B. p. 5.

(2) B. p. 83. Cf. 10 août 1839 (B. p. 399) ; 11 janvier 1850 (D. 50. 5.239).

(3) 8 mars 1883 (B. 65, D. 83.1.143).

de culpabilité avait bien jugé en condamnant. L'irrégularité évidente de toute cette procédure prouve manifestement que le jury avait rempli son rôle et épuisé son droit en reconnaissant l'accusé coupable d'avoir contrefait des pièces de cinq francs, en argent, à l'effigie de Victor-Emmanuel II, et que c'était à la Cour d'assises de trancher la question de droit : question de savoir si la pièce ainsi décrite avait cours légal. L'erreur commise alors non plus dans le verdict, mais dans l'arrêt, eût été justement redressée et on ne voit pas que dans cette procédure extrêmement correcte aucun *fait* de l'accusation eût échappé à la décision du jury.

L'inconvénient de la formule admise par les arrêts cités tout à l'heure apparaît maintenant d'une façon évidente. Ici en effet la Cour de cassation a pu redresser l'erreur commise parce que le verdict en exposant les faits faisait éclater la fausseté de la conclusion. Mais si le jury s'était contenté d'affirmer, sans la décrire, que la monnaie avait cours légal, la Cour de cassation, forte de son principe « que la décision souveraine du jury sur ce point est souveraine et irréfragable », se serait inclinée sans contrôle. C'est ce qui arriva le 22 février 1889. Comme dans l'arrêt du 8 mai il s'agissait d'une monnaie étrangère, mais l'arrêt de renvoi et le verdict ayant, sans constater cette circonstance, purement et simplement déclaré que la monnaie avait cours légal, le pourvoi fut rejeté. « Ainsi le sort du pourvoi dépendait de la formule employée par le président. Si la pièce était identifiée, la

Cour de cassation se reconnaissait un pouvoir de contrôle ; si elle ne l'avait pas été, elle abdiquait ce pouvoir » (1).

D'autre part dans un arrêt plus récent la Cour suprême paraît exiger l'emploi d'une formule qui, de notre point de vue, ne nous paraît pas plus satisfaisante (2). Le jury ayant déclaré l'accusé coupable d'avoir contrefait des monnaies d'argent étrangères ayant cours légal en France, l'arrêt de condamnation fut cassé. La chambre criminelle jugeait « que le terme *cours légal* était équivoque, en ce qu'il laissait incertain le point de savoir si les monnaies étrangères contrefaites appartenaient à la catégorie de celles qui ont pu être assimilées aux monnaies françaises, ou à la catégorie de celles qui sont seulement autorisées à circuler en France et qui sont reçues dans les caisses publiques ; qu'il convenait donc quand elles appartiennent à la première d'employer dans la question posée au jury l'expression *cours forcé* qui n'offre aucune ambiguïté ». Ne devait-il pas sembler étrange à la Cour de trouver dans le verdict des juges du fait et non dans l'arrêt des juges du droit une difficulté de cette sorte, et comment peut-elle demander que l'on pose au jury une question aussi manifestement étrangère à sa compétence ?

« Pour éviter ces difficultés, dit en excellents termes M. Garçon, il suffit d'interroger autrement le jury. La formule qui lui sera soumise décrira les pièces contrefaites

(1) Garçon, *Code pénal*, art. 132, n° 61.

(2) 29 mars 1890 (S. 91.1.137). — Garçon, *loc. cit.*, n° 62.

par leur métal, leur empreinte, leur valeur, leur millésime. De cette façon le jury constatera bien tous les faits qui forment les éléments constitutifs du crime, et la Cour pourra, sur le vu de cette déclaration, décider, sous le contrôle de la Cour suprême, si les monnaies ainsi spécifiées ont cours légal en France. Nous pensons même, pour notre part, que cette méthode est la seule légale » (1). Nous la trouvons en tous cas autorisée, sinon imposée, par la Cour suprême dans un ancien arrêt du 10 août 1826. « Le jury ayant déclaré l'accusé coupable d'avoir... contrefait des monnaies d'argent en fabriquant de fausses pièces de 50 centimes au coin du ci-devant royaume d'Italie, millésime de 1864, c'était à la Cour d'assises qu'il appartenait, comme elle l'a fait, de statuer sur la question de droit en résultant si dans l'état de la législation les pièces avaient cours légal en France » (2).

Il semble que dans un arrêt beaucoup plus récent la Cour suprême ne se soit pas contentée de reconnaître la légalité d'une telle méthode, mais qu'elle ait voulu affirmer son droit de contrôle. Dans l'espèce il s'agissait encore d'un verdict qui constatait à la fois que les pièces étaient étrangères et qu'elles avaient cours légal en France, mais les conclusions données par M. l'avocat général Sarrut avaient une portée beaucoup plus générale et il semble que la Cour ait voulu y donner une adhésion complète. « D'ailleurs, dit encore M. Garçon, si la Cour se reconnaît

(1) *Loc. cit.*, n° 63.

(2) B. 154.

le droit dans un cas, il n'y a aucune raison pour qu'elle ne l'exerce pas dans tous les autres. Comment admettre que ce pouvoir disparaît parce que la formule de la question, plus insuffisante encore, n'aura pas énoncé que les pièces contrefaites étaient étrangères ? » Nous avons à maintes reprises dénoncé cette distinction illogique que fait la Cour suprême entre son pouvoir de rectifier et son pouvoir de vérifier. Nous avons montré qu'ils étaient deux conséquences également nécessaires d'un même principe et qu'on ne pouvait admettre l'une et rejeter l'autre. Nous ne voulons pas ici d'autre conclusion.

Il semble donc que dans la matière du faux par une jurisprudence constante et dans la matière de la fausse monnaie, après des flottements dont le dernier arrêt cité ne nous permet pas d'affirmer encore qu'elle soit sortie, la Cour de cassation se soit décidée à exiger que le point de fait seul fût tranché par le verdict. Mais elle est loin d'être arrivée à unifier à sa jurisprudence et ici encore nous devons nous contenter de reproduire quelques solutions qui par leurs divergences attestent son incertitude.

Nous avons vu que l'attribution de la qualification au pouvoir souverain des juges du fait avait été particulièrement discutée dans les trois théories de la *tentative*, de l'*escroquerie* et des *délits de presse*.

En matière de *tentative* (1), la Cour de cassation a admis d'assez bonne heure que les tribunaux ne pouvaient pas, d'une part, donner souverainement aux faits matériels la

(1) Voir *suprà*, chap. II, p. 49.

qualification de commencement d'exécution et d'autre part, en passant sous silence les faits matériels, se contenter de déclarer qu'il y a eu commencement d'exécution. Si la Cour de cassation avait voulu appliquer logiquement sa théorie aux décisions de la Cour d'assises et affirmer le caractère général de son pouvoir de contrôle, il semble qu'elle aurait dû réserver aux Cours d'assises la qualification. Dès lors, elle devait imposer une formule de question conçue *in factum* et interdire toute formule où le fait et le droit se trouveraient mêlés. Elle n'en a rien fait. Et d'ailleurs, certains auteurs l'ont suivie ou guidée dans cet illogisme. C'est ainsi que Blanche, tout en affirmant le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, entend réserver l'omnipotence du jury. « La question, dit-il, ne peut pas se présenter à l'occasion des décisions du jury ; car le jury est appréciateur souverain des faits qui lui sont dénoncés : il ne doit compte qu'à Dieu et à sa conscience. Lorsqu'il a jugé qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas tentative manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant été suspendue ou n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sa décision est définitive et irrévocable ; personne n'a qualité pour la critiquer ; personne n'a compétence pour la contrôler et en blâmer la déduction ; elle n'est susceptible d'aucune espèce de recours (1). » Il y a dans tout cela plus de phrases que de raisons. Nous n'avons

(1) *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. I, n° 12.

jamais prétendu que le jury dût compte de sa décision à d'autres que Dieu ou sa conscience; en termes plus simples nous savons que son verdict n'est pas motivé; nous n'avons jamais nié que ce même verdict fût définitif et irrévocable. Nous critiquons en ce moment une certaine façon de questionner le jury, nous prétendons qu'elle viole le principe du contrôle de la Cour suprême et le principe plus général de la distinction du fait et du droit. Dans les lignes citées plus haut on ne nous montre ni que cette dérogation soit simplement apparente ni qu'elle soit inéluctable. Le reste importe peu. Au surplus, s'il fallait répondre à l'autorité par l'autorité, nous pourrions invoquer ici le témoignage de M. Garraud d'après qui « pour obéir à la règle de compétence qui défend de poser les questions de droit aux jurés, il serait nécessaire d'interroger le jury en fait et de lui demander par exemple si l'accusé a perpétré tel acte dans le but de réaliser tel crime et si cet acte n'a été suspendu ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. La Cour d'assises aurait à qualifier ce fait dont l'accusé serait déclaré coupable et à dire s'il constitue le commencement d'exécution de tel crime. La Cour de cassation pourrait donc à son tour, en rapprochant le verdict du jury de l'arrêt de la Cour d'assises, contrôler la qualification donnée par la Cour d'assises aux faits constatés par le jury. En un mot les jurés ne devraient être appelés qu'à affirmer les actes extérieurs ou matériels, lesquels, d'après l'accusation, constituent une tentative

de tel crime déterminé, et la question de savoir si ces actes constituent des actes préparatoires ou d'exécution serait réservée à la Cour d'assises » (1).

C'est la méthode inverse que la jurisprudence a suivie. Elle a décidé d'une part que la déclaration du jury « qu'il y a tentative manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant été suspendue ou n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » était définitive et irrévocable, que la question correspondante était correcte (2). Elle a décidé d'autre part qu'une simple interrogation sur les faits matériels était insuffisante et que la Cour d'assises était incompétente pour déduire des faits déclarés constants par le jury l'existence des éléments de la tentative (3).

La théorie de l'*escroquerie*, qui se présente si souvent devant les tribunaux correctionnels, est beaucoup plus rarement mise en cause devant la Cour d'assises. Il faut ou bien que le délit d'*escroquerie* soit connexe à un crime ou bien qu'il paraisse résulter des débats pour que le jury ait à le juger. Nous avons vu (4) que devant les tribunaux correctionnels la distinction du fait et du droit en ce qui concerne la qualification manœuvres frauduleuses avait

(1) *Traité de Droit criminel*, 2^e éd., I., 202, note 17, p. 285.

(2) 28 juillet 1826 (B. 145 ; D. v^o *Bigamie*, 19) ; 18 avril 1834 (B. 115 ; D. *Instr. crim.*, 3356) ; 17 décembre 1874 (B. 309 ; D. v^o *Tentative*, 20) ; 17 décembre 1896 (B. 366) ; 24 août 1905 (B. 666) ; 1^{er} septembre 1904 (B. p. 675).

(3) 23 septembre 1825 (B. p. 519) ; 23 juin 1827 (B. p. 522) ; 13 octobre 1832.

(4) *Suprà*, chap. II.

définitivement triomphé. Il semble que devant les Cours d'assises, la Cour de cassation, plus logique qu'en matière de tentative, ait voulu maintenir son principe. Elle a exigé que le jury soit questionné sur les faits constitutifs des manœuvres frauduleuses et décidé qu'il ne suffirait pas de reproduire dans la question les termes de l'article 405 (1). Toutefois un arrêt plus récent du 4 novembre 1892 a peut-être abandonné cette sage doctrine.

En matière de *délits de presse*, ou, d'une façon plus générale, de cris, discours ou articles séditieux ou injurieux, il ne suffit pas au jury, d'après la Cour de cassation, d'attribuer à l'accusé les cris, discours ou articles, mais il doit encore leur donner la qualification légale (2). « On ne doit pas se borner à lui demander si le prévenu est coupable d'avoir proféré publiquement les discours, d'avoir vendu ou distribué les écrits qui font l'objet de la poursuite, mais il faut lui demander si en proférant ces discours, en vendant ou distribuant ces écrits, il s'est rendu coupable du délit à lui imputé, tel qu'il est qualifié par l'arrêt de renvoi ou par la citation qui a saisi la Cour d'assises » (3). Ces arrêts proclament que le jury est juge de la moralité, comme de la matérialité du fait. Mais, nous l'avons dit, qualifier moralement un fait ou le qualifier légalement,

(1) 28 mars 1878 (B. 84 ; S. 79.1.233) ; 15 juillet 1869 (B. 173 ; D. 70.1.237). Cette jurisprudence est citée et approuvée par M. Garçon, *loc. cit.*, sous 405.

(2) 2 octobre 1819 (B. p. 331) ; 11 octobre 1816 (B. p. 174) ; 21 septembre 1839 (D. V° *Instr. crim.*, n° 2437).

(3) 21 septembre 1839.

c'est la même chose, ou tout au moins la qualification morale n'a rien à voir avec la justice humaine. Il faudrait dire que le jury est juge de la matérialité du fait et de la moralité de l'agent. Resterait alors la question de savoir si la moralité de l'agent et le caractère légal du fait ne sont pas ici confondus, et s'il est possible de décider l'un en réservant l'autre. En d'autres termes on peut se demander si le caractère séditieux ou injurieux d'un discours ou d'un article ne résulte pas essentiellement de l'intention de son auteur : si dès lors le jury avait décidé que N. accusé a bien prononcé le discours ou écrit l'article incriminé, qu'en ce faisant il a bien eu l'intention d'injurier ou de provoquer à la rébellion, la Cour d'assises pourrait-elle refuser de reconnaître dans le texte incriminé les caractères légaux du délit et acquitter le prévenu ? Le problème ici est extrêmement délicat. Nous verrons plus loin quelle solution pratique il convient d'y apporter. Mais théoriquement nous pouvons faire appel à une précédente analyse (1) pour déclarer que même ici la séparation du fait et du droit n'est pas impossible. Ce qui nous a paru impossible c'est d'attribuer au juge du fait le droit souverain d'interpréter la loi, en quelque matière que ce fût, et nous avons vu que la Cour de cassation s'était reconnu le pouvoir le plus général de révision en ce qui concerne la qualification des discours ou articles. L'attribution du texte incriminé, et la constatation des circons-

(1) Voir chap. II.

tances extérieures qui peuvent servir à interpréter ce texte ou à déduire la volonté de l'agent, voilà ce qui épuise entièrement le pouvoir des juges du fait.

Nous sommes bien loin d'avoir, par ces différents exemples, présenté un tableau complet de la jurisprudence. Mais déjà on a pu mesurer son incohérence. Proclamant qu'on ne doit pas soumettre au jury de question de droit, elle n'hésite pas à tolérer ou même à exiger qu'on lui demande si une monnaie a cours légal en France, si certains faits ont le caractère légal de commencement d'exécution, si un article a le caractère séditionnel, toutes questions qu'elle a reconnues elle-même, nous l'avons vu, constituer des questions de droit. Elle a admis de même que l'on demandât au jury si tel crime a été commis sur un chemin public (1), si tel prévenu doit être considéré comme agent d'une administration publique (2), si tels faits constituent l'aide ou l'assistance qui forme, aux termes de l'article 60, un des éléments de la complicité (3), si un enfant doit être considéré comme nouveau-né, au sens de l'article 300 (4), etc., etc.

Elle justifie d'ailleurs en termes généralement laconiques et souvent obscurs toutes ces dérogations à son principe. En ce qui concerne le *caractère public d'un chemin* : « Attendu, dit-elle, qu'on ne peut appeler question de droit

(1) 18 juillet 1844 (B., V° Instr. crim., n° 2441).

(2) 29 septembre 1853 (B. p. 562).

(3) 7 juillet 1831 ; 21 mars 1840 (P.46.1.493) ; 5 mars 1841 (B. 55 ; S.41.1.198).

(4) 13 mars 1856 (B. p. 176).

un fait que la loi qualifie alors que *la qualification se confond avec le fait lui-même* et que les motifs que l'accusé peut faire valoir pour établir que le lieu du crime n'était pas un chemin public doivent être déduits devant le jury qui seul a le droit de déclarer quel est le lieu où le crime a été commis. » Il est difficile d'exprimer en un langage plus lourd une idée plus fautive. Nous avons déjà rencontré et critiqué cette « qualification qui se confond avec le fait ». Nous avons vu qu'on désignait par là, en termes très obscurs, ce fait très simple d'une coïncidence de la dénomination légale avec la dénomination vulgaire. Or cette coïncidence n'existe pas ici. Le terme chemin public est un terme exclusivement juridique, et il était très facile de demander au jury de préciser, selon son droit, le lieu où le crime avait été commis, en faisant ensuite juger par la Cour d'assises que ce lieu était un chemin public.

La Cour de cassation ne s'exprime pas mieux et fait elle-même éclater son erreur lorsqu'elle trouve le fait et le droit intimement unis dans la question de savoir « si le demandeur en cassation était *agent d'une administration publique en sa qualité d'employé au service du départ de la route du Nord* ». Le fait et le droit sont séparés dans la question même, et il est trop évident que le jury devait déclarer que l'accusé était employé au service du départ, etc., affirmation de pur fait, et la Cour d'assises que cet emploi constitue une fonction publique, affirmation de pur droit. D'ailleurs, revenant sur sa première jurisprudence,

la Cour de cassation a reconnu depuis la correction de cette dernière méthode (1).

Elle persiste au contraire en matière de *complicité*, à ne pas exiger la constatation des faits matériels (2). Elle veut seulement que le verdict reconnaisse l'existence des éléments de la complicité, et elle attribue à la Cour d'assises le droit de décider d'après cette dernière déclaration, qu'il y a complicité au sens légal (3). Le raisonnement qui l'a amenée à cette conclusion se trouve très clairement exprimé par M. Goupil de Préfern. « Le législateur a dit que celui-là serait complice qui aurait aidé et assisté avec connaissance l'auteur du crime dans les faits qui l'auront préparé, facilité ou consommé. Mais il n'a pas voulu décider en quoi consisterait l'aide et l'assistance. De là il suit que la question de savoir si tel fait constitue la complicité est question de droit : celle de savoir s'il constitue l'aide et l'assistance est question de fait, de la compétence du jury » (4). Nous avons déjà rencontré pareille erreur. Le rapport de qualification ne s'établit pas toujours, nous l'avons vu, par une opération globale, synthétique.

Nous avons déjà montré que ce rapport ne pouvait pas toujours être exprimé dans un syllogisme unique dont le texte légal formerait la majeure et le fait matériel la mi-

(1) 21 mars 1879, qui consacre la solution d'une manière implicite (B. p. 117) ; 24 mai 1894, tout à fait décisif (B. p. 207).

(2) *Suprà*.

(3) 3 mars 1814 (B. 19) ; 24 janvier 1818 (B. 11) ; 16 janvier 1834 (B. 18). Garçon, *loc. cit.*, sous l'article 60, n° 54.

(4) *Revue de Législation*, t. I, p. 291 et suiv., 467 et suiv.

neure. En définissant un délit la loi nous oblige à faire de l'application des éléments de sa définition la conclusion d'un premier syllogisme dont la mineure constate les faits matériels et la majeure d'un second syllogisme dont la majeure contient le texte légal. Dès lors c'est ainsi que s'exprime, en la forme syllogistique, la qualification de complicité :

Premier syllogisme : MAJEURE : toutes les fois que les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont donnés, l'accusé doit être considéré comme ayant *aidé* ou *assisté* l'agent principal.

MINEURE : les faits particuliers *a, b, c, d, e* sont donnés.

CONCLUSION : N accusé a aidé ou assisté l'auteur principal X.

Deuxième syllogisme : MAJEURE : Article 60, Code pénal : « Seront punis comme *complices* d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui auront, avec connaissance, *aidé* ou *assisté* l'auteur ou les auteurs, etc. »

MINEURE : N. accusé a aidé ou assisté l'auteur principal.

CONCLUSION : N. accusé est complice.

M. Goupil de Préfern et la Cour de cassation attribuent au jury le premier syllogisme et réservent le second à la Cour d'assises. C'est là une décision arbitraire. Les deux majeures renferment chacune une règle de droit, et la mineure du second, qui n'est autre chose que la conclusion du premier, suppose déjà énoncée la règle de droit contenue dans la majeure de celui-ci. Il en résulte que

seule la mineure du premier est vide de toute affirmation de droit et que par conséquent, en bonne logique, le pouvoir du jury est entièrement épuisé par la constatation des faits particuliers. Les faits de complicité sont d'ailleurs des faits matériels sur l'existence desquels on peut aisément interroger le jury.

Nous avons un nouvel exemple très frappant des avantages que présente la position correcte des questions dans l'hypothèse des *circonstances aggravantes du vol*. Il n'est pas une de ces circonstances dont la définition n'ait donné lieu à des controverses très subtiles. En ces controverses purement juridiques, il est étrange que le dernier mot appartienne à l'incompétence souveraine du jury. Et cependant avec quelle facilité on peut échapper à un résultat aussi choquant, les formules suivantes proposées par M. Garçon (1) le montrent mieux que n'importe quel raisonnement.

Au lieu des procédés d'interrogation usuels : Ladite soustraction a-t-elle été commise... *la nuit ? — avec violences ? — à l'aide de fausses clefs ? — avec escalade ?* (2), on pouvait demander : Ladite soustraction a-t-elle été commise... *entre deux et quatre heures du matin, ou entre le coucher et le lever du soleil ? — avec cette circonstance que le nommé X a été lié aux pieds et aux mains ? — en se servant*

(1) *Loc. cit.*, sous l'article 350, *Questions au jury*. Cf. Chauveau et Hélie, V, 2098 ; Garraud, V, 170 ; Blanche, V, 539.

(2) 30 mai 1851 (B. 197 ; D. 51.3.555) ; 11 juillet 1851 (B. 279) ; 29 mai 1886 (B. 194 ; D. 56.5.510).

d'une clef autre que celle destinée par le propriétaire à l'ouverture de sa maison ? (1) — *en franchissant le mur d'un enclos ou en franchissant la fenêtre du rez-de-chaussée d'un édifice ?*

De telles formules permettent au jury de se prononcer sur toutes les circonstances de l'accusation, sans lui soumettre aucune question de droit et sans mériter le reproche d'embarras ou de complication.

Ne semble-t-il pas enfin — et ce sera notre dernier exemple — tout à fait illogique de faire résoudre par le jury, en matière d'*abus de confiance*, la question de savoir si un contrat doit être qualifié mandat ou dépôt ? Il y a là un résultat tellement contradictoire avec le caractère des jurés, avec le but de l'institution, avec la nature du verdict, qu'il nous suffit d'en dénoncer l'existence pour que l'on comprenne la nécessité de rechercher avec nous s'il existe vraiment des raisons sérieuses d'écarter ici toute logique et de tomber dans de telles contradictions.

(1) Cf. 24 mars 1854 (D. 54.1.158).

SECTION III. — Conclusion.

Toute cette discussion nous a amené à élucider un principe théorique. Nos premières analyses avaient prouvé que toute question de qualification était une question de droit. Nous venons de voir que la distinction du droit et du fait présidait à la division des pouvoirs du jury et de la Cour d'assises, comme à la délimitation des décisions souveraines et des décisions contrôlées. Nous avons étudié, puis écarté les objections et les distinctions, souvent peu intelligibles, proposées par les auteurs et par les arrêts. Au point de vue théorique il ne saurait demeurer aucun doute : la qualification doit être donnée par la Cour d'assises sous le contrôle de la Cour de cassation.

C'est alors que nous rencontrons les objections d'ordre pratique. Sans nous contester la valeur théorique de notre principe, on nous oppose qu'il y a ici des raisons nouvelles et puissantes d'en faire une application moins rigoureuse ; on nous demande de ne pas sacrifier à une logique peut-être trompeuse un intérêt pratique certain. Dès lors c'est un problème absolument nouveau qui se pose à nous. Les résultats acquis au cours des précédentes discussions ne sont plus mis en cause.

Nous avons à nous poser une double question :

- 1° La position des questions en fait est-elle avantageuse ?
- 2° Est-elle toujours possible ?

∴

Les avantages d'une séparation rigoureuse du fait et du droit dans la position des questions sont nombreux et importants.

1° Le contrôle de la Cour de cassation est maintenu. Nous évitons ainsi qu'une grave atteinte soit portée au principe de l'unité de jurisprudence et conséquemment au principe de la légalité des peines.

2° L'incompétence juridique des jurés et la nature même de leurs attributions constituent une raison pressante de leur refuser l'examen de toute question de droit. Nous avons vu par des exemples jurisprudentiels à quels résultats choquants on était parvenu, faute d'avoir distingué le fait et le droit dans la position des questions

3° Enfin la question conforme à l'article 337 : *coupable de tel crime* est nécessairement une question complexe. Il est impossible de savoir en effet si la réponse du jury porte sur la réalité des faits ou sur l'exactitude de la qualification. On peut relever au moins deux conséquences fâcheuses de cette pratique. Si, en cas de fausse qualification, le jury avait pu constater l'existence des faits particuliers, d'une part cette constatation aurait pu servir de base à une allocation de dommages-intérêts, et d'autre part les faits souverainement constatés auraient pu recevoir une autre qualification.

Toutes ces raisons nous conduisent à préconiser, au point de vue pratique comme au point de vue logique, la

position des questions en fait (1). Ceux qui combattent la réforme que nous proposons n'arrivent pas à prouver qu'elle présente de bien sérieux inconvénients. On nous oppose que dans notre système les formules de questions seraient plus compliquées (2). Plus compliquées à poser sans doute, mais plus simples à résoudre. Il est plus facile évidemment de demander au jury si l'accusé avait reçu les fonds détournés à titre de dépôt, que de décrire par de simples énonciations de fait l'opération ainsi qualifiée. Mais ne pense-t-on que le jury préférera résoudre cinq ou six questions pour lesquelles il n'aura qu'à interroger sa conscience que d'en résoudre une seule qu'il ne pourra même pas comprendre. En réalité la plus sérieuse objection qu'on nous fasse au point de vue de l'intérêt pratique, c'est que nous dérangerions une routine déjà presque séculaire. « Il en résulterait, dit un honorable magistrat (3), une véritable révolution de Cour d'assises, tout à fait imprévue, non acclamée peut-être, et certainement fort onéreuse pour le Trésor public, car ces brusques dérogations à de longues habitudes ne rencontrent pas toujours une rapide adhésion. » De tels prétextes ne peuvent balancer un instant les raisons d'intérêt primordial qui s'opposent au maintien d'une procédure illogique et dangereuse.

(1) Cf. Bazot, *loc. cit.*, *Revue critique*, t. 16; Trébutien, *Cours de droit criminel*, p. 440; Faustin-Hélie, 2^e édition, t. VIII.

(2) Grellet-Dumazeau, *Revue de législation* (1852, t. 43, p. 279).

(3) Grellet-Dumazeau, *loc. cit.*

*
**

Ainsi le système d'une séparation complète du fait et du droit devant la Cour d'assises est justifié en théorie, il est avantageux pratiquement; mais on peut encore se demander s'il ne se heurte pas à certaines impossibilités. Sans doute, nous dit-on, votre méthode est excellente, mais elle est impraticable. Malheureusement les défenseurs de cette objection ne s'en tiennent pas toujours à la formule générale, ils nous donnent des exemples: en analysant la jurisprudence nous avons rencontré ces exemples et pour chacun d'eux nous avons montré chemin faisant comment on pouvait interroger le jury sur tous les faits de l'accusation sans toucher à la question de droit. Nous avons fait seulement une réserve au sujet de la qualification des délits de presse. Nous y reviendrons tout à l'heure.

Un délit est constitué par un élément matériel et par un élément moral, le fait et l'intention. La qualification consiste à reconnaître la conformité du fait constaté et de l'intention de l'accusé avec l'élément matériel et avec l'élément moral prévus par la loi. Or, en ce qui concerne la première opération: qualification de la matérialité du fait, nous croyons que la distinction du fait et du droit est toujours possible devant la Cour d'assises. Nous ne pensons pas que l'on puisse construire une seule hypothèse

où il serait impossible d'interroger le jury sur tous les faits qui constituent la matérialité du crime.

Mais il en est tout autrement en ce qui concerne l'intention. Nous avons vu comment se faisait à ce point de vue dans les décisions des Cours d'appel la division du fait et du droit. Le juge correctionnel déclare souverainement en partant de certains faits matériels l'existence d'une certaine attitude psychologique de l'accusé ; puis, sous le contrôle de la Cour suprême, il qualifie cette attitude en lui appliquant la dénomination légale d'intention frauduleuse.

Une telle division de pouvoirs est-elle possible entre le jury et la Cour d'assises ? Nous ne le croyons pas. La situation est en effet toute différente.

La déclaration sur l'intention supposant une détermination psychologique et une qualification juridique, on ne peut contrôler la seconde sans analyser la première et sans réviser les raisonnements de fait par lesquels le juge y est parvenu. Il va sans dire qu'en révisant ces raisonnements, on ne conteste pas la valeur de leurs conclusions, qui sont souveraines, mais on cherche à en définir le sens de façon à pouvoir apprécier l'exactitude de la qualification. On voit ici que le domaine souverain et le domaine contrôlé, sans se confondre, se pénètrent profondément. Or si une telle pénétration est possible dans la révision d'une décision motivée, la position des questions au jury suppose au contraire une division tranchée. Mais nous pouvons faire mieux comprendre la différence fondamentale des deux situations.

Sur la question d'intention trois manières d'interroger le jury sont possibles. 1° On peut lui demander : « N. accusé avait-il l'intention frauduleuse » ? La réponse supposera nécessairement une définition souveraine de l'intention et tranchera par conséquent une question de droit. — 2° On peut encore lui demander : « N. accusé avait-il la connaissance qu'il réalisait le délit tel qu'il est défini par la loi ? » Cette question suppose que le jury connaît la définition du délit, question de droit. D'autre part elle ne lui enlève qu'en apparence la définition de l'intention, puisqu'aucun contrôle ne l'oblige à respecter dans sa réponse la définition contenue dans la question. — 3° Il semble donc que pour appliquer [intégrale]ment la distinction du fait et du droit, il faudrait poser deux questions au jury. On ne lui demanderait sa conclusion que par une seconde question, après qu'il aurait constaté dans une première réponse les faits matériels d'où il la déduirait. Dès lors, possédant les termes du raisonnement des jurés, pouvant saisir le sens et le caractère de l'attitude psychologique que ce raisonnement prête à l'accusé, la Cour d'assises pourrait appliquer, en connaissance de cause, la qualification d'intention frauduleuse.

Cette dernière méthode est tout à fait logique ; mais convenons-en, elle est à la fois impraticable et arbitraire. Impraticable, car si les faits qui constituent la matière d'un délit sont des faits simples, précis, faciles à décrire, au contraire les faits d'où résulte la détermination d'un processus psychologique sont essentiellement mobiles et complexes. Arbitraire, car ces faits, à qui appartiendra-

t-il de les choisir? Les juges correctionnels peuvent les constater librement dans les motifs de leurs décisions. De quel droit imposerait-on au jury un choix que seul il pouvait faire?

Ces considérations nous contraignent de laisser au jury la déclaration souveraine de l'intention.

Mais ce n'est pas tout. Pour la plupart des délits la distinction entre la matière de l'infraction et la moralité de l'agent est aisée. Prenons par exemple le *vol*. Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Les mots *soustraction* et *chose d'autrui* contiennent l'élément matériel du délit. On demandera au jury si N accusé a mis sa main dans la poche de X, en a tiré un porte-monnaie qu'il a ensuite introduit dans la sienne, etc. Et de ces faits la Cour d'assises pourra conclure qu'il y a bien soustraction de la chose d'autrui : le *corpus* du délit est ainsi constitué. Pour édicter les peines du vol, il suffira à la Cour de rapprocher cette qualification matérielle de la qualification morale *frauduleuse* souverainement donnée par le jury.

Une division aussi nette n'est pas toujours possible. Il y a des hypothèses où l'élément matériel et l'élément moral du délit sont dans une étroite connexité, où l'on ne peut qualifier l'un sans l'autre. Dans ces hypothèses nous serons contraints de choisir entre le droit de contrôle de la Cour suprême et le pouvoir souverain du jury.

La diffamation et les délits de presse nous en fournissent un exemple frappant. On pourrait considérer que le

texte de l'article, discours ou propos incriminé constitue l'élément matériel du délit, et la volonté injurieuse l'élément moral. Mais ce serait là une division brutale qui répugne à la complexité des choses. On ne peut pas qualifier de diffamatoire ou d'injurieux le texte d'un article, d'un discours, ou d'un propos, en dehors de toute considération d'intention. Le corps du délit, ce n'est pas ce texte seul, c'est avec lui toute une série de circonstances qui l'animent, qui lui donnent son sens et sa vie : or toutes ces circonstances déterminent plus ou moins l'attitude psychologique de son auteur. C'est à travers cette attitude ainsi déterminée, comme à travers un prisme, que les juges examineront le texte de l'article et qu'ils le déclareront injurieux.

On voit dès lors combien la situation des jurés, si on se bornait à les interroger 1° sur l'attribution de l'écrit ou du propos, et 2° sur l'intention injurieuse, serait inférieure à celle des juges correctionnels. Ceux-ci ont pu dans les motifs de leur décision inscrire autant de constatations souveraines qu'ils ont voulu, ils ont pu noter toutes les circonstances d'où est résultée leur intime conviction. Sans doute la Cour suprême pourra refaire leurs raisonnements pour s'assurer qu'ils ne se sont abusés ni sur le sens légal du mot injurieux ou diffamatoire, ni sur le sens légal de l'intention, mais elle sera obligée de tenir compte de toutes leurs constatations de fait. Au contraire le jury, muré dans une question brutale, se verrait souvent obligé, comme dans l'anecdote de Joseph de Maistre, de nier l'évi-

dence. Ici encore l'interrogation en fait serait impraticable et arbitraire. Comment en effet renfermer dans une question des faits beaucoup trop mobiles, beaucoup trop nombreux ? Et d'autre part le jugement sur l'intention résulte d'impressions toutes personnelles, nous y sommes déterminés par des perceptions inexprimables du sens intime, par d'infimes et menues circonstances dont on pourra trouver dans les motifs d'un arrêt une formule déjà trop grossière, mais dont il sera tout à fait impossible de faire la matière d'une interrogation, puisque si celui qui les a ressenties peut à peine les exprimer, celui qui leur est étranger peut encore moins les prévoir.

D'ailleurs, en permettant au jury de qualifier les infractions d'une telle nature, nous ne faisons pas une brèche bien considérable au principe du contrôle de la Cour suprême. D'une part en effet ces infractions sont très peu nombreuses, et nous n'en avons guère d'exemples en dehors de ceux que nous venons d'analyser. D'autre part nous devons bien reconnaître que la faculté laissée à l'accusé de discuter la qualification devant la chambre des mises en accusation et de se pourvoir contre l'arrêt de renvoi permet à la Cour de cassation d'exercer dans une large mesure son contrôle. Enfin il n'est pas douteux que la souveraineté du jury soit ici beaucoup plus intéressante que la souveraineté des Cours d'appel. Quand même, en révisant une décision de Cour d'appel, la Cour de cassation se verrait forcée, pour contrôler la qualification, de s'ingérer dans la question de fait, ce seraient toujours des

magistrats de l'ordre judiciaire qui prononceraient, et dans ce contrôle d'une juridiction supérieure les plaideurs ne pourraient trouver qu'un supplément de garanties. Au contraire les jurés sont des juges d'un ordre absolument différent. A tort ou à raison on a cru voir dans l'institution du jury ce que nos pères appelaient « le boulevard de la liberté civile », et dès lors il y a à conserver aux jurés l'intégrité de leurs attributions et de leur souveraineté un intérêt général de premier ordre. La séparation doit donc être ici beaucoup plus complète : toute ingérence de l'autorité judiciaire dans les attributions de cette autorité d'une autre nature serait considérée comme un attentat à la liberté elle-même.

Notre conclusion serait donc la suivante : le jury est juge du fait et non du droit ; en conséquence aucune question de droit ne doit lui être posée et c'est donc à la Cour d'assises qu'il appartient d'établir le rapport de qualification. Toutefois il y a lieu de reconnaître que, pour des raisons particulières, il est nécessaire d'abandonner au jury la décision de la question de droit comprise dans la déclaration de l'intention. De même on est obligé d'interroger le jury sur la qualification même des délits dont l'élément matériel ne reçoit son caractère légal que par la considération de l'*animus* du délinquant.

Mais par ce second tempérament il ne faudrait pas croire que nous fussions ramené, après l'avoir combattue, à la distinction entre la qualification morale, œuvre de la conscience morale, et la qualification légale, œuvre de la

réflexion juridique. Nous ne cessons pas de considérer en théorie que le rapport de qualification est un, et que la division du droit et du fait limite le pouvoir souverain des juges du fait à la constatation des faits particuliers, constatation qui comprend la détermination psychologique de l'intention, en réservant aux juges du droit l'établissement du rapport des faits à la loi et par conséquent la définition juridique de l'intention. Ce sont des considérations d'ordre purement pratique qui nous ont conduit, dans une hypothèse où la distinction du fait et du droit devait forcément fléchir dans un sens ou dans l'autre, à préférer la souveraineté du jury au contrôle de la Cour de cassation.

On voit dès lors quelle est notre position dernière à l'égard des différents systèmes que nous avons examinés. Bourguignon nous invitait à confier entièrement la qualification au jury : une analyse plus rigoureuse des principes ne nous a pas permis de le suivre dans ses conclusions. Rauter, Dalloz, Trébutien, Faustin Hélie reconnaissaient avec nous que la qualification était de la compétence de la Cour d'assises, mais en même temps ils formulaient certaines réserves, à la vérité si vagues et si flottantes qu'elles aboutissaient à laisser à l'arbitraire des présidents de Cours d'assises le soin de décider pour chaque hypothèse, s'il convenait d'interroger le jury en droit ou en fait. Plus conforme dans son principe à notre doctrine, l'opinion de ces différents auteurs nous a paru plus dangereuse encore dans ses conséquences. Sous peine de mériter les mêmes re-

proches, nous ne pouvions introduire d'exception à notre principe qu'en donnant un critérium à la fois clair et strictement limitatif. C'est ce que nous espérons avoir fait. Si l'on nous oppose que pour reconnaître ce critérium une analyse attentive sera nécessaire, nous ne pensons pas que cette objection puisse faire hésiter la sagacité de la Cour suprême.

D'ailleurs, avant d'arriver à ces hypothèses extrêmes et à ces discussions ténues, dont nous avons essayé de décrire, sinon de résoudre la difficulté, la jurisprudence a beaucoup de chemin à faire dans le sens d'une application générale de notre principe. Bornons-nous à souhaiter en terminant que la nécessité d'assurer, en divisant le droit et le fait, le contrôle de la Cour suprême, devienne tout au moins une idée générale qui préside de plus en plus à la position des questions au jury. Ce n'est pas une « révolution de Cour d'assises », mais simplement un changement de tendance que nous réclamons. Sous cette forme générale il ne semble pas que, contre tant de raisons d'ordre logique et d'ordre pratique, la jurisprudence puisse indéfiniment s'y refuser.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — Analyse de la qualification et exposé du principe général.	13
CHAPITRE II. — Exposé historique et critique de la ju- risprudence.	38
CHAPITRE III. — Application intégrale de la distinction du fait et du droit. — Théorie de l'in- tention.	78
CHAPITRE IV. — La qualification devant la Cour d'assi- ses.	109
SECTION I. — <i>Exposé du principe et solutions doctrinales.</i>	109
SECTION II. — <i>Aperçu critique de la jurisprudence</i>	134
SECTION III. — <i>Conclusion</i>	156

