

pouvoirs publics), soit par des délits et des crimes; cette justice se divise en juridiction litigieuse ou contentieuse, appelée souvent aussi justice civile, et juridiction *criminelle*; cette dernière se subdivise encore, d'après les *causes*, en juridiction criminelle commune ou militaire, dont la dernière doit être déterminée d'après les causes et être appliquée seulement aux délits et crimes qui ont un caractère militaire.

II. La division de l'administration correspond complètement à celle de la justice.

1. Il y a une administration préventive, constituant la *police administrative*, dont le but consiste à prévenir tout ce qui peut porter atteinte soit aux personnes et à leur patrimoine, soit à l'ordre de culture, dans l'une ou l'autre de ses parties, double mal dont les causes se trouvent, en dehors de la mauvaise ou injuste volonté, soit dans des forces de la nature (comme les épidémies, etc.), soit dans des rapports sociaux (comme le paupérisme), soit dans des erreurs, plutôt que dans une injuste volonté; ces causes, pour être appréciées, exigent non-seulement la connaissance du droit formel, mais encore avant tout des connaissances spéciales, techniques. C'est ce dernier point qui est essentiel pour distinguer la police administrative matérielle de la police formelle de droit ou de sûreté.

2. L'*administration*, qui soigne les affaires telles qu'elles se présentent dans l'*actualité*, forme le domaine le plus important; elle est appelée l'administration par excellence, et comprend l'administration politique et celle de culture, dont traitera aussi sous ce rapport la troisième division.

3. Il y a aussi dans l'administration réparatrice une justice ou *juridiction administrative*, tant civile que criminelle. L'existence même de causes litigieuses et de délits dans le domaine de l'administration ne peut pas être sujette à contestation. Il s'agit seulement de savoir si les tribunaux ordinaires, civils et criminels, doivent décider de ces causes, ou s'il faut établir des cours spéciales de justice administrative (voir § 126).

On pourrait encore soulever la question s'il ne conviendrait pas de réunir la police de sûreté et la police administrative dans la main d'une seule autorité; cependant la police de sûreté exige en tout cas d'autres fonctionnaires (commissaires de police, gendarmes, etc.) que la police administrative, qui doit être exercée par des hommes bien instruits dans les matières dans lesquelles il s'agit de prévenir les lésions.

Nous avons encore sommairement à considérer les branches principales de la justice et de l'administration.

CHAPITRE III.

DE LA JUSTICE.

§ 122.

DE LA JUSTICE PRÉVENTIVE OU DE LA POLICE DITE DE SÛRETÉ.

La justice préventive ou la police de sûreté a pour but de protéger l'ordre social contre des actes volontaires qui, d'après leur nature, *peuvent* blesser cet ordre, soit en lui-même, soit dans l'une ou l'autre de ses parties, ou dans l'un de ses membres. Cette justice doit s'exercer, comme toute justice, dans les limites de la constitution, des lois et des prescriptions (ordonnances) qui y sont conformes; elle n'a pas, pour ainsi dire, un domaine propre à elle, dans lequel elle puisse se mouvoir à son aise et faire valoir ses vues spéciales d'ordre, de bien et de salut public; elle est, au contraire, une branche de la justice (et il est aussi d'une grande importance pratique de la concevoir comme telle), et

elle doit se conformer aux lois, de sorte qu'il ne lui est pas permis de ramener en quelque sorte par une porte de derrière l'arbitraire contre lequel les lois ont voulu protéger directement les citoyens. Aussi doit-il y avoir une Cour de justice qui décide dans tous les cas dans lesquels le *droit* de la police est contesté de la part des citoyens, Cour devant laquelle les fonctionnaires de la police peuvent être traduits à cause d'actes illégaux (v. § 126). Dans la plupart des cas où son droit n'est pas contesté, la police doit traduire les contrevenants, dans les cas où elle ne peut pas se contenter d'une admonition, devant un tribunal de simple police qui décide de ces contraventions.

Dans cette fonction de punition, la police se distingue encore de la justice criminelle réparatrice, en ce qu'elle punit la *possibilité* du dommage ou du mal qu'un acte peut produire, qu'elle punit donc uniquement la contravention faite à une de ses défenses ou de ses prescriptions. Quand une voiture passe trop vite dans une rue fréquentée de la ville ou s'égare sur le trottoir, il y a une contravention de police et par suite une condamnation à une amende, quoique aucun mal *réel* n'en soit résulté. Car si un mal ou un dommage *effectif* a été causé, ce n'est plus un tribunal de police, mais un tribunal ordinaire, qui devrait en décider. Jusqu'à présent, on a renvoyé d'ordinaire également aux tribunaux de police les cas de dommage léger.

La police, en dehors de sa fonction propre, remplit, dans l'organisme de l'État, une fonction *auxiliaire*, comme *police judiciaire*, dont le devoir consiste, d'un côté, à informer la justice, quand un mal ou un dommage a été causé réellement; et, d'un autre côté, à rechercher, sur la réquisition du ministère public près d'un tribunal, tout ce qui se rapporte à un crime, et à chercher au besoin le criminel lui-même.

Les *mesures* de la police sont de plusieurs genres, déterminées par les droits ou les biens de culture qui peuvent être menacés par des actes volontaires.

Il y a des mesures à prendre contre des lésions possibles de l'*ordre de l'État* en général, mesures contre des sociétés secrètes, mesures de surveillance contre de grandes assemblées populaires en plein air, mesures contre des rassemblements, contre des tumultes, etc.

Il y a des mesures pour protéger les *personnes particulières* dans leur vie, leur liberté, leur patrimoine, par des défenses faites aux pharmaciens de vendre, sans ordre du médecin, des poisons, par la surveillance des inhumations, des individus suspects, etc.

Il y a des mesures à prendre contre des lésions possibles des divers ordres de culture; des mesures par rapport à la *moralité*, par la défense des jeux de hasard, d'exhibitions indécentes, de maisons publiques de prostitution¹.

Des mesures peuvent être prises par rapport aux lésions possibles par la *presse*; la surveillance doit être exercée par le ministère public institué près des tribunaux, parce que c'est l'autorité qui fera l'examen en vue de la poursuite; quand on charge de cette surveillance, contre le juste principe, l'administration seule ou même à la fois (comme en Prusse) le ministère public et la direction de la police, la presse peut s'attendre à des saisies fréquentes et tracassières, sans qu'il y soit donné suite par un procès.

¹ Dans cette matière impure, il importe d'écarter des principes toutes les fausses considérations. Quoi que des médecins aient pu dire en faveur de ces maisons, de la facilité de la surveillance, etc., toute saine théorie, qu'on commence aussi à considérer comme étant la meilleure pour la pratique, doit repousser ce qu'on peut appeler le système de bordel, par lequel l'État reconnaît un métier, celui des teneurs de telles maisons, métier qui vit de l'immoralité d'autrui, et emploie tous les moyens pour entraîner et pour maintenir des filles dans cet abîme d'immoralité. Il n'est pas au pouvoir de l'État de prévenir toute prostitution, il devra tolérer ce qu'on peut appeler le système individuel, en respectant le droit de domicile intérieur; mais les mesures sanitaires que prend la police ne peuvent être justifiées qu'en vue des dangers auxquels sont exposées des personnes innocentes et même des générations futures. C'est M. de Mohl qui, dans sa *Science de la police* (all.), 1845, s'est déclaré énergiquement contre le premier système, et même contre toute mesure sanitaire de la part d'une autorité publique. Sous ce dernier point, il ne nous paraît pas avoir tenu compte des personnes innocentes qui peuvent être atteintes.

Il y a encore des mesures par rapport à l'ordre économique, concernant les justes poids, etc; des mesures par rapport aux voies de communication, etc.

Les fonctionnaires de la police doivent être responsables (comme en Angleterre) des contraventions qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, contre les lois. Ce sont les tribunaux qui doivent en décider (v. § 126).

§ 123.

DE LA JUSTICE CIVILE ET CRIMINELLE.

La distinction que nous avons déjà établie (t. I, § 35), entre la justice criminelle et civile a été faite, en premier lieu, selon que, dans une lésion, la volonté a été *directe*, qu'elle s'est portée immédiatement, soit par dol ou par faute, sur l'objet (cause criminelle), ou que la lésion a été *indirecte*, qu'elle s'est couverte de formes légales, ayant eu lieu dans des affaires, par exemple dans une vente, en elles-mêmes parfaitement légales. C'est aussi par cette raison que le but de la justice criminelle doit consister, en premier lieu, dans la réparation, le redressement de la volonté mauvaise et injuste par l'amendement (t. I, p. 237), tandis que le but de la justice civile consiste à vider le litige, en fixant les droits et les obligations des parties selon la nature du rapport juridique formellement établi entre elles.

La justice civile et criminelle est une fonction dont la direction fait partie des pouvoirs de l'État; cependant cette fonction, comme tous les pouvoirs et leurs diverses branches, doit être exercée par une participation d'organes populaires choisis indistinctement au sein du peuple ou dans une classe du peuple.

Les peuples libres n'ont jamais abandonné aux seules autorités le jugement sur leurs intérêts les plus importants; de même qu'en Grèce et à Rome, les peuples germaniques

jugeaient primitivement des crimes dans leurs assemblées; plus tard, surtout depuis Charlemagne, c'est un tribunal tiré du peuple, la *Cour des échevins* (*Schöffengericht*, de *scaphan*, puiser ou trouver, c'est-à-dire le jugement), qui, sous la présidence d'un organe officiel dirigeant seulement, sans prendre part au vote, prononçait à la fois sur le fait injuste, sur la culpabilité et sur la peine. Ces Cours s'effacèrent de plus en plus depuis la reconnaissance officielle du droit romain en 1495, et l'absolutisme, tant favorisé par ce droit, s'empara de plus en plus de toute la justice. Plus de trois siècles attestent à quels égarements et à quels raffinements de cruauté (qu'on songe à la torture), à quelle perte de tout sens commun (par exemple dans la théorie des preuves et des indices), la justice est fatalement conduite, quand elle devient purement officielle, en se détachant de la conscience morale et du bon sens de la nation (t. I, p. 184). C'est à l'Angleterre que fut réservée la noble mission de conserver l'élément populaire dans toute juridiction civile et criminelle, et de lui donner la forme particulière du *jury*. Avant Guillaume-le-Conquérant, la justice anglo-saxonne était organisée de la même manière que sur le continent; Guillaume, et plus particulièrement Henri II, en 1176, opérèrent un changement important en faisant prononcer, par des justiciers (*justiciarii itinerantes*), présidant aux Cours de justice qu'ils tenaient dans leurs tournées, sur la peine, après que la preuve des faits avancés ou du crime avait été fournie. C'est principalement par suite de la défense des ordalies par le concile de Latran de 1215, sous Innocent III, et de la nécessité d'instituer dès lors un autre moyen de preuve, que le jury se forma dans son état actuel. Il y a encore divergence d'opinion sur la manière dont le jury s'est formé au nombre de douze membres, mais il est certain que ce jury, qui s'était déjà établi pour les procès civils entre 1164 et 1170, s'organisa avant 1221 pour les causes criminelles. Ce jury s'est maintenu jusqu'à ce jour pour les deux genres de causes, et a été adopté aux États-Unis.

C'est dans la seconde moitié du dix-huitième siècle que l'attention fut dirigée, surtout par Montesquieu (en Allemagne par J. Möser, dans ses : *Fantaisies patriotiques de 1769*), sur l'institution du jury comme juridiction pénale. Malheureusement Montesquieu présenta ce jury sous un point de vue essentiellement erroné, en déclarant, par une fausse division analogue à celle qu'il avait faite des trois pouvoirs, (v. p. 358) que le jury prononçait sur les *faits*, et le juge sur le *droit*, c'est-à-dire sur la peine qui, selon la loi, devait être appliquée au cas présenté. Mais le jury anglais répond sur la question de savoir si l'accusé est *coupable* ou *non coupable* du crime qui lui est imputé. Pour cette décision, on reconnaît au jury la capacité de savoir ce que c'est qu'un meurtre, un homicide, un vol, une falsification, etc., et de se prononcer, d'après ces notions de droit, positivement ou négativement sur la culpabilité. Au contraire, l'erreur de Montesquieu, unie à l'esprit légiste nourri par le droit romain, et se refusant à admettre que le peuple pût entendre quelque chose au droit, fit fausser le jury lors de son introduction en France, et ensuite sur tout le continent. Cependant, en Allemagne, J. Möser (qui cherchait, depuis 1768, à ranimer les anciens fondements germaniques de la liberté) avait fait déjà remarquer que, si on refusait aux gens du peuple la capacité de prononcer sur un crime, on ne pouvait pas les punir d'avoir commis un crime, puisque la perpétration imputable d'un crime présupposait nécessairement la conscience de ce que c'était un crime; mais on ne tint pas compte de cette juste vue, et lorsque le jury, après une longue et forte opposition des jurisconsultes, fut également établi en Allemagne, depuis 1848, il fut statué, comme en France, que les diverses notions de crimes, donnés par le code pénal, devaient être distinguées, pour l'intelligence du jury, dans leurs diverses parties ou dans leurs éléments les plus simples, et que le jury aurait à répondre sur chacun des éléments ou faits formant souvent une liste assez longue. Tandis qu'en Angle-

terre le jury est considéré comme une réunion d'hommes majeurs, ayant assez de logique naturelle pour réunir des faits dans une notion commune, il est traité, sur le continent, comme un composé d'hommes qui n'ont pas assez de sens commun pour former une telle notion, et qui ont besoin d'être menés à la lisière par des questions bien spécifiées, comme si la haute et ample intelligence d'un jurisconsulte était seule capable de combiner ces questions en une notion commune, d'examiner si le crime en question en est suffisamment déterminé, et de prononcer la peine. La postérité comprendra difficilement comment une si grave erreur a pu s'imposer et se maintenir si longtemps chez des peuples éclairés; elle y verra une preuve nouvelle de ce fait que les vérités les plus simples sont repoussées par les autorités officielles, quand elles blessent certains points de vue d'où on s'est habitué à considérer les choses. Dans les derniers temps cependant, en France et en Allemagne, la pratique, comme les études historiques et philosophiques, a fait reconnaître de plus en plus cette grave erreur, et on voit augmenter sans cesse le nombre des criminalistes qui demandent le retour aux justes principes¹.

Dans le jury, il n'y a pas séparation, mais concours de deux fonctions, parce que le crime est seulement envisagé sous deux points de vue distincts, du point de vue subjectif de la *culpabilité*, jugée, d'après les faits et d'après toute la moralité de l'accusé, par la conscience morale du jury, et ensuite, quand le premier point est constaté, du point objectif de la loi, qui cependant doit laisser au juge une assez grande latitude à l'effet de pouvoir appliquer la loi selon le

¹ Dans mon rapport fait (comme député de l'Université) à la première Chambre de Saxe, en 1864, sur un projet de jury, sortant de l'initiative de la seconde Chambre, j'insistais sur la nécessité de revenir au juste principe, et de faire prononcer le jury par *oui* ou *non* sur la culpabilité; mais tout le projet fut repoussé. Dans la session actuelle, le gouvernement a proposé lui-même un projet, et a déclaré vouloir établir le jury sur ses véritables bases. Ce projet est maintenant adopté, et la Saxe sera par là le premier pays sur le continent qui aura établi le jury selon son véritable esprit.

degré de culpabilité et de méchanceté que tout le procès aura révélé chez le criminel. Aussi le juge n'exerce pas non plus une fonction abstraite, mécanique, il juge aussi l'homme d'après toute la manière dont le crime a été accompli.

Le jury doit trouver son application dans tous les crimes de quelque gravité. Sur le continent, il n'y a généralement que les cas les plus graves qui soient réservés au jugement du jury. C'est une restriction qu'on ne saurait justifier. Toutefois il y a un ordre inférieur de délits où le grand appareil du jury serait en dehors de toute proportion avec leur importance. Pour maintenir cependant le principe fondamental de la participation d'éléments populaires à toute juridiction criminelle, on a institué en plusieurs pays d'Allemagne (d'abord en Hanovre) des *Cours d'échevins* (*Schöffengerichte*), ressemblant plus aux anciennes Cours d'échevins, et composées, d'un côté, d'un juge, et, d'un autre côté, de deux assesseurs laïques élus par le district, et jugeant ensemble à la fois sur la culpabilité et sur la peine. Cette institution a parfaitement réussi¹ et ne manquera pas de trouver une application de plus en plus étendue.

Dans la juridiction criminelle surtout, il y a encore une institution d'origine française, celle du ministère public (procureur ou avocat impérial) près des Cours, laquelle, inconnue en Angleterre et repoussée par des jurisconsultes anglais

¹ Par la loi nouvelle de Saxe, le jury étant réservé aux crimes et délits comportant au moins quatre ans de reclusion, des Cours d'échevins viennent d'être introduites pour tous les crimes et délits d'une moindre importance; quoique, parmi ces délits, il s'en trouve qui, selon nous, auraient dû être jugés par le jury, c'est au moins un grand progrès sur tous les autres pays allemands, dans lesquels les tribunaux seuls prononcent sur ce second degré de crimes et de délits. Au moment où ces lignes s'impriment (30 mai), le Roi annonce, dans son discours de clôture des Chambres, qu'il a donné, après mûre délibération, la sanction à l'abolition de la peine de mort, en faveur de laquelle le ministre de la justice, M. Schneider, avait prononcé un excellent discours, aussi distingué par l'intelligence que par le cœur et par les sentiments vraiment religieux qui s'y révèlent.

éminents, comme Brougham, Campbell et d'autres, est aussi réprouvée dans sa forme actuelle par la plupart des jurisconsultes en Allemagne, qui en demandent la réforme, laquelle doit consister en ce qu'on donne une plus grande indépendance à ce ministère vis-à-vis du gouvernement, ou qu'on transfère cette fonction à un juge désigné par la Cour.

La justice pénale est encore divisée en justice pénale *commune* et justice pénale *militaire*. Cette dernière ne devrait être appelée qu'à juger de crimes et de délits ayant un caractère militaire, comme le manque d'obéissance, la désertion, etc., tandis que tous les crimes et délits communs (vol, homicide, etc.) commis par des militaires, devraient être jugés, comme cela a lieu en Angleterre, par les tribunaux de justice commune.

La juridiction militaire du continent est encore imbue de l'esprit du moyen-âge, qui organisait la justice d'après l'état des personnes, et non d'après la nature différente des causes. On a fait avec raison un grand reproche au concordat autrichien d'avoir rétabli à un certain égard une position exceptionnelle pour le clergé catholique, mais la juridiction pénale militaire, dans sa forme actuelle, est un mal social bien plus grave, et a blessé souvent, dans la société civile, le sentiment du droit commun.

La justice civile se divise en *justice civile commune* ou du droit civil commun d'un côté, et *juridictions spéciales* de l'autre, constituées particulièrement par des tribunaux de commerce, pour les causes commerciales d'une si haute importance à notre époque. Cependant, le principe général exige qu'on institue également des *tribunaux d'industrie* (dont les conseils des prud'hommes forment le premier degré) et d'*agriculture*. Comme les causes de justice se rapportent généralement à des intérêts de patrimoine, il ne sera pas nécessaire d'organiser des tribunaux particuliers pour les autres ordres. Mais tout ce qui concerne, dans ces ordres, d'autres questions de droit, d'honneur, etc., devrait être jugé en première ins-

tance par les *conseils de discipline*, tels qu'ils existent déjà presque partout pour l'ordre des avocats et qu'ils devraient être constitués pour les autres ordres de culture, et pour leurs principales sous-divisions, pour le clergé, pour les membres de l'instruction, pour les médecins, pour la presse politique, pour la littérature, pour les libraires mêmes (comme cela a été proposé à Leipzig). L'organisation de ces conseils, dont les décisions auraient même une valeur plus morale, serait aussi d'un puissant secours pour maintenir l'honnêteté dans l'exercice d'une profession et répandre un esprit plus moral sur toute la société.

La justice civile est enfin ou *privée* ou *publique*. Ordinairement on la regarde comme seulement compétente pour les affaires litigieuses privées; mais il peut aussi survenir des conflits entre les citoyens et certaines autorités ou pouvoirs publics sur des droits publics garantis par la constitution ou par les lois, et ce sont des Cours de justice qui doivent décider de ces conflits (v. § 126, sur la justice administrative).

Comme la justice civile, dans toutes ses branches, doit reposer, d'après le principe fondamental, sur une participation d'éléments laïques ou populaires, on se demande si cette participation doit être également organisée dans la forme du jury. Cependant, pour les juridictions spéciales, tribunaux de commerce, l'expérience a déjà démontré qu'un autre mode d'organisation peut avoir de bons résultats, que ces tribunaux peuvent être composés uniquement de commerçants, comme en France, ou de commerçants sous la présidence d'un juge, comme généralement en Allemagne; et quant à la justice civile commune, quoique le nombre des partisans du jury civil augmente¹, il reste une notable différence entre la justice pénale, ayant à juger des hommes, et la justice civile, ayant à décider formellement sur des faits et des actes d'un

¹ En France, M. Le Play, dans sa *Réforme sociale*, t. II, p. 510, se prononce également pour le jury civil.

caractère déterminé. Le principe trouverait donc, paraît-il, une satisfaction suffisante par l'adjonction d'assesseurs laïques aux juges officiels, et ces assesseurs seraient certes en état de juger sur des affaires journalières de droit commun, sur des prêts, des baux, des ventes, tout aussi bien que des commerçants sont appelés à juger sur des affaires bien plus compliquées, par exemple sur des lettres de change, etc.

La justice est organisée par la *loi*; la *nomination* des juges se fait par le gouvernement; un concours d'autres corps de l'État a été quelquefois organisé, consistant en ce que des assemblées provinciales ou les Chambres (comme, jusqu'à l'annexion, en Hanovre et dans la Hesse électorale) exercent un droit de présentation, ou en ce que des corps politiques et les Cours de justice même présentent des listes de candidats parmi lesquels le gouvernement choisit. Ce dernier mode, usité depuis 1831 en Belgique, pour les juges d'un rang plus élevé, y a été considéré constamment comme une des plus heureuses combinaisons¹.

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION.

§ 124.

I. DE LA POLICE ADMINISTRATIVE.

L'administration préventive, appelée communément la police administrative, a la mission de préserver la société de maux

¹ L'article 99 de la constitution belge porte : « Les conseillers des Cours d'appel et les présidents et vice-présidents de première ins-