

devait, en cas de non-succès, être frappée non pas par le troisième paragraphe, qui veut que l'avortement ait réellement eu lieu, mais au moins par le premier. En un mot, elle fait du § 1 une règle générale, d'après laquelle la tentative, par quelque personne qu'elle ait été pratiquée, pourvu que ce soit toute autre que la femme, doit être punie, doit être frappée de la réclusion; et cela, parce qu'elle ne doit pas, dit-elle, admettre facilement une exception à la règle générale posée dans l'art. 2.

Il est visible que cette interprétation torture l'art. 317 sans se rencontrer pour cela le moins du monde dans le système de l'art. 2. En effet, de deux choses l'une : ou il faut appliquer l'art. 317 tel qu'il est, c'est-à-dire seulement lorsqu'il y a avortement; ou bien il faut appliquer l'art. 2, c'est-à-dire que la simple tentative, quoique non suivie de réussite, doit être punie comme le crime lui-même. Donc le médecin, le chirurgien, l'homme de l'art qui aura indiqué, fourni, administré les moyens, devrait, même en cas de non-succès, être puni des travaux forcés à temps. Mais, comme les derniers mots du § 3 répugnent nettement à cette conséquence, la Cour de cassation applique à ce cas le § 1; c'est-à-dire qu'elle n'applique ni l'article 317 ni l'article 2. Elle n'applique pas l'article 317, qui, dans un paragraphe spécial, frappe le médecin, mais seulement quand l'avortement s'en est suivi. Elle n'applique pas l'art. 2, puisqu'elle punit de la simple réclusion la tentative, et non pas des travaux forcés à temps.

J'ajouterai que, puisqu'on convient que, dans le § 2, ces mots *procuré l'avortement*, employés pour la femme elle-même, ne doivent et ne peuvent s'entendre que d'un avortement consommé, et non pas d'une tentative non suivie de réussite, il est contradictoire de dire ensuite que, dans le § 1, ces mots *procuré l'avortement* doivent s'entendre d'une tentative même non suivie de réussite. Je dirai encore que, soit dans la discussion du conseil d'État, soit aussi dans l'exposé des motifs relatifs à l'art. 317, il a été formellement reconnu que l'incertitude et la difficulté de la preuve, en cas de non-succès, en cas de non réussite d'une pareille tentative, devait faire exclure comme trop problématique, comme trop dangereuse l'application de toute pénalité. Je crois donc que, nonobstant une jurisprudence contraire, il faut, en adoptant du reste l'avis de presque tous les commentateurs du Code pénal, il faut reconnaître que l'art. 317 constitue une exception formelle au texte de l'art. 2, c'est-à-dire nous présente un cas où le crime tenté, où le crime même manqué, c'est-à-dire tenté jusqu'au bout, mais tenté sans succès, non seulement n'est pas puni d'une peine égale au crime lui-même, mais n'est frappé d'aucune peine. C'est ce qui est évident dans les §§ 2 et 3, c'est ce qui paraît ne l'être pas moins dans le § 1.

D'autres exceptions, que la jurisprudence a reconnues au principe de l'art. 2, se présentent, et je me borne à les indiquer.

Dans le cas de l'art. 363, relatif à la subornation de témoins, on reconnaît que, lorsque la tentative de subornation a échoué, ou même lorsque le témoin, ayant cédé aux pratiques de subornation essayées auprès de

lui, n'a cependant pas réalisé le crime, n'a cependant pas perpétré la fausse déposition à laquelle on l'invitait, les peines portées par l'art. 363 sont inapplicables au suborneur. Cette décision spéciale résulte de principes particuliers sur la complicité principale, que nous expliquerons dans l'art. 60 du Code pénal.

Enfin une autre exception, formellement écrite dans la loi, se trouve dans le § 2 de l'art. 179, relatif aux tentatives de contrainte ou de corruption pratiquées sur un fonctionnaire public.

24. Pour terminer ces longues explications sur l'art. 2, je vous ferai remarquer que, pour qu'il y ait lieu à appliquer la peine du crime à la tentative, il faut que le jury ait été consulté, non pas sur la question de savoir s'il y a eu tentative, mais il faut que la question lui ait été posée conformément au texte de l'art. 2; c'est-à-dire, qu'on ait provoqué le vote et la décision du jury, non pas sur le mot défini, mais sur la définition; qu'on ait consulté le jury en ces termes: Y a-t-il eu commencement d'exécution n'ayant été interrompue ou n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur du fait? Ceci se rattache, au reste, à des principes que nous aurons à développer plus tard sur la rédaction des questions telles qu'elles doivent être posées au jury.

25. « ART. 3. Les tentatives de DÉLITS ne sont considérées comme DÉLITS que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

Voilà une application que déjà je vous ai annoncée de la division, d'ailleurs fort bizarre et fort peu logique, de l'art. 1 du Code pénal. Voilà un intérêt à distinguer, dans l'application pratique de la loi, le crime et le délit; la tentative de crime est réputée crime, quand elle réunit les caractères de l'art. 2; la tentative de délit, quand même elle réunirait ces caractères, n'est pas réputée délit, n'est pas frappée de la même peine, n'est même frappée d'aucune peine, à moins que la loi pénale ne l'ait formellement, spécialement déclaré.

Cette différence peut surprendre; et, en effet, elle étonna, à la lecture du projet, quelques membres du conseil d'État, et avant tous, l'empereur. Il demanda pourquoi cette distinction entre les tentatives de crime et les tentatives de délit; pourquoi, si l'on punissait comme crime la simple tentative, ne punirait-on pas aussi, et par la même raison, comme délit la simple tentative de délit? On répondit que dans les délits il était trop difficile de déterminer nettement ce qui constituait la tentative; que, par exemple, dans une rixe, de ce qu'un homme avait levé la main sur son adversaire, on ne pouvait guère conclure qu'il fût décidé à le frapper, on ne pouvait voir là réellement une tentative de délit; que, de plus, l'intérêt de la société, dans la répression des délits, était beaucoup moins grand et pouvait permettre un peu plus de facilité.

Ces réponses sont assez peu satisfaisantes; je ne vois guère pourquoi les mêmes principes qui ont fait punir la tentative dans le premier cas,

ne la feraient pas punir aussi, au moins dans certaines hypothèses du second. La première de ces réponses, la difficulté de séparer, en matière de simple délit, la tentative et l'exécution, cette réponse pourrait être bonne, si la distinction légale entre les crimes et les délits était puisée dans la nature du fait, et non pas, comme elle l'est, dans la nature et dans la gravité de la peine. Mais, une fois cette distinction arbitraire consacrée entre le crime puni d'une peine afflictive ou infamante, et le délit puni d'une peine correctionnelle, nous devons nous attendre, vous ai-je dit, à rencontrer séparés, isolés, dans chacune de ces catégories, des faits qui, par leur nature, des actes nuisibles qui, par le mode de leur accomplissement, sont ou analogues, ou même identiques les uns avec les autres.

Ainsi, par exemple, dans les art. 147 à 150 du Code pénal, vous trouverez la définition du crime de faux, fait qui, étant puni des peines afflictives ou infamantes, rentre par là même dans les dispositions de l'art. 2. Voilà des faits dont la tentative, réunissant les circonstances prévues par l'art. 2, peut se trouver en certains cas assimilée au crime même, et être punie comme lui.

Vous trouverez dans l'art. 153 des faits tout à fait analogues, par exemple, celui de l'altération, de la falsification d'un passeport, fait absolument identique dans ses moyens d'accomplissement, dans ses moyens d'exécution, avec l'altération, la falsification d'un autre acte public, mais que cependant on n'a pas cru, et avec raison, devoir frapper d'une aussi forte pénalité.

Ainsi, l'altération ou la falsification des actes publics ou privés indiquée dans les art. 147 et 150 est un crime; l'altération ou la falsification des actes désignée dans l'art. 153 n'est qu'un délit, car la peine n'est que correctionnelle; et cependant ces faits, dans leur nature, sont tout à fait analogues, je ne dis pas dans leur nature morale, je ne dis pas dans le degré de perturbation sociale qu'ils apportent, mais dans les moyens matériels employés pour leur exécution. Dès lors la tentative est tout aussi facile à constater dans un cas qu'elle l'est dans l'autre.

En un mot, nous trouvons ici, et nous trouverons souvent les inconvénients marqués de cette division tout arbitraire, de cette division de pur caprice qui, au lieu de classer les faits d'après leur nature intrinsèque, les classe tout à fait arbitrairement d'après leurs résultats de pénalité. Nous verrons cela d'une manière bien plus saillante par la combinaison des art. 78 et 79 du Code pénal.

Je vous ai annoncé que les tentatives de délit, quoique impunies en principe, étaient cependant assimilées au délit même dans les cas où la loi en disposerait ainsi. Vous en trouverez des preuves dans les art. 400, 401, 405, 414 et 415 du Code pénal; ils sont relatifs surtout aux cas de vol, d'escroquerie et autres cas analogues, dans lesquels la tentative de délit, très facile à constater, indépendamment d'une exécution consommée, a été par le législateur assimilée au délit lui-même.

26. «ART. 4. Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.»

Rien n'est plus simple que l'application de cette règle; c'est vous le voyez, l'application dans le droit pénal d'un principe qui vous est déjà connu, celui de l'article 2 du Code civil, celui de la non-rétroactivité des lois. Si jamais ce principe est facile à légitimer, s'il est surtout facile à appliquer, c'est bien dans la loi pénale. En effet, encore bien que les lois positives, dans les matières criminelles, ne créent pas, ne constituent pas la culpabilité morale de tel ou tel fait, mais se bornent à la déclarer; cependant, comme le degré de pénalité est arbitraire et varie, selon les cas et les lieux, au milieu de mille circonstances que nous avons indiquées, il est clair que c'est un devoir impérieux pour le législateur d'avertir publiquement, solennellement, avant de frapper: *Moneat lex priusquam feriat.*

La justice de cette disposition est d'abord de toute évidence, lorsque le fait, prévu et puni par la loi actuelle, était tout à fait impuni par les lois antérieures. Ce n'est alors que la conséquence de l'art. 1; car on nous dit, dans l'art. 4, que nul crime, nul délit, nulle contravention, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. Donc, s'il n'y avait pas de peines portées, il n'y aurait pas non plus, dans le sens légal du mot, crime, délit, contravention. Si la loi pénale nouvelle a, non pas frappé le crime ou la tentative d'un crime ou d'un délit, atteint un fait jusque-là imprévu et impuni, mais si elle a aggravé une pénalité antérieure, les mêmes raisons défendent impérieusement de frapper de cette peine les faits antérieurement commis.

Toutefois, une exception, et il faut bien le dire, une triste exception au principe de l'art. 4, se trouvait consignée dans un décret impérial relatif à la législation militaire. Un décret du 1^{er} mai 1812, décret en dix articles, frappait de certaines peines d'une excessive gravité les fautes, les crimes militaires commis en général par les chefs de corps, tels que la capitulation, soit par un chef de corps en campagne, soit par un commandant de place, dans les cas déterminés. Puis l'art. 8 du décret ajoutait que, dans tous les cas de crimes ou de délits militaires non prévus par une loi expresse, les conseils de guerre seraient autorisés, en déclarant la culpabilité de tel ou tel fait, à appliquer, en leur âme et conscience, telle peine que bon leur semblera, à la charge de la puiser, soit dans la législation militaire, soit dans la législation pénale ordinaire. Voilà une exception flagrante au principe qui défend d'appliquer une peine qui n'est pas prononcée par la loi, et prononcée expressément, spécialement pour le cas particulier auquel vous entendez appliquer la peine; car, dire que, d'après ces deux articles, les conseils de guerre ne peuvent prendre leurs peines que dans la législation militaire ou ordinaire, c'est, vous le sentez bien, une garantie tout à fait illusoire. Certainement ils n'appliqueront que les peines établies dans l'une des deux législations, mais ils prendront à leur gré les peines qui, soit à raison de leur nature, soit à raison de leur gravité, pourront être sans rapport avec le fait déclaré punissable. Et, lors même que réellement elles seraient en rapport avec ce fait, elles n'ont avec lui qu'un rapport que le coupable n'a pu ni deviner ni prévoir. On doit toutefois ajouter qu'un arrêt de la Cour de cassation du 21 mai

1847 a déclaré que le décret du 1^{er} mai 1812 était abrogé : « Attendu que les garanties constitutionnelles assurées par la Charte, en ce qui touche la justice criminelle, consistent : 1^o suivant l'art. 4 du Code pénal, en ce que nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, ni par conséquent puni pour un de ses actes de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi, avant que cet acte fût commis... que le décret du 1^{er} mai 1812, sur les capitulations des commandants militaires, a méconnu ce principe essentiel; qu'après avoir, par son art. 8, donné aux juges la faculté de substituer à la peine de mort celle de la dégradation, ou même un emprisonnement dont il ne détermine pas la durée, il va, par son art. 10, jusqu'à les autoriser à appliquer, aux faits non prévus par les lois militaires, celles des peines du Code pénal, civil ou militaire, qui leur paraîtra proportionnée au délit; que ce décret se trouve donc abrogé. »

27. Le principe de l'art. 4 est fort simple pour le cas où la loi postérieure est venue constituer une pénalité qui jusque-là n'existait pas. Mais l'hypothèse contraire peut se présenter, et l'art. 4, comme tous les textes de la législation maintenant en vigueur, la laisse, je crois, sans solution. Il est possible qu'une loi nouvelle, sans effacer complètement des pénalités portées par la loi antérieure, vienne au moins les modifier, les adoucir; il est possible que le changement s'opère dans un sentiment d'humanité, d'adoucissement, de suppression de pénalités; alors l'art. 2 du Code civil devra-t-il s'appliquer dans sa lettre? direz-vous que, les lois n'ayant pas d'effet rétroactif, le fait commis sous l'empire de la loi antérieure doit être régi et frappé par cette loi, encore bien qu'il soit jugé depuis la promulgation d'une loi plus humaine et plus douce? Certainement les textes pourraient mener là; mais des raisons impérieuses empêchent d'y arriver, et elles sont de telle nature, que la question même, je crois, n'a jamais été sérieusement soulevée dans la pratique. Non seulement le sentiment d'humanité, mais aussi un principe impérieux, une raison puissante, n'ont pas permis de penser à appliquer jamais une législation pénale antérieure et rigoureuse, lorsque, depuis le crime commis, elle a été modifiée, adoucie. En effet, si la peine ancienne est supprimée ou adoucie par la loi nouvelle, c'est, apparemment, que le législateur ne trouve plus dans les faits sur lesquels il statue le caractère d'immoralité, de culpabilité qui avait légitimé pour les législateurs précédents la gravité de la peine ancienne; ou bien que, le caractère d'immoralité restant le même à ses yeux, le péril social, le second élément pour la fixation de la peine, ne lui paraît plus exiger une répression aussi forte. Alors il serait non seulement inutile, mais immoral, mais illogique, d'aller appliquer une peine que le législateur a déclarée inutile, ou même a déclarée dangereuse. L'intérêt public aussi bien que la morale veulent qu'on applique alors la nouvelle peine, et non pas la peine ancienne.

J'ai dit que la législation actuelle est muette sur cette question; je dois pourtant vous avertir qu'un décret du 23 juillet 1810, publié un peu avant la mise en activité du Code pénal, a statué sur la question, mais statué

d'une manière spéciale, en sorte que nous ne pouvons plus invoquer aujourd'hui l'autorité du texte de ce décret. Ce décret a décidé que, pour tous les faits commis antérieurement à la mise en activité du Code pénal, la peine ancienne serait appliquée si elle était plus douce; ce n'est là que le principe de l'art. 4 du Code pénal; mais, qu'à l'inverse, dans tous les cas où la peine nouvelle serait moins grave que l'ancienne, cette peine nouvelle devrait être appliquée de préférence aux faits commis antérieurement à la mise en activité du Code.

Ce décret spécial, je le répète, ne tranche pas la question pour les législations postérieures; mais cependant les motifs qui l'ont dicté sont tels, qu'ils paraissent tout à fait applicables aujourd'hui. Aussi la question ne s'est pas, je crois, présentée sérieusement dans la pratique. La seule qui se soit élevée, et dont la solution même fortifie la précédente, est celle-ci : c'est de savoir quelle législation doit être appliquée lorsque, dans l'intervalle entre le fait commis et le jugement de ce fait, a existé une législation transitoire qui le frappait d'une peine plus douce que l'ancienne et que la nouvelle. Eh bien, alors même il a été décidé, un peu arbitrairement peut-être, mais la faveur de l'humanité a paru devoir l'emporter dans cette question, qu'encore bien que la législation pénale la plus dure fût en vigueur à la fois et au moment du fait accompli et au moment du jugement, cependant le bénéfice de la législation intermédiaire, postérieure au fait et abrogée avant le jugement, n'en était pas moins acquis à l'auteur du fait; que cet auteur, si coupable qu'il fût, ne devrait pas souffrir des retards volontaires ou forcés qui auraient été mis à la poursuite et au jugement du fait qu'on lui impute.

28. « ART. 5. Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes militaires. »

Cet article est assez clair; cependant quelques observations sont encore nécessaires pour fixer le sens précis de ces mots, *contraventions, délits et crimes militaires*. Les actes, les faits coupables auxquels fait allusion l'art. 5, sont, comme vous le voyez par cet article, l'objet d'une législation spéciale. Parmi des actes assez nombreux relatifs à la punition des crimes ou délits militaires, je citerai particulièrement le décret du 30 septembre 1791 et la loi du 12 mai 1793; vous y trouverez la détermination et la punition de la plupart des crimes ou des délits. Plusieurs décrets, soit de la République, soit de l'Empire, sont venus ensuite ou augmenter ou modifier ces catégories. [[Aujourd'hui il faut se reporter aux Codes de justice militaire du 4 août 1837 et du 4 juin 1858.]]

Qu'est-ce que l'on entend en général par crimes militaires? quels sont les faits auxquels l'art. 5 déclare que le Code pénal est inapplicable? Dans l'acception naturelle, dans l'acception du simple mot, on devrait, ce semble, entendre seulement par crime militaire celui qui, par sa nature même, ne peut être commis que par des militaires : tels seraient, par exemple, la désertion, l'abandon du drapeau, du poste, les voies de fait envers les supérieurs et autres faits de même nature. Pour ces actes-là,

*délits militaires
immoraux*

Il est sensible qu'ils sont essentiellement et par leur nature même crimes ou délits militaires, puisqu'ils ne peuvent être commis que par des personnes revêtues de cette qualité de militaire. Cependant il est certains faits commis par des non-militaires, et qui rentrent néanmoins dans la disposition, dans le renvoi de l'article 5 ; il est d'autres faits commis par des militaires, et qui sont crimes militaires, quoiqu'ils puissent être également commis par des non-militaires. Je m'explique par quelques exemples.

D'abord l'embauchage est un fait dont un non-militaire peut très bien se rendre coupable ; cependant il est de sa nature même un crime essentiellement militaire, un crime qui rentre dans la compétence des tribunaux militaires.

De même le vol est un fait qui peut aussi bien être commis par un non-militaire que par un militaire ; cependant, le vol commis par un militaire rentre dans le renvoi exceptionnel contenu dans l'art. 5 ; le vol commis par un militaire constitue, à raison de circonstances spéciales de pénalité dans les cas que la loi détermine, soit un crime, soit un délit militaire auquel les articles du Code pénal ne sont pas applicables.

Ainsi vous aurez à ranger, dans le renvoi que contient cet article, les faits qui, par leur nature même, sont des crimes que la loi militaire doit punir, soit que ces faits émanent de militaires sous le drapeau, soit même de simples citoyens. Vous aurez de plus à y ranger, la loi militaire à la main, certains faits qui ne sont pas, de leur nature, de leur essence, des crimes ou des délits militaires ; qui, pouvant d'ailleurs être commis par de simples citoyens aussi bien que par des militaires, rentrent cependant, dans ce dernier cas, dans la prévision spéciale de la juridiction exceptionnelle établie pour les militaires, et cela à raison de circonstances qu'il est assez facile d'expliquer.

Mais, d'autre part, il ne faut pas conclure de l'art. 5 que le Code ordinaire, que nous étudions, soit dans toutes ses dispositions inapplicable aux militaires. Ce serait une grave erreur. A part les faits spéciaux dont la législation militaire s'est saisie pour les punir de peines particulières quand ils émanent de militaires, tous les autres faits punissables commis par des militaires rentrent sous l'empire, sous l'application de la loi commune. Ainsi la plupart des faits détaillés, contenus, frappés par le Code pénal, seront punis des peines indiquées dans ce Code, quand ils auront été commis par des militaires. Les faits auxquels l'art. 5 déclare la loi commune inapplicable, ce ne sont pas les crimes et les délits militaires, mais, ce qui est fort différent, les crimes ou délits militaires tels qu'ils sont définis par des lois spéciales. La seule différence, différence qui pourrait d'ailleurs être susceptible d'une juste critique, mais qu'enfin la législation actuelle établit formellement, se trouve dans la compétence.

Ainsi, tous les faits qui, de droit commun, sont déclarés punissables, de quelques personnes qu'ils émanent, et dont la loi militaire ne s'est pas expressément emparée, tous ces faits, émanés d'un militaire, seront frappés des peines contenues dans le Code pénal ; le militaire, comme

citoyen, retombe nécessairement sous l'application de la loi commune. Mais cette application, au lieu d'être faite, comme elle semblerait devoir l'être, par les tribunaux ordinaires, le sera dans la plupart des cas par les conseils de guerre. Les conseils de guerre sont compétents non seulement à raison de la nature, du caractère des faits punissables, mais, ce qui est plus singulier et beaucoup moins logique, à raison de la qualité, du caractère des personnes en qui l'on prétend punir ces faits. N'entrons pas, au reste, dans les détails de la compétence étrangère à la matière qui nous occupe maintenant. Cette compétence n'est nullement réglée par le texte de l'art. 5. J'ai cru devoir me borner à vous donner cet avis général.

Elle est réglée par le Code de justice militaire du 4 août 1857, qui a coordonné toutes les lois et tous les règlements relatifs à cette matière. Mais cette loi, loin de restituer aux juges ordinaires la connaissance des crimes et des délits communs, a posé, en termes plus explicites encore que ne l'avait fait la législation antérieure, que des crimes et délits deviennent militaires toutes les fois qu'ils sont commis par des militaires. Ainsi la juridiction des conseils de guerre est, pour le militaire sous les drapeaux, la juridiction de droit commun dont il est justiciable pour tous les crimes et délits qu'il commet. Ce nouveau Code a été appliqué à l'armée de mer par la loi du 4 juin 1858.

LIVRE PREMIER

DES PEINES EN MATIÈRE CRIMINELLE ET CORRECTIONNELLE, ET DE LEURS EFFETS.

29. C'est dans ce chapitre et dans les suivants que va se trouver expliquée, précisée la division générale indiquée dans l'art. 1^{er}, au moins la division indiquée dans les §§ 2 et 3 de cet article, relatifs à la nature des peines soit correctionnelles, soit criminelles ; quant à la nature des peines de simple police, le législateur ne s'en est pas occupé dans ce livre I^{er} : elles sont indiquées dans les art. 464 et suivants.

« ART. 6. Les peines en matière criminelle sont afflictives et infamantes, ou seulement infamantes. »

Vous voyez que cet article, rapproché du § 3 de l'art. 1^{er}, nous apprend fort peu de chose. Le § 3 qualifie de crime tout fait puni par les lois d'une peine afflictive ou infamante ; on nous répète ici que les peines criminelles sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes, c'est-à-dire que toute peine afflictive est par là même peine infamante, mais que réciproquement une peine infamante peut très bien n'être pas une peine afflictive. Du reste, l'emploi de ces mots ne s'éclaircit pas, et nous ne savons pas plus, d'après l'art. 6 que d'après

l'art. 1^{er}, ce qui constitue précisément, légalement, la nature soit d'une peine afflictive, soit aussi d'une peine infamante. A proprement parler, toutes les peines sont afflictives, en ce sens que toute peine enlève ou tend à enlever à celui qu'elle frappe la jouissance d'un bien, ou à lui infliger un certain mal; toutes les peines sont afflictives, mais à des degrés fort différents; cependant ce n'est pas dans ce sens naturel, dans ce sens général, que nos deux articles et le Code pénal emploient le mot de *peines afflictives*: ils l'emploient sans le limiter, sans le définir nettement. Vainement chercherions-nous à en donner une définition: c'est par énumération et non pas par une définition que nous pouvons fixer l'étendue de ce mot. Sont afflictives, dans le sens technique de ce mot, les peines que le législateur a bien voulu déclarer telles, sauf à appliquer à ces peines les conséquences que la loi a voulu leur imprimer. Sont afflictives, et par là même infamantes, mais cette seconde idée est fort peu claire, comme nous le verrons sur l'art. 8, sont afflictives dans le sens positif, dans le sens arbitraire de la loi, les six peines énumérées dans l'art. 7.

« ART. 7. Les peines afflictives et infamantes sont : — 1^o la mort; — 2^o les travaux forcés à perpétuité; — 3^o la déportation; — 4^o les travaux forcés à temps; — 5^o la détention; — 6^o la réclusion. »

Cet article exige d'assez longs détails qui n'excluront pas cependant la nécessité de nouvelles explications, dans le cours du chapitre 1^{er}, qui détermine la nature précise et le mode de chacune de ces peines. Nous aurons à examiner, au moins pour les plus notables d'entre elles, leur mérite, leur utilité, leur efficacité pénale. Nous laisserons, quant à présent, de côté ces détails relatifs à chaque peine prise isolément, pour nous borner à des notions générales sur les divisions que la loi se borne encore à poser.

30. Les trois premières peines indiquées par l'art 7 sont, de leur essence même, perpétuelles et indivisibles, la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation. Au reste, l'indivisibilité dans la peine, c'est-à-dire l'impossibilité, pour les tribunaux qui l'appliquent, de la faire varier entre un *minimum* et un *maximum*, l'indivisibilité de la peine est une conséquence forcée de son caractère de perpétuité. Qui dit peine perpétuelle, essentiellement perpétuelle, dit par là même peine indivisible, peine manquant de ce caractère, de cette qualité que les criminalistes demandent, en général, dans les peines, manquant de cette faculté pour le juge d'en faire varier l'application, en plus ou en moins, suivant les circonstances du fait, suivant les nombreuses qualités que la culpabilité du coupable paraît présenter.

Mais les travaux forcés à perpétuité et la déportation diffèrent de la peine de mort sous ce rapport qu'elles sont réparables, si plus tard une erreur judiciaire vient à être découverte, réparables, au moins en partie, pour l'avenir; qu'elles sont rémissibles, si le repentir et la

bonne conduite du condamné paraissent de nature à légitimer, en sa faveur, l'exercice du droit de grâce. Réparables et rémissibles: tel est l'avantage des peines perpétuelles qui n'ôtent pas la vie sur la peine de mort; mais toutes sont indivisibles, toutes excluent, de la part du juge, l'appréciation des circonstances qui, dans d'autres cas, peuvent faire varier l'application de la peine (Voy. au surplus *infra*, les n^{os} 50 et 52).

31. L'Assemblée constituante, tout en admettant la peine de mort, n'avait pas cru, dans le Code pénal de 1791, devoir consacrer l'emploi des autres peines perpétuelles appliquées dans l'ancienne législation. Elle n'avait pas fixé aux peines des fers, aux peines de la chaîne qu'elle établissait, de *maximum* déterminé d'une manière générale; mais elle posait en principe qu'aucune de ces peines ne pourrait être appliquée à vie. C'était ensuite dans l'énumération des divers crimes frappés par ce Code qu'elle indiquait, pour chacun d'eux, le *maximum* possible de la peine. Je ne crois pas que, dans aucun cas, elle pût s'étendre au delà de trente ans.

Lors de la rédaction du Code pénal, la question de la perpétuité des peines fut agitée dans le conseil d'État, et le retour au système des peines perpétuelles fut consacré. On trouva qu'une trop large distance, qu'un intervalle trop étendu séparait la peine de mort et les peines simplement temporaires; que des énormes distances qui les séparaient, quant à l'exemple, résultait, ou la nécessité de multiplier beaucoup trop l'application de la peine de mort, ou bien celle de laisser la société sans garanties répressives suffisantes contre certains faits qui, ne paraissant pas mériter la peine de mort, sembleraient cependant en mériter une plus forte que de simples peines temporaires. De là l'introduction des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, peines perpétuelles et indivisibles, mentionnées aux n^{os} 2 et 3 de l'art 7.

32. Au contraire, les trois peines contenues aux n^{os} 4, 5 et 6 sont réparables et rémissibles comme toutes les peines qui n'ôtent pas la vie, et en même temps divisibles, c'est-à-dire que non seulement elles sont temporaires, mais que la durée n'en est pas uniformément et impérieusement déterminée par la loi; c'est-à-dire que, sauf quelques cas spécialement déterminés, le juge reste maître de faire varier l'application de ces peines dans une limite légalement déterminée pour chacune d'elles.

Ce système est également nouveau: l'Assemblée constituante n'avait pas cru non plus devoir l'adopter; elle avait déterminé d'une manière fixe, générale, absolue, l'étendue des peines temporaires qu'elle établissait; elle ne permettait pas au juge de faire varier en plus ou en moins l'application de chacune de ces peines. Le motif qui dicta cette disposition du Code de 1791 est manifeste: on sortait alors du système de l'ancienne législation, si l'on peut appeler de ce nom les habitudes parlementaires consacrées autrefois en matière pénale; on sortait d'un système où des lois

des ordonnances, des modifications, avaient bien déterminé telle ou telle nature de peines variables encore suivant les lieux, mais n'avaient pas déterminé, en général, d'une manière complète, le rapport de chacune de ces peines avec le fait qu'elle devait frapper. On sortait, en un mot, d'un système d'arbitraire, d'un système d'omnipotence qui, dans la plupart des cas, laissait au juge une immense latitude dans la nature et dans le choix de la peine.

Frappé des graves inconvénients d'un tel système, effrayé de l'énormité du pouvoir laissé aux tribunaux, préoccupé de la nécessité de faire rentrer les juges dans la légalité, on se jeta, les yeux fermés, dans un système directement contraire. Pour enlever au juge tout arbitraire, on consacra d'une manière formelle, entière, absolue, l'arbitraire complet de la loi. Mais il est visible que ce nouveau système avait aussi ses dangers; qu'une multitude de faits coupables, en apparence égaux quant à la dénomination légale qui les embrasse, varient cependant infiniment, à raison de circonstances que le législateur ne peut prévoir et déterminer; que tout ce qui aura précédé, accompagné, suivi même le crime ou le délit, que les antécédents du coupable, que la violence des provocations, que la voix puissante qui l'aura porté au crime, peuvent, dans certains cas, modifier le fait et l'atténuer fortement. Aussi, en 1808, s'écarta-t-on de cette idée et établit-on en principe que les peines temporaires varieraient entre une double limite de *minimum* et de *maximum*, dans l'intervalle de laquelle les juges auraient à choisir.

Vous remarquerez que de ce système, qui laisse une assez grande latitude aux juges dans l'application de la peine, résulte, à quelques égards, une légère altération au principe de la division des pouvoirs entre les jurés et les juges : les jurés sont juges du fait, les juges sont chargés seulement d'appliquer la loi à un fait déclaré constant. Dans le Code pénal de 1791, cette division de pouvoirs restait très nette : aux jurés l'appréciation entière, l'appréciation absolue du caractère du fait ; aux juges la simple mission de servir d'organes à la loi, de donner lecture publique du texte pénal établi pour ce cas, et de l'appliquer sans *minimum*, sans *maximum* possible. Au contraire, dans le droit actuel, où les cours d'assises ont à opter entré une limite assez large dans l'application de la peine, il est sensible qu'elles sont, à certains égards, juges d'une certaine partie du fait, non pas du point de savoir si le fait est constant ou non, non pas de savoir si l'accusé est coupable ou innocent, ce point est déclaré par le jury ; mais, l'accusé étant déclaré coupable, à la cour d'assises appartient encore le droit et l'obligation de tenir compte des circonstances, des nuances infinies de moralité qui pourront commander ou l'application du *minimum*, ou celle du *maximum*, ou enfin celle d'un terme moyen entre ces deux extrêmes de la peine.

Cette idée de fixation d'un *minimum* et d'un *maximum* dans la durée des peines temporaires a conduit plus tard, en 1824 et surtout en 1832, à des modifications très importantes dans l'ensemble du système pénal ; je veux dire à la faculté, accordée d'abord à la cour d'assises en 1824, et plus

tard au jury en 1832, de déclarer l'existence de circonstances atténuantes en faveur de l'accusé déclaré coupable, ce qui établit encore une variation beaucoup plus forte dans l'application de la peine. La gradation qui en résulte est détaillée dans l'art. 463 du Code pénal, dont nous nous occuperons fort en détail, car c'est une innovation importante.

33. La peine de la détention est une peine nouvelle intercalée, en 1832, dans le texte de l'article 7, entre les travaux forcés à temps et la réclusion. Quel est le but de l'introduction de cette nouvelle peine ? En quoi diffère-t-elle de la peine temporaire qui la précède et de la peine temporaire qui la suit ?

Une première différence, frappante au premier coup d'œil, mais assez peu réelle, assez peu satisfaisante en résultat, ressortira de la durée, de la fixation de chacune de ces deux dernières peines. Ainsi, le *minimum* de la détention, comme des travaux forcés à temps et de la réclusion, est de cinq ans ; mais le *maximum* de la détention est de vingt ans, lorsque le *maximum* de la réclusion n'est que de dix ans. C'est ce que nous verrons plus tard en détaillant ces diverses peines. Cependant cette différence entre la détention, peine nouvelle introduite en 1832, et la réclusion, peine conservée dans le nouveau Code, n'a rien au fond de bien réel, n'a rien du moins qui nous explique pourquoi le législateur a cru devoir ajouter cette nouvelle pénalité à celles de l'art. 7. En effet, il est visible que, si la différence consistait seulement dans la durée, on serait parvenu au même but en prolongeant facultativement jusqu'à vingt ans le *maximum* de la réclusion ; en disant que la réclusion, gardant toujours son *minimum* de cinq ans, aura pour *maximum* vingt ans, on aurait atteint le même résultat. Aussi cette différence, quoique réelle en fait, doit-elle être laissée de côté comme n'expliquant nullement le motif, la pensée du législateur dans la création de cette nouvelle peine. — Vous verrez également bientôt que la détention, semblable en cela à la réclusion, entraîne la dégradation civique ; que la détention, semblable encore à la réclusion, soumet les individus qu'elle frappe à la surveillance de la haute police de l'État.

Jusqu'ici, nous ne trouvons donc que des analogies ; nous ne trouvons pas la différence que nous cherchons entre les deux peines. Cette différence tient avant tout à la nature des faits qu'on a voulu frapper par chacune de ces deux peines. — On a senti, en 1832, le besoin de créer une dénomination et un mode d'exécution spécial pour des faits qui, demandant sans doute une répression assez sévère dans l'intérêt social, ne pouvaient cependant dans la loi, pas plus que dans la conscience publique, être assimilés l'un à l'autre et passer sous le niveau d'une punition de même nature. En effet, la détention créée par l'art. 7 l'a été pour frapper, en général, les crimes de nature politique, les crimes qu'il était impossible d'assimiler, dans leurs résultats et dans la manière de les frapper, à la plupart des faits prévus et punis par le Code pénal. Aussi la détention, tout en ayant un *maximum* beaucoup plus élevé que celui de la réclusion, tout en présentant, à cet égard, un plus grand caractère de sévé-