

sans ordre provisoire du gouvernement ; ceux qui l'auront retenu, ou auront refusé de le représenter à l'officier de police ou au porteur de ses ordres, sans justifier de la défense du procureur de la République ou du juge, ceux qui auront refusé d'exhiber leurs registres à l'officier de police, seront, comme coupables de détention arbitraire, punis de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 16 à 200 fr. »

Cet article donne lieu à plusieurs observations. On doit remarquer, d'abord, que ses termes, qui s'éloignent des termes restrictifs de l'article 609, semblent reconnaître comme une détention légale la détention qui a lieu en vertu d'un ordre provisoire du gouvernement. Que cet ordre puisse justifier le gardien, qui n'est pas compétent pour en constater la légalité, on peut le comprendre ; mais faut-il donc y voir une cause légale de détention ? A l'époque où le Code pénal était rédigé, l'article 46 de la constitution du 22 frimaire an VIII avait attribué au gouvernement un droit d'arrestation par mesure de police ; l'article 60 du sén.-cons. du 28 floréal an XII avait autorisé les détentions provisoires pour cause de sûreté de l'État, et le décret du 3 mars 1810 avait réglé la forme des arrestations par mesure de haute police. Ces dispositions expliquent le texte de l'article 120, mais elles n'existent plus. Ce n'est qu'à l'égard des mendiants, des filles publiques et des individus trouvés voyageant sans passeport, que l'administration est autorisée par quelques textes confus de la législation intermédiaire à détenir par mesure de haute police, pendant quelques jours, les individus de ces trois catégories. Il faut donc entendre d'une manière très restrictive les expressions légales que je viens de vous signaler.

202. L'art. 120 prévoit, en second lieu, le refus du gardien : 1° de représenter le détenu dont la représentation est régulièrement demandée ; 2° d'exhiber le registre de la prison. Les art. 79 et 80 de la constitution du 22 frimaire an VIII portaient :

« ART. 79. Tout gardien ou geôlier est tenu, sans qu'aucun ordre puisse l'en dispenser, de représenter la personne détenue à l'officier civil ayant la police de la maison de détention, toutes les fois qu'il en sera requis par cet officier. — ART. 80. La représentation de la personne détenue ne pourra être refusée à ses parents et amis, porteurs de l'ordre de l'officier civil, lequel sera toujours tenu de l'accorder, à moins que le gardien ou le geôlier ne représente une ordonnance du juge pour tenir la personne au secret. »

Ces deux articles ont été maintenus par l'art. 615 du Code d'instruction criminelle, et l'art. 618 les reproduit en partie en ajoutant quelques précautions accessoires :

« ART. 618. Tout gardien qui aura refusé, ou de montrer au porteur de l'ordre de l'officier civil ayant la police de la maison d'arrêt, de justice ou de la prison, la personne détenue, sur la réquisition qui en sera faite, ou de montrer l'ordre qui le lui défend, ou de faire au juge de paix l'exhibition de

ses registres, ou de lui laisser prendre telle copie que celui-ci croira nécessaire de partie de ses registres, sera poursuivi comme coupable ou complice de détention arbitraire. »

Il est à remarquer que l'article 120, tout en donnant sa sanction à ces dispositions, réserve, comme elles l'ont fait elles-mêmes, le cas où le gardien a reçu l'ordre d'interdire toute communication avec le prévenu. Cette mesure, que l'on appelle ordinairement la mise au secret du détenu, est un acte d'instruction, un moyen de preuve ; elle a pour but d'empêcher que le prévenu ne se concerté avec ses complices, n'altère ou ne fasse disparaître les traces du crime, n'exerce ou ne subisse aucune influence extérieure. C'est au juge d'instruction, chargé de procéder à tous les actes de l'instruction, qu'il appartient de l'ordonner.

203. L'art. 122 ajoute deux dispositions :

« ART. 122. Seront aussi punis de la dégradation civique les procureurs généraux ou [[de la République]], les substituts, les juges ou les officiers publics qui auront retenu ou fait retenir un individu hors des lieux déterminés par le gouvernement ou par l'administration publique, ou qui auront traduit un citoyen devant une cour d'assises, sans qu'il ait été préalablement mis légalement en accusation. »

La première de ces deux incriminations a pour objet un fait dont nous avons déjà parlé : la détention d'un prévenu dans un lieu qui n'est pas légalement affecté à cette destination. La loi ne reconnaît, en principe, que trois espèces de prison : les maisons d'arrêt, où sont déposés les inculpés ; les maisons de justice, où sont transférés les prévenus lorsque la mise en accusation a été prononcée, et les prisons pénales, qui sont les maisons de correction et les maisons centrales de réclusion. Toutefois les nécessités du service judiciaire ont fait admettre, par forme réglementaire, et pour servir de dépôt provisoire aux prévenus, les prisons cantonales et les chambres de sûreté de la gendarmerie.

La seconde incrimination se réfère à l'art. 271 du Code d'instruction criminelle, qui dispose que le procureur général ne pourra porter à la cour d'assises aucune accusation qui n'aurait pas été admise suivant les formes prescrites par la loi à peine de nullité. L'arrêt de mise en accusation est la garantie des prévenus, ils y trouvent l'assurance qu'ils ne seront point mis en jugement, si des charges graves ne pèsent sur eux. Toutes les formes de la procédure écrite se résument dans cet arrêt. Le législateur n'a pas pensé qu'il pût suffire de prononcer la nullité d'une procédure qui aurait omis ce premier degré de juridiction, il a voulu que le magistrat coupable d'une telle omission fût solennellement flétri.

204. L'art. 121 prévoit un cas tout à fait différent : il a pour

objet, non plus d'assurer à tous les prévenus les formes générales de la procédure, mais de protéger contre l'application de ces formes une classe particulière de prévenus, les fonctionnaires politiques. Prenons le texte de cet article :

« ART. 121. Seront, comme coupables de forfaiture, punis de la dégradation civique, tous officiers de police judiciaire, tous procureurs généraux ou [[de la République]], tous substitués, tous juges, qui auront provoqué, donné ou signé un jugement, une ordonnance ou un mandat tendant à la poursuite personnelle ou accusation, soit d'un ministre, soit d'un membre du Sénat, du Corps législatif ou du conseil d'État, sans les autorisations prescrites par les lois de l'État; ou qui, hors les cas de flagrant délit ou de clameur publique, auront, sans les mêmes autorisations, donné ou signé l'ordre ou le mandat de saisir ou arrêter un ou plusieurs ministres, ou membres du Sénat, du Corps législatif ou du conseil d'État. »

Cet article est la sanction d'une règle constitutionnelle qui défend de mettre en jugement et même simplement en arrestation les membres du Sénat, du Corps législatif, du conseil d'État et les ministres, sans une autorisation préalable. Cette règle est établie par les art. 70 et 71 de la constitution du 22 frimaire an VIII, qui portent que : « les délits personnels emportant peine afflictive ou infamante, commis par un membre soit du sénat, soit du tribunal, soit du conseil d'État, sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après qu'une délibération du corps auquel il appartient a autorisé cette poursuite, et les ministres sont considérés comme membres du conseil d'État. [[La nécessité d'une autorisation pour la poursuite des membres des Chambres, mais seulement pendant la durée de la session, a été reproduite par les lois constitutionnelles de 1875. Quant aux fonctionnaires publics, on verra qu'ils peuvent être poursuivis sans autorisation depuis l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.]] Mais la nécessité de cette autorisation ne fait pas obstacle à la recherche des preuves concernant le corps du délit : elle ne suspend que les mesures personnelles à l'inculpé. On lit, dans les discussions du conseil d'État qui ont préparé le Code, « que l'intention des rédacteurs du Code n'avait certainement pas été d'empêcher ou d'arrêter les premières informations, mais seulement de s'opposer à ce qu'aucune ordonnance ou mandat eût lieu contre les fonctionnaires de la qualité désignée, avant les autorisations constitutionnelles. » Cette suspension cesse même tout à fait au cas de flagrant délit : la poursuite et l'arrestation peuvent alors être ordonnées sans attendre l'autorisation prescrite par la loi.

SECTION III

COALITIONS DES FONCTIONNAIRES.

205. Je ne m'arrêterai qu'un instant aux quatre articles qui composent cette section. Ces articles témoignent des méticuleuses inquié-

des du législateur en tout ce qui touche à l'obéissance hiérarchique des agents administratifs. A notre sens, ils étaient parfaitement inutiles ; car il n'y a pas lieu de présumer que les fonctionnaires qui composent l'administration puissent, avec l'unité de leur constitution et la dépendance qui les lie étroitement, former une coalition pour l'inexécution des ordres du pouvoir. Aussi n'ont-ils jamais reçu aucune application.

L'art. 123 prévoit le concert de mesures contraires aux lois, pratiqué par une réunion d'individus ou de corps dépositaires de l'autorité publique. La peine est un emprisonnement de deux à six mois et l'interdiction des droits civiques et de tout emploi public. L'art. 124 aggrave ces peines, si le concert a pour objet des mesures contre l'exécution des lois ou contre les ordres du gouvernement : la peine est le bannissement. Si le concert a lieu entre les autorités civiles et les corps militaires, c'est la déportation qui est prononcée contre les auteurs ou provocateurs. Enfin, si le concert a eu pour objet ou pour résultat un complot attentatoire à la sûreté intérieure de l'État, l'art. 125 prononce la peine de mort [[remplacée, depuis la loi du 5 juin 1850, par la déportation]].

Il est inutile de faire remarquer tout ce que ces incriminations ont de vague et d'indécis : qu'est-ce qu'un concert dans le sens de la loi ? quelles sont les mesures qui doivent être réputées contraires aux lois ? que faut-il entendre par les ordres du gouvernement ? Toutes ces expressions auraient eu besoin d'être définies. Si elles devaient être appliquées, nous en rechercherions la véritable signification. Je bornerai mes observations à l'article 125. Cet article punit « le concert ayant pour objet ou pour résultat un complot ». Or, vous avez vu qu'un complot est la résolution d'agir concertée entre plusieurs personnes. L'objet de l'art. 125 est donc, si l'on arrive au fond de cette mauvaise rédaction, un concert de mesures prises pour former une résolution d'agir, en d'autres termes, un véritable complot, moins qu'un complot peut-être, puisque le concert ayant pour objet une résolution n'est que la pensée d'un simple projet, et, par conséquent, est un fait moins grave qu'une résolution déjà concertée et arrêtée. Et cependant, ce fait, que l'art. 89, en le qualifiant complot, ne frappe que de la détention, l'art. 125 le frappe de la peine de mort. Pourquoi cette différence ? pourquoi deux peines si distinctes à deux faits qui ont entre eux une si intime analogie ? La qualité des agents dans ce dernier article suffisait-elle pour la motiver ?

206. L'article 126 a porté la prévoyance à la plus extrême limite en édictant une peine pour les fonctionnaires qui auraient, par délibération, arrêté de donner leurs démissions, à l'effet de suspendre un service quelconque. Il n'y a pas encore eu d'exemple de cette sorte de crime.

SECTION IV

EMPIÈTEMENT DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES.

207. Vous trouverez dans cette section la sanction d'un principe important de notre droit public : la séparation du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire.

Ce principe a été posé par l'article 13, tit. II, de la loi des 16-24 août 1790, ainsi conçu : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » Cette disposition a été reproduite par la constitution du 3 septembre 1791 (ch. IV, sect. II, art. 3, et chap. V, art. 3), par la constitution du 5 fructidor an III, et par la constitution du 22 frimaire an VIII, art. 52. C'est à ces dispositions que se rattache l'art. 127, ainsi conçu :

« ART. 127. Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique 1^o les juges, les procureurs généraux et [[de la République]] ou leurs substitués, les officiers de police, qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées ; 2^o les juges, les procureurs généraux ou [[de la République]], ou leurs substitués, les officiers de police judiciaire qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immiscant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui aurait été prononcée, ou le conflit qui leur aurait été notifié. »

Ces dispositions sont généralement claires et ne demandent aucune explication particulière. Je vous parlerai seulement tout à l'heure de la citation des administrateurs pour raison de leurs fonctions et des conflits. Vous devez remarquer cependant que la sollicitude du législateur, lorsqu'il veut tracer la ligne profonde qui doit séparer le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs, se porte aussitôt sur les empiètements possibles de ce pouvoir. Pourquoi cette défiance ? N'y a-t-il pas lieu de craindre davantage les actes arbitraires de l'administration que les usurpations de la justice ? On retrouve dans ces dispositions un sentiment, tout-puissant en 1791, mais qui devait s'être affaibli en 1810, le souvenir du pouvoir exorbitant des parlements, le ressentiment de la domination de l'autorité judiciaire, la crainte qu'elle ne pût essayer de ressaisir ses anciennes attributions. De là cette incrimination inquiète et prévoyante

qui recherche tous les actes par lesquels les juges pourraient sortir de leurs fonctions, et qui saisit chacun de ces actes au moment même où ils se produisent, sans se préoccuper de leur nature et de l'intention bonne ou répréhensible des magistrats qui y ont procédé.

208. L'art. 128 a pour objet la protection des attributions administratives, le maintien du droit d'élever le conflit :

« ART. 128. Les juges qui, sur la revendication solennellement faite par l'autorité administrative d'une affaire portée devant eux, auront néanmoins procédé au jugement avant la décision de l'autorité supérieure, seront punis chacun d'une amende de 16 fr. au moins et de 150 fr. au plus. Les officiers du ministère public qui auront fait des réquisitions ou donné des conclusions pour ledit jugement seront punis de la même peine. »

On distingue deux sortes de conflit : le conflit d'attribution et le conflit de juridiction. Nous examinerons plus loin, en expliquant les règles de l'instruction criminelle, les dispositions qui s'appliquent au conflit de juridiction. Le conflit d'attribution, dont il s'agit ici, est positif ou négatif : le premier résulte de la revendication par l'administration d'une affaire dont les tribunaux sont saisis et dont elle prétend que le jugement appartient au pouvoir administratif ; le second résulte de la déclaration respective d'incompétence faite par les juges et par les administrateurs au sujet de la même affaire. Cette matière, sur laquelle ont successivement statué le décret du 21 fructidor an III, le règlement du 5 nivôse an VII, l'arrêté du 19 brumaire an X, et l'ordonnance du 12 décembre 1821, a été définitivement réglée par une ordonnance du 1^{er} juin 1828. L'article 1^{er} de cette ordonnance porte que, « à l'avenir, le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle. » L'art. 2 ajoute : « Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1^o lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative ; 2^o lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle. » Enfin, la forme de procéder est indiquée par l'article 6 : « Lorsqu'un préfet estimera que la connaissance d'une question portée devant un tribunal de première instance est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, il pourra, alors même que l'administration ne sera pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, le préfet adressera au procureur du roi un mémoire, dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige. Le procureur du roi fera connaître dans tous les cas au tribunal la demande formée par le préfet, et requerra le renvoi si la revendication lui paraît fondée. » Les juges

n'ont qu'un point à examiner : si le conflit est régulier, c'est-à-dire s'il est élevé dans les cas prévus et suivant les formes prescrites par la loi. Si cette régularité existe, ils doivent surseoir ; si elle n'est pas démontrée, ils doivent passer outre. L'art. 128 ne prévoit, en effet, que l'usurpation d'un droit.

209. L'art. 129 prévoit un autre fait de la même nature. Aux termes de l'art. 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, qui est aujourd'hui abrogé : « les agents du gouvernement ne pouvaient être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du conseil d'État. » L'article 129, qui se réfère à cette disposition, est ainsi conçu :

« ART. 129. La peine sera d'une amende de 100 fr. au moins et de 500 fr. au plus, contre chacun des juges qui, après une réclamation légale des parties intéressées ou de l'autorité administrative, auront, sans autorisation du gouvernement, rendu des ordonnances ou décerné des mandats contre ses agents ou préposés prévenus de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. La même peine sera appliquée aux officiers du ministère public ou de police qui auront requis lesdites ordonnances ou mandats. »

Une première observation doit être faite. L'article 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 porte : « Ne donneront pas lieu au conflit : 1^o le défaut d'autorisation de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents... » Il suit de là que le défaut d'autorisation ne constituait qu'une exception personnelle que le prévenu pouvait faire valoir et que les juges devaient admettre, en tout état de cause, si elle était fondée.

Dans ce dernier cas, l'autorité judiciaire devait-elle surseoir à tous les actes d'instruction ? L'art. 129 ne prohibe que les ordonnances et mandats. L'art. 3 du décret du 9 août 1806 avait déjà établi la distinction que cet article consacre : « La disposition de l'art. 75 de l'acte constitutionnel de l'an VIII ne fait point obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par nos agents dans l'exercice de leurs fonctions ; mais il ne peut être décerné, en ce cas, aucun mandat, ni subi aucun interrogatoire juridique, sans l'autorisation préalable du gouvernement. » Il suit de là que toutes les mesures conservatoires, toutes celles qui ont pour objet de vérifier les charges, de recueillir les témoignages, de constater les indices, demeuraient entre les mains de la justice. Toutes les mesures préventives, toutes celles qui ont pour objet, soit de s'assurer de la personne de l'inculpé, soit de lui imprimer la qualité de prévenu, étaient suspendues jusqu'à ce que le conseil d'État eût statué.

Cette suspension du droit de l'autorité judiciaire cessait-elle au cas de flagrant délit, si le fait était passible d'une peine afflictive ou infamante ? Quelques commentateurs enseignent que l'agent, dans ce cas,

pouvait être saisi, interrogé et détenu, et que l'autorisation n'était nécessaire que pour le jugement. Ils s'appuient sur ce que l'art. 106 du Code d'instruction criminelle impose à tout dépositaire de la force publique, et même à toute personne, le devoir de saisir le prévenu surpris en flagrant délit, si le fait emporte peine afflictive ou infamante : l'arrestation, dans ce cas, est un droit inaliénable de la justice, parce qu'elle est une condition indispensable de l'ordre, et l'art. 124 du Code pénal l'a autorisée à l'égard des fonctionnaires de l'ordre politique. [[On avait]] répondu que l'art. 75 de la loi du 22 frimaire an VIII ne fait aucune distinction entre les faits relatifs aux fonctionnaires flagrants ou non flagrants ; que l'art. 129 contient une disposition générale qui s'applique à tous les cas ; qu'il n'a point reproduit l'exception contenue dans l'article 124 ; et que la raison de cette différence est que les faits relatifs aux fonctions qui font l'objet de l'art. 129, tels que la corruption, la concussion, le faux, l'abus de pouvoir, n'occasionnent point, en général, un péril imminent pour la paix publique ; qu'ainsi le flagrant délit, relativement à cette classe de faits, n'existe jamais d'une manière directe et alarmante. On ajoutait que, la garantie étant établie à raison de la nature des actes, il y a même motif de l'appliquer, soit que l'agent soit surpris en flagrant délit, soit que la preuve ne se manifeste qu'ultérieurement. Cette distinction et la disposition à laquelle elle se rattachait sont aujourd'hui sans application, puisque l'art. 75, qu'elles avaient pour objet de sanctionner, a été abrogé par un décret du 2 septembre 1870.

210. Les art. 130 et 131 sont des dispositions corrélatives de celles qui précèdent ; ils ont pour objet de défendre le pouvoir judiciaire des entreprises de l'administration, comme celles-ci défendent l'administration contre le pouvoir judiciaire.

« ART. 130. Les préfets, sous-préfets, maires et autres administrateurs qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, comme il est dit au n° 1^{er} de l'art. 127, ou qui se seront ingérés de prendre des arrêtés généraux tendant à insinuer des ordres ou des défenses quelconques à des cours ou tribunaux seront punis de la dégradation civique. »

« ART. 131. Lorsque ces administrateurs entreprendront sur les fonctions judiciaires en s'ingérant de connaître de droits et d'intérêts privés du ressort des tribunaux, et qu'après la réclamation des parties ou de l'une d'elles, ils auront néanmoins décidé l'affaire avant que l'autorité supérieure ait prononcé, ils seront punis d'une amende de 16 à 150 fr. »

Ces articles n'appellent qu'une seule observation. Peut-être le législateur, si minutieux quand il s'agit de surveiller les empiètements de l'autorité judiciaire, n'a-t-il pas déployé la même exactitude à l'égard des excès de pouvoir de l'autorité administrative. Il semble qu'il aurait pu prévoir quelques-uns des actes d'immixtion ou d'usurpation les plus oppressifs et en spécifier les caractères avec plus de détail et de soin.