

« ART. 327. Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. »

La loi a dû se borner à poser ce principe sans prévoir tous les cas où il peut être appliqué. Elle soumet la justification de l'agent à une double condition : il faut d'abord que l'homicide ait été commis dans un cas où la loi l'autorisait, il faut ensuite qu'il ait été commandé par le fonctionnaire qui avait le droit d'apprécier la nécessité. Il est clair que, sans le concours de l'une et de l'autre de ces deux conditions, la vie des citoyens serait abandonnée aux violences des agents du pouvoir sans aucune garantie. Il est nécessaire de consacrer d'abord le droit et ensuite la légitime application de ce droit. On peut citer comme exemple d'homicide légal le fait du militaire qui, sur l'ordre de ses chefs, tire sur les ennemis pendant la guerre, ou sur des rebelles, pendant les troubles civils. Nous avons déjà parlé de cette cause de justification (n. 180).

366. La seconde cause de justification est la nécessité actuelle de la défense :

« ART. 328. Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. »

« L'homicide est légitime, dit l'exposé des motifs, lorsqu'il est commandé par la défense de soi-même, soit qu'on ait été frappé ou qu'on se trouve dans un pressant danger de l'être, et que, ne pouvant attendre des secours de la loi, entraîné par l'instinct conservateur de son existence, ou repousse la force par la force. » Toutes les législations, en effet, ont considéré ce droit de défense comme un droit naturel, que chaque membre de la société peut revendiquer, lorsque la loi ne suffit pas pour le protéger. Mais quand y a-t-il nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ? C'est là ce que nous devons examiner. On doit d'abord inférer des termes de la loi qu'elle n'a voulu protéger que la défense de la personne ; car elle ne parle que de la défense de *soi-même* ou *d'autrui*. Aussi, lorsque l'attaque est dirigée contre les biens, comme dans le cas prévu par le 1^{er} § de l'art. 322, l'homicide peut être, dans certaines circonstances, excusable, il cesse d'être justifiable. On doit encore inférer du texte de la loi que la défense, pour devenir légitime, doit être nécessaire, c'est-à-dire commandée par un péril actuel : il n'y a, en effet, de nécessité actuelle, que celle où la force appelle la force, où le danger est présent et provoque instantanément la défense. Enfin, cette défense ne peut être légitime qu'autant que l'agression est injuste : ainsi les rebelles contre lesquels la force légale serait employée ne pourraient évidemment invoquer cette exception, puisque, en état de flagrant délit, il ne peuvent se prétendre en état de légitime défense contre l'autorité légale.

L'art. 329 comprend dans les cas de légitime défense les deux cas suivants :

« ART. 329. Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense les deux cas suivants : — 1° Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés, en repoussant, pendant la nuit, l'escalade et l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ; — 2° Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. »

Dans les deux cas dont il s'agit, il y a lieu de craindre des violences contre les personnes : si ces violences ont été commises, il y a nécessité actuelle de la défense. Cette défense est légitimée, soit par une escalade ou effraction de nuit, parce qu'une agression de nuit menace les personnes autant que les propriétés, soit par des violences commises même de jour par des voleurs ou des pillards, parce que ces violences établissent l'état de légitime défense.

VINGT ET UNIÈME LEÇON.

367. Je vais essayer de terminer dans cette leçon l'examen des crimes et délits contre les personnes ; nous n'avons examiné encore que l'homicide, les coups et les blessures : à côté de ces premiers attentats il en est plusieurs autres, qui ont des caractères particuliers et sont soumis à des règles spéciales. Il importe de déterminer nettement le caractère de chacun d'eux et de préciser les éléments distincts de leur incrimination.

ATTENTATS AUX MŒURS.

Le Code comprend, sous ce titre et dans la même section, l'outrage public à la pudeur, l'attentat à la pudeur et le viol, l'excitation des mineurs à la débauche, l'adultère et la bigamie. Tous ces faits n'ont de commun que leur immoralité : ils diffèrent par leur gravité, par les faits qui les caractérisent, par leur but même. Nous suivrons dans leur examen l'ordre même de notre Code.

368. Le premier de ces attentats est l'outrage public à la pudeur :

« ART. 330. 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 16 à 200 fr. »

Qu'est-ce qu'un outrage à la pudeur ? La loi ne l'a pas défini. Il faut tenir pour constant, d'une part, que cette expression ne peut s'entendre de simples injures, quelque outrageantes, quelque grossières qu'elles soient, elle ne s'applique qu'à des faits matériels, à des actes ; et, d'une

autre part, qu'elle renferme toutes les actions contraires aux bonnes mœurs, qui par leur licence ont dû être l'occasion de scandale pour l'honnêteté et la pudeur de ceux qui fortuitement ont pu en être les témoins. Ainsi, tous les actes impudiques qui, sans attenter particulièrement à la personne de qui que ce soit, sont de nature à blesser les regards et la pudeur de ceux qui en sont témoins, rentrent dans cette catégorie. Mais il faut que le délit ait été commis publiquement : c'est la publicité qui fait sa criminalité ; car c'est le scandale, l'offense à l'honnêteté publique que la loi punit. Cette publicité existe toutes les fois que l'outrage est commis dans un lieu public, ou que, même commis hors d'un lieu de cette nature, il a pu frapper les regards du public.

369. L'art. 331 prévoit l'attentat à la pudeur sans violence :

« ART. 331. Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de treize ans, sera puni de la réclusion. »

Cet article a été introduit dans le Code pénal par la loi du 28 avril 1832. La loi n'avait puni jusque-là l'attentat à la pudeur que lorsqu'il avait été commis avec violence. Il en résultait que la plupart des attentats commis sur de jeunes enfants, n'étant point accompagnés de violences physiques, échappaient à toute répression. C'est là la lacune que le législateur a voulu réparer : il punit la séduction exercée sur les enfants, la corruption pratiquée sur leur volonté, l'entraînement criminel qu'ils subissent. Par les mots d'*attentat à la pudeur* qui sont peut-être ici assez inexacts, puisque l'attentat suppose en général la violence, il faut entendre tous les actes qui attentent à la pudeur de l'enfant, qui ont pour effet de le flétrir et de le corrompre. Mais, s'il y a présomption d'une violence morale que l'âge de moins de treize ans a fait établir, cette présomption cesse si l'enfant est d'un âge supérieur. Il s'ensuit que l'attentat et l'âge de la victime sont les deux conditions essentielles du crime prévu par l'art. 331.

370. Il faut ajouter que [[c'est]] la loi du 13 mai 1863 [[qui]] a introduit dans cet article une modification importante en substituant l'âge de treize ans à l'âge de onze ans. On doit applaudir à la pensée morale qui, pour protéger l'enfance contre d'odieux attentats, en prolonge la durée. Il est bien de préserver l'enfant le plus longtemps possible, aussi longtemps qu'il demeure enfant, contre la séduction qu'on ne pratique à son égard que pour le flétrir et le corrompre. Il faut prendre garde néanmoins que plus on approche de l'âge nubile, plus il y a lieu de craindre que la volonté ne vienne contredire la présomption de contrainte morale qui est l'élément du délit. Le péril est de confondre l'attentat à la pudeur avec l'immoralité.

371. Un 2° § a été ajouté à l'art. 331.

« ART. 331 2° §. Sera puni de la même peine l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de treize ans, mais non émancipé par mariage. »

Cette innovation rétablit en d'autres termes une incrimination que l'on trouve dans notre ancienne législation, mais que notre législation avait jusqu'ici répudiée, le crime d'inceste. La loi suppose que la contrainte morale que les ascendants peuvent exercer se prolonge au delà de l'âge de treize ans et résulte de la seule autorité personnelle. Toutefois, quand la victime a passé cet âge, n'est-il pas évident que l'attentat sans violence n'est plus qu'une séduction ? Ce n'est donc pas seulement l'abus d'autorité qui est puni ici, c'est la séduction personnelle des ascendants, c'est l'inceste, fait odieux sans doute, mais dont la répression ne peut être obtenue qu'en soulevant des scandales plus redoutables peut-être que l'impunité.

372. L'attentat à la pudeur avec violence a plusieurs degrés : sa gravité dépend : 1° de l'âge de la victime ; 2° du caractère même de l'attentat ; 3° de la qualité de l'agent.

« ART. 331 3° §. Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion. »

C'est là le premier degré du crime. L'attentat n'a point de but déterminé autre que d'offenser la pudeur de la personne sur laquelle il est exercé : il suffit qu'il ait, par le moyen d'un acte violent, outragé la pudeur, sans autre intention que cet outrage même, pour qu'il rentre dans les termes de la loi. Ainsi il a été jugé que des femmes qui, après avoir dépouillé une autre femme de ses vêtements, l'avaient soumise à des mauvais traitements, étaient coupables d'attentat à la pudeur. Il a encore été reconnu que des ouvriers qui avaient de force procédé à l'examen des parties sexuelles de l'un deux s'étaient rendus coupables du même crime. Le Code ne fait aucune distinction entre les attentats inspirés par le désir des jouissances sensuelles et ceux commis par tous autres motifs, tels que la haine, la vengeance ou la curiosité. L'attentat résulte du fait lui-même, quelle que soit l'intention de celui qui le commet.

Mais l'attentat reprend ici son caractère distinctif : c'est la violence qui le constitue. L'attentat à la pudeur, lorsqu'il est commis sans violence, n'est passible d'aucune peine, à moins qu'il ne soit public (art. 330) ou qu'il ne soit commis sur un enfant de moins de [[treize]] ans (art. 331). C'est donc l'usage de la force qui fait le crime : elle outrage en violentant la volonté. Il importe peu que l'attentat ait été consommé tel que l'agent s'était proposé de l'accomplir, ou qu'il ait été seulement

tenté, et ait rencontré dans la résistance de la victime un obstacle qui en a empêché l'entier accomplissement. Le crime est le même et la loi a eu soin de le réunir dans la même disposition.

373. L'attentat à la pudeur avec violence prend un caractère distinct et plus grand lorsqu'il a pour but le viol.

« ART. 332. Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps. »

Les caractères de ce crime sont les mêmes que ceux de l'attentat à la pudeur, si ce n'est que le fait matériel, qui constitue le plus grand des attentats à la pudeur, emporte avec lui un dommage irréparable. De là la sévérité plus grande de la loi. Il faut d'ailleurs, comme pour l'attentat, que la violence soit constatée, soit par la résistance de la victime, soit par les manœuvres frauduleuses qui l'ont enchaînée. Toute hésitation de la part de celle-ci, toute circonstance qui dénoterait une sorte de complicité de sa part ferait disparaître la criminalité de l'acte. Quel est le caractère de la tentative de viol ? n'est-ce qu'un simple attentat à la pudeur ? Il est évident que la tentative caractérisée du crime de viol ne doit pas être confondue avec les attentats à la pudeur avec violence ; car elle en diffère par la nature de l'acte et le but que se propose l'agent. La tentative de viol, si elle réunit les caractères déterminés par l'art. 2, est assimilée au crime même, car elle réunit tous les éléments du crime ; elle est plus qu'un attentat, car ce n'est pas seulement l'outrage qu'elle a pour but : elle conserve donc son caractère distinct, bien qu'elle ait rencontré un obstacle qui a empêché son accomplissement.

374. L'attentat à la pudeur avec violence et le viol puisent une même aggravation dans l'âge de la victime et dans la qualité de l'agent. Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, la peine de l'attentat à la pudeur avec violence est la peine des travaux forcés à temps et la peine du viol est le *maximum* de cette peine, c'est-à-dire vingt ans de travaux forcés. « Au-dessous de l'âge de quinze ans, porte l'exposé des motifs du Code, l'innocence doit plus particulièrement commander le respect et faire taire jusqu'aux désirs : l'emploi de la force est d'autant plus révoltant qu'il offre une violation de l'instinct même de la nature et un abus de l'ignorance autant que de la faiblesse de la victime. »

375. L'aggravation résultant de la qualité fait l'objet de l'article 333 :

« ART. 333. Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou serviteurs à gages des

personnes ci-dessus désignées, s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine sera celle des travaux forcés à temps, dans le cas prévu par le § 1^{er} de l'art. 331, et des travaux forcés à perpétuité, dans le cas prévu par l'article précédent. »

L'aggravation édictée par cet article a quatre causes distinctes : l'autorité de l'agent sur la victime, sa qualité de domestique dans la maison où le crime est commis, l'autorité attachée au titre de fonctionnaire ou de ministre du culte, enfin l'assistance qu'il reçoit dans l'exécution.

Quelles sont les personnes qui ont autorité sur la victime ? La loi ne désigne nominativement que les ascendants et les instituteurs ; il faut nécessairement comprendre dans cette disposition toutes les personnes qui sont investies soit d'une autorité légale, comme les pères et mères, les tuteurs et curateurs, soit d'une autorité de fait, comme celle du mari sur les enfants d'un premier mariage ou des maîtres sur les domestiques, des patrons sur les ouvriers. Il importe peu que l'autorité dérive de la loi ou de la position des personnes, il suffit qu'elle existe et qu'elle ait été un des moyens qui ont facilité le crime.

La qualité de serviteur à gages est un élément d'aggravation, non seulement lorsque le crime est commis sur les maîtres eux-mêmes, mais encore lorsqu'il est commis sur une des personnes de la famille. L'aggravation s'étend même au cas où l'attentat aurait été commis par un domestique sur un autre domestique de la même maison ; il suffit, en effet, d'après les termes précis de l'art. 333, que l'agent ait commis le crime sur une personne soumise à l'autorité des individus dans la maison desquels elle était placée comme domestique : la loi a voulu frapper d'une peine plus forte l'auteur d'un attentat à la pudeur sur l'une des personnes qui sont protégées par l'autorité du chef de la famille, pour avoir ainsi porté le désordre dans la maison où il a été admis.

A l'égard des fonctionnaires et ministres du culte, une question grave s'élève : l'aggravation est-elle nécessairement attachée à leur qualité, ou n'est-ce que lorsqu'ils ont abusé de leurs fonctions pour commettre l'attentat qu'ils en sont passibles ? Il semble, à la première vue, que le crime ne doit s'aggraver que dans le cas où la fonction a donné un ascendant sur la personne, un moyen de s'introduire auprès d'elle, en un mot, qu'autant que le délit a été commis sous l'influence des fonctions ; car ce n'est pas la qualité, isolée de toute influence, c'est l'abus de la position qui donne au crime une intensité plus grande. Cependant lorsqu'on s'arrête aux termes de la loi, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'elle attache l'aggravation à la seule qualité de fonctionnaire ou de ministre du culte, sans distinguer si la fonction a ou n'a pas servi à la perpétration. Il semble que la loi ait voulu poser en principe que les fonctionnaires et les ministres doivent aux autres l'exemple d'une conduite pure et sans tache : plus répréhensibles quand ils tombent en faute, plus coupables quand ils commettent des crimes, ils doivent être punis davantage.

La quatrième cause d'aggravation est l'assistance. Cette assistance peut être prêtée, soit par des complices qui n'ont d'autre but que de faciliter l'exécution du crime, soit par des coauteurs qui se donnent une coopération successive. Il est évident que l'aggravation s'applique à l'un et à l'autre cas. Ce serait faire une injure au législateur que de croire qu'il aurait entendu infliger la même peine à l'individu qui, seul et sans être aidé de personne, aurait commis ou tenté de commettre un viol, qu'à celui, beaucoup plus coupable, qui se serait fait aider dans son crime par un ou plusieurs complices dont les forces réunies auraient mis leur victime dans l'impossibilité de se défendre, et qui auraient encore pu assouvir tour à tour sur elle toute leur brutalité et joindre ainsi la barbarie à l'outrage.

376. Les articles 334 et 335 prévoient l'attentat aux mœurs commis en excitant la débauche. Il est inutile de nous arrêter à l'art. 335, qui ne fait qu'ajouter à la peine principale du délit quelques peines accessoires. L'art. 334, qui définit ce délit, est ainsi conçu :

« ART. 334. Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende 50 à 500 fr. — Si la prostitution a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement et de 300 à 1,000 fr. d'amende. »

Ce texte a soulevé de nombreuses difficultés. Il est difficile, quand on se trouve en face d'actes immoraux et dépravés, de ne pas chercher, en étendant un peu les termes de la loi, à les comprendre dans ses dispositions répressives. C'est là une tendance à laquelle l'esprit honnête des magistrats se laisse entraîner ; mais c'est un tort ; il n'appartient pas au juge de refaire la loi pénale et d'apporter dans ses interprétations plus de sévérité que le législateur : sa tâche se borne à déclarer le sens véritable des textes qu'il applique, il ne doit jamais aller au delà.

377. Première question. L'excitation à la débauche ne doit-elle être imputable qu'aux personnes qui en font métier et trafic ? ou la loi a-t-elle voulu comprendre, dans sa disposition, non seulement les proxénètes, mais encore ceux qui corrompent la jeunesse pour satisfaire leurs propres passions ? Cette question a longtemps divisé la jurisprudence : elle est aujourd'hui résolue. L'exposé des motifs du Code avait nettement indiqué le but du législateur : « Le Code prononce des peines de police correctionnelle contre les personnes convaincues d'avoir débauché ou corrompu la jeunesse : il est en ce point conforme à l'ancienne loi. » Or, les lois anciennes ne punissaient que le maquerillage et non la séduction personnelle. Le rapporteur du Corps législatif

ajoutait : « En nous occupant des attentats aux mœurs, comment ne pas signaler ces êtres qui ne vivent que pour et par la débauche, qui, rebuts des deux sexes, se font un état de leur rapprochement mercenaire et spéculent sur l'âge, l'inexpérience et la misère pour colporter le vice et alimenter la corruption ? Des législateurs ne les ont punis que du mépris public : mais que peut le mépris sur des âmes aussi avilies ? Punit-on par l'infamie des personnes qui en font leur élément ? C'est par des châtimens, c'est par un emprisonnement et une amende que le projet de loi a cherché à atteindre ces partisans habituels de prostitution. » Le langage de la loi ne fait que confirmer cette explication. Quels sont les agents qu'elle punit ? Ce sont ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche ; ce sont donc des agents de la corruption, ceux qui fournissent les moyens de rapprochemens, les intermédiaires, les instruments de la prostitution. Le second alinéa de l'article vient encore à l'appui de cette interprétation ; car il aggrave la peine des agents qui sont chargés de la surveillance des mineurs. Or, il est évident que, sauf la qualité, source de l'aggravation, le délit est le même dans les deux alinéas. Dès lors, comme dans le second, la loi n'assigne aux mères, pères et tuteurs, d'autre rôle que celui d'entrepreneurs, de proxénètes ; il s'ensuit que, dans le premier, il ne s'agit évidemment que des mêmes agents. Il est, au surplus, admis aujourd'hui sans contestation que l'article 334 ne s'applique qu'aux personnes qui favorisent la débauche des mineurs, non pour elles-mêmes, mais pour satisfaire l'incontinence d'autrui.

378. Deuxième question. Que faut-il entendre par le mot *habituellement* dans l'article 334 ? Est-il nécessaire qu'il y ait plusieurs victimes ? L'habitude résulte-t-elle de plusieurs actes de corruption commis sur la même personne ? La loi punit d'une manière générale tous ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens pour la livrer à la prostitution, pourvu que la fréquence et la répétition des faits prennent le caractère d'une habitude criminelle ; or, cette habitude peut évidemment résulter, soit des faits de corruption répétés à différentes époques envers la même personne, soit des mêmes faits successivement pratiqués envers des personnes différentes.

379. Troisième question. L'habitude est-elle une circonstance constitutive du délit dans le deuxième paragraphe de l'art. 334, aussi bien que dans le premier ? On avait pensé que les termes de ce deuxième alinéa ne se lient pas nécessairement avec le premier ; que, dans le premier alinéa, ce délit, imputé à des tiers, ne pouvait se constituer que par une succession de faits, tandis que, dans le second, le même délit, imputé aux pères, mères et tuteurs, existait par la perpétration d'un seul fait. Cette distinction n'est pas fondée. Le premier alinéa exige, pour l'application de la peine, que le prévenu ait excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse. La

circonstance de l'habitude est donc un élément constitutif du délit. Or, le deuxième alinéa change-t-il les conditions de ce délit ? Substitue-t-il une nouvelle incrimination à la première ? Nullement ; il ne fait que prévoir une circonstance aggravante du même délit, résultant de l'autorité appartenant aux personnes chargées de la surveillance des mineurs ; il ne modifie donc en aucune manière les éléments de l'incrimination, et l'art. 335, qui définit les incapacités auxquelles peuvent être accessoirement condamnés les coupables et qui comprend les cas prévus par les premier et deuxième alinéas, ne les considère que comme constituant un seul délit ; il faut donc conclure que le législateur n'a pas fait de ce deuxième alinéa un délit distinct et spécial.

380. Quatrième question. Est-il nécessaire, pour que le délit existe, que le mineur ait été flétri par la débauche ? Nullement ; le délit ne réside pas dans l'acte de prostitution, mais dans l'acte de proxénétisme qui tend à faciliter, à exciter cette corruption ou cette prostitution ; dès que le prévenu a prêté son entremise et a été intermédiaire entre le séducteur et la victime, le délit est consommé à son égard : la loi punit l'excitation à la débauche lorsqu'elle résulte des faits réitérés qui constituent une habitude.

Vous connaissez maintenant les caractères constitutifs du délit d'attentat aux mœurs. L'art. 334 n'a compris dans ses dispositions que les personnes qui s'entremettent pour faciliter et favoriser la débauche ; il faut, pour l'existence du délit : 1° que la corruption ait été excitée au profit, non d'une passion personnelle, mais des passions d'autrui ; 2° qu'il y ait habitude de cette entremise, c'est-à-dire répétition des actes d'excitation sur plusieurs personnes et même sur une seule.

381. J'arrive maintenant, en suivant l'ordre des articles du Code, à un délit que la loi a classé parmi les attentats aux mœurs, mais qui conserve un caractère particulier et des règles distinctes : le délit d'adultère. L'exposé des motifs du Code explique sur ce sujet la pensée du législateur : « Il est une infraction aux mœurs moins publique que la prostitution érigée en métier, mais presque aussi coupable ; si elle ne suppose pas des habitudes aussi dépravées, elle présente la violation de plus de devoirs : c'est l'adultère. Placé dans tous les codes au nombre des plus graves attentats aux mœurs, à la honte de la morale, l'opinion semble excuser ce que la loi doit punir ; une espèce d'intérêt accompagne le coupable ; les railleries poursuivent la victime. Cette contradiction entre l'opinion et la loi a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. » Mais le législateur ne s'est pas borné à modérer les peines de ce délit, il en a environné la poursuite de formes et de conditions qui la rendent difficile. Ces conditions et ces formes sont inscrites dans le Code pénal à côté de l'incrimination. Nous devons examiner : 1° les caractères du délit ; 2° les règles relatives à sa poursuite.

Le délit d'adultère n'est point défini par la loi. Il réside dans le commerce illicite d'un homme et d'une femme, lorsque l'un de ces deux agents est marié. Il faut un commerce illicite ; car on ne doit pas confondre tous les actes immoraux avec la consommation même de l'adultère. Il faut le mariage de l'un des coupables au moins, car c'est ce mariage qui fait la faute. Enfin, il est inutile d'ajouter qu'il n'y aurait pas de délit, si l'adultère était le résultat de la violence ou de l'erreur : il y a donc une espèce de dol nécessaire pour constituer le délit et qui résulte uniquement de la complicité de la volonté.

382. Les peines de l'adultère sont portées par les articles 337 et 338.

« ART. 337. La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. »

« ART. 338. Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps et en outre d'une amende de 100 à 2,000 fr. »

Une question s'élève sur un premier point : celui que l'art 338 nomme complice est un véritable coauteur. Mais en dehors de ce coauteur, les personnes qui ont aidé la perpétration du délit, en fournissant, suivant les termes de l'art. 60, les moyens de le commettre, sont-elles passibles des mêmes peines que les deux auteurs principaux ? Il ne peut à cet égard exister aucun doute. Les art. 59 et 60 ont édicté une disposition générale qui se rattache à tous les crimes et délits à moins qu'une exception précise n'en repousse l'application. Ici nous ne trouvons aucune exception ? il faut donc tenir pour certain, et telle était aussi la disposition de notre ancienne jurisprudence, que tous les agents qui, par l'un des moyens prévus par l'art. 68, se sont rendus complices du délit, peuvent en partager la responsabilité.

383. Cela posé, il faut expliquer les règles spéciales qui s'appliquent à la poursuite de ce délit. La première de ces règles est que l'adultère ne peut être dénoncé que par le mari. Tels sont les termes formels de l'art 336. Ainsi, nulle poursuite n'est possible tant que le mari n'a pas lui-même porté plainte. Quels sont les effets de cette plainte ? Si l'on se tient dans les termes précis de l'art. 336, on doit décider que la plainte n'a pas d'autre effet que de permettre à l'action publique, arrêtée jusque-là, de prendre son cours : ce texte, en effet, ne donne au mari que le droit exclusif de porter plainte, il ne lui attribue aucune autre faculté. Mais l'art. 337 ajoute que « le mari restera le maître d'arrêter l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme ». Et il résulte de cette disposition, déjà consacrée par l'art. 309 du Code civil, que le mari, au pouvoir de retenir l'action publique enchaînée réunit celui d'anéantir la poursuite et le jugement. Or, ne peut-on induire de là que le mari, qui suspend l'exécution du jugement

peut suspendre la poursuite, qu'il a dès lors entre les mains l'action publique elle-même et que ce n'est pas le ministère public, mais lui-même qui l'exerce? Je ne crois pas que cette conséquence soit exacte. Le droit de remettre la peine suppose nécessairement le droit de remettre la poursuite elle-même; car on ne saurait admettre que le mari, qui s'est réconcilié avec sa femme dans le cours du procès et qui tient de la loi le pouvoir d'annuler les effets du jugement, ne pût pas arrêter le procès et prévenir le jugement même. Il importe à l'intérêt du mariage, qui est le plus grand intérêt social, que l'adultère n'acquière pas par un jugement une certitude judiciaire, et que le pardon du mari soit toujours accueilli comme une preuve légale que le délit n'a pas été commis. Mais de là suit-il que le mari doive être considéré comme investi de l'action publique? Le ministère public, qui ne peut ni saisir la justice sans une plainte, ni continuer la poursuite après le désistement, conserve, entre ces deux actes, la plénitude de l'action publique et l'exerce librement en faisant toutes les réquisitions qu'il juge utiles. Son pouvoir est restreint; mais il continue de subsister dans les limites qu'il reçoit de la loi. Le mari, dans l'intérêt du mariage, est investi d'une double prérogative; mais il ne faut pas étendre ses droits au delà des termes fixés par la loi. Les peines du délit ne sont point établies dans un intérêt de vengeance et au profit du mari, mais dans un intérêt de justice et au profit de la société.

De là il suit : 1° que, s'il faut que le mari porte plainte, il n'est pas nécessaire qu'il se porte partie civile au procès; car la loi n'exige que la plainte; elle n'exige pas le concours de l'action du mari; 2° que le seul appel du mari, après un premier jugement, ne peut saisir le juge d'appel que de l'action civile et ne l'autorise, ni à prononcer une peine, si le juge de première instance n'en a prononcé aucune, ni à aggraver les peines encourues; car, si le ministère public n'a pas appelé, l'action publique, dont il a seul l'exercice, est éteinte; le mari, qui n'a que le droit de plainte et le droit de désistement, n'a pas le droit de faire revivre une action éteinte. Ce droit serait même contraire à l'esprit de la loi, qui ne lui a donné ces privilèges que dans l'intérêt de l'union de la famille, et qui ne lui en a reconnu aucun pour en perpétuer la discorde; 3° que le ministère public peut appeler *a minima*, lors même que le mari n'appelle pas du jugement intervenu sur la plainte; car ce défaut d'appel n'équivaut pas à un désistement: il a saisi la justice et l'action suit son cours jusqu'à ce qu'il use du droit qu'il a de l'arrêter.

384. Les privilèges du mari s'étendent, en partie du moins, jusqu'au complice. Le complice ne peut, comme la femme, être poursuivi que sur la plainte du mari. Mais il suffit qu'il ait dénoncé sa femme pour que le complice puisse être poursuivi d'office; car, dès que le ministère public est saisi du délit, il peut en poursuivre tous les auteurs. Le mari pourrait-il dénoncer le complice et garder le silence sur sa femme? Non; la cause du prévenu est indivisible de celle de la femme; la

condamnation du complice serait la condamnation morale de la femme, alors même qu'elle ne serait pas comprise dans les poursuites; et, d'ailleurs, il y a ou il n'y a pas de délit; si le délit existe, il est impossible d'en scinder la poursuite. Il en est de même en ce qui touche le désistement: le désistement du mari relatif à la femme forme une fin de non-recevoir relativement au complice; car la réconciliation du mari et de la femme équivaut à la preuve légale que l'adultère n'a point été commis, et, par une conséquence nécessaire, qu'il n'existe point de complice de ce délit. Mais si le désistement n'intervient qu'après le jugement définitif, son effet est uniquement de faire cesser la peine de la femme et ne s'étend point au complice. Quand la preuve de l'adultère est faite, quand le jugement l'a judiciairement constaté, l'intérêt de la paix de la famille n'exige plus que le pardon du mari s'étende au complice.

385. La plainte du mari peut rencontrer plusieurs fins de non-recevoir. La première est prévue par l'art. 336. Cet article porte que la faculté de dénoncer l'adultère de la femme cessera pour le mari « s'il est dans le cas prévu par l'art. 339. » Or, que prévoit l'art. 339? que « le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de 100 à 2,000 fr. » C'est une incapacité qui frappe le mari; il perd, à raison de sa conduite, son droit de plainte: contempteur des droits de la famille, il ne lui appartient pas de revendiquer les mêmes droits contre sa femme. La seconde fin de non-recevoir est la réconciliation des époux: cette réconciliation, dès qu'elle est constatée, et soit qu'elle ait précédé ou suivi la plainte, éteint cette plainte, et la femme peut dès lors la faire valoir. Elle peut encore opposer à son action son interdiction, puisque le mari serait frappé d'incapacité pour rendre plainte. Pourrait-elle se faire une fin de non-recevoir de la connivence de celui-ci à l'adultère même? Cette fin de non-recevoir existait dans notre ancienne jurisprudence; mais aucun texte de nos lois nouvelles ne l'a confirmée, et l'infamie du mari n'est point une excuse pour l'infamie de la femme.

386. L'art. 339, dont je viens de rappeler le texte, définit le seul cas dans lequel l'adultère du mari peut être puni: c'est lorsqu'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale. Le législateur a pensé que le désordre du mari n'a ni les mêmes dangers ni les mêmes résultats que celui de la femme; qu'il ne pénètre pas en général dans la famille et n'y jette aucun trouble: ce n'est donc que lorsque cette considération générale cesse d'exister, lorsque le désordre entre dans la maison conjugale avec la concubine entretenue par le mari, que la loi incrimine cet acte. Les conditions de cette incrimination sont: 1° que l'adultère du mari ait été commis *dans la maison conjugale*, c'est-à-dire dans la maison du mari, dans la maison commune, dans celle où la femme peut être contrainte de demeurer; 2° que le mari *ait entretenu*