



DE L'INDICATION
DE LA LOI PÉNALE

DANS LA DISCUSSION DEVANT LE JURY

LA LOI PENALE

DE L'INDICATION

DE LA LOI PENALE

DANS LA PRATIQUE JURIDIQUE

DE L'INDICATION

DE

LA LOI PÉNALE

DANS LA

DISCUSSION DEVANT LE JURY

ÉTUDE SUR LE JURY

PAR

CH. BEUDANT

AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

.....In judicio, plurimorum non
acquiesces sententiæ ut a vero devies.

EXODE, c. 23, v. 2.

PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

RUE SOUFFLOT, 23.

—
1861.

DE FONDATION

LA LOI PÉNALE

DE LA JUSTICE CRIMINELLE

ETUDE SUR LA LOI

DE LA JUSTICE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC,
RUE SAINT-ROME, 46, TOULOUSE.

INTRODUCTION.

1 — La délimitation des diverses fonctions qui se trouvent en concours, quand il s'agit de justice criminelle, est une des plus délicates questions parmi celles qui se rattachent à l'organisation judiciaire ; c'est elle que je me propose d'étudier ici.

En thèse générale, le jury juge le fait, et la cour le droit. Le jury prononce sur l'existence du fait et la culpabilité de l'accusé ; la Cour apprécie le caractère de l'infraction, et en déduit les conséquences légales. Empruntée à la législation anglaise par les publicistes du XVIII^e siècle, adoptée comme principe constitutionnel dans les différentes constitutions qui avaient régi la France depuis 1789, cette distinction du fait et du droit passa, sans discussion, dans les Codes de l'Empire, et y devint la base fondamentale de la procédure par jurés. Elle s'énonce cependant plus facilement qu'elle ne s'applique. « Si on veut analyser avec rigueur les éléments d'un arrêt de Cours d'assises, disait M. Dumon, lors de la révision de 1832, on verra que la limite n'est pas aussi précise qu'on le suppose, et que, jusqu'à un certain point, les attributions du jury et de la Cour se rapprochent et semblent se confondre (1). »

(1) *Code pénal progressif*, p. 17.

2 — Cette incertitude, dans les limites précises de la compétence respective des juges du droit et des juges du fait, a soulevé, dans la pratique, des difficultés de diverses natures.

La criminalité d'un fait résulte de sa conformité avec la définition de la loi pénale ; est-ce au jury, juge de la culpabilité, qu'il appartient de décider si le fait rentre ou non dans les termes de la définition ? Au point de vue purement rationnel, il semble difficile qu'un doute quelconque puisse exister à cet égard. En effet, en dehors de la prévision légale, il n'y a ni culpabilité ni responsabilité aux yeux de la justice humaine ; et, dès lors, la déclaration de culpabilité est forcément inséparable de la constatation des éléments légaux de l'infraction, c'est-à-dire de la qualification. Dans la pratique cependant, afin de tourner cette difficulté, on comprend, dans la question posée au jury, les éléments de la définition, et non le terme défini ; c'est à la Cour, après le prononcé du verdict, de fixer la qualification légale des faits. Mais quand l'infraction n'est pas définie par la loi, ou quand il s'agit de circonstances aggravantes, la qualification légale est nécessairement contenue dans la question posée au jury. On s'est demandé, en présence de ces observations, si le jury ne doit pas, dans tous les cas, être appelé à prononcer sur la qualification, ce qui entraînerait pour lui la faculté d'entrer sur le domaine du droit, et pour la défense, celle de discuter devant lui les termes et l'esprit de la loi pénale.

3 — La Cour de cassation, après de longues indécisions, a fini par refuser au jury toute compétence sur ce point. Personne ne s'est occupé de droit criminel, sans avoir rencontré à chaque pas les difficultés qu'amène cette jurisprudence légale, sinon rationnelle, et, en tout cas, féconde en contradictions dans l'application, quand il s'agit de faux,

de meurtre, de préméditation, de fausses clefs, d'escalade, etc., etc. De Maistre, avec la logique ironique qui lui est familière, a parfaitement fait ressortir, dans l'anecdote suivante, ce qu'il y a de peu rationnel et de dangereux dans cette manière de procéder. « Lorsque lord Mansfeld, l'un des plus grands jurisconsultes de l'Angleterre, disait aux jurés prêts à juger : Prenez garde, Messieurs, que vous n'êtes point assemblés ici pour déclarer si l'accusé est ou n'est pas coupable de libelle ; car, dans ce cas, vous seriez juges ; il ne vous appartient que de prononcer purement et simplement si l'accusé a composé ou non le livre dont il s'agit ; c'est à moi de décider ensuite si le livre est un libelle ; les jurés répondaient : Votre Seigneurie se moque de nous. Lorsque nous déclarons un homme coupable de vol, de meurtre prémédité, nous qualifions le crime, sans doute. Ici, nous ne pouvons prononcer, dans votre système, ni coupable ni non coupable, puisque la publication d'un livre n'est point un crime, et qu'elle ne devient telle que par la qualité légale du livre ; c'est donc à nous qu'il appartient de décider si le livre est un libelle. Nullement, répondait le célèbre président du banc du roi, car la question de savoir si le livre est un libelle est une question de droit ; or, nulle question de droit ne saurait être de la compétence du jury. Dites si l'accusé a composé le livre, on ne vous demande que cela ; et je ne vous fais pas d'autre question. Les jurés, acculés par le despotique lord, prononcèrent sur leur honneur que l'accusé n'avait pas composé le livre, en présence même de l'accusé qui affirmait le contraire (1). »

La pratique anglaise fournit mille exemples de faits sem-

(1) *De l'Eglise gallicane*, p. 204. — Voir aussi *infra*, n^{os} 45, 46 et 47.

blables. Peut-être les rédacteurs des Codes de Bavière (art. 173) et de Brunswick (art. 140), ont-ils été bien inspirés quand, malgré l'adhésion donnée à la jurisprudence française par les Codes de Prusse, de Hanovre, de Saxe, de Bade et de Hesse, ils ont formellement admis le jury à prononcer sur les qualifications légales; et nous ne pouvons qu'applaudir à la disposition de la loi bavaoise, d'après laquelle le président est obligé, au lieu de présenter le résumé des débats, qui est d'une utilité très contestable, d'expliquer aux jurés toutes les définitions légales, de leur faire connaître la nature légale du crime, afin de les mettre à même de prononcer en parfaite connaissance de cause. « L'expérience faite en Brunswick et en Bavière, dit M. Mittermaier, a démontré que ce système est bon... Dans les autres pays, dont la législation a suivi les Codes français, elle a démontré que l'intention du législateur d'écarter toutes les notions légales dans les questions posées aux jurés, est basée sur de fausses suppositions et ne peut être exécutée littéralement (1). »

4 — C'est à un autre point de vue que je me propose d'examiner les difficultés que fait naître ce contrat des deux pouvoirs d'une Cour d'assises. La loi pénale peut être citée aux jurés dans un autre but que celui de discuter les éléments du fait, au point de vue de la qualification; elle peut l'être pour faire participer le jury à la seconde des attributions de la Cour : l'application de la peine. Je veux rechercher si, dans l'état actuel de notre législation, les jurés peuvent, en restant fidèles au serment qu'ils prêtent et sans engager leur responsabilité morale, porter leur attention

(1) *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. 31, p. 365.

sur la peine que le verdict affirmatif autorisera la Cour à prononcer ; s'ils peuvent apprécier la valeur de cette peine, en elle-même et dans ses rapports avec l'infraction ; s'ils peuvent puiser dans cet examen le droit de modifier le verdict, dans le but d'écarter ce qu'ils trouveraient trop rigoureux dans la répression : en un mot, jusqu'à quel point existe encore dans nos lois, en ce qui concerne l'application de la peine, la séparation du fait et du droit.

Je sais combien est constante, et passe pour définitive, la jurisprudence qui dénie aux jurés le droit de se préoccuper des conséquences de leur déclaration, et qui, par suite, interdit à la défense de parler de la peine, tant que le verdict n'est pas rendu. C'est cependant l'illégalité actuelle de cette tradition, dangereuse sous plus d'un rapport, que j'espère établir.

§ — La proposition pourra paraître hardie au premier abord ; mais il s'agit d'une thèse scientifique, dont la discussion comporte toute l'indépendance des controverses doctrinales. Peut-être, d'ailleurs, tant le public aime les jugements tout faits, cette tradition, quelque enracinée qu'elle soit, n'a-t-elle pas d'autre raison d'être qu'une longue habitude. J'espère prouver, dans ce travail, que la fiction d'ignorance de la loi pénale, de la part des jurés, est en contradiction manifeste avec la réalité des faits ; que, due à l'influence de vues politiques momentanées, elle est aujourd'hui contraire à l'esprit de notre législation ; enfin, qu'elle a exercé sur le droit criminel une influence pernicieuse, et exposé le jury aux plus graves écueils qui ont failli le perdre et compromettent encore aujourd'hui son existence.

Un examen critique sur ce point, entrepris de bonne foi, ne peut offrir d'inconvénients. Nous vivons sous un

régime qui a cherché le bien public dans l'équilibre des pouvoirs ; nul n'a de droits que ceux qu'il tient de la loi, et nul ne peut prétendre en usurper d'autres sans que le trouble ne naisse aussitôt. Si la loi reconnaît effectivement aux jurés le droit d'apprécier l'opportunité de la peine, il faut se garder d'entraver sa pensée, en maintenant la prohibition de porter les débats sur ce point. Si cette prohibition est sage, quoique illégale, et je le reconnaîtrai volontiers, elle implique dans la législation quelque vice qu'il importe de laisser apparaître. En ce cas, contredire la loi, c'est la servir. Ce n'est pas, en effet, en dissimulant les côtés faibles des institutions sous une pratique abusive, qu'on assure leur succès, mais en les explorant avec fermeté et décision : ainsi seulement sont amenées ces réformes conservatrices qui ne s'ajournent jamais sans péril.

6 — J'essaierai de déterminer comment a pris naissance la séparation des pouvoirs du jury et de la Cour, quant à la fixation de la peine; de rechercher sous quelles influences elle s'est peu à peu effacée, et comment elle a fini par disparaître complètement sous certains rapports ; enfin, de formuler les conclusions qu'il faut tirer de cette lente abrogation de principes regardés au début comme essentiels à la procédure par jurés.

CHAPITRE PREMIER.

Théorie du jury sous les lois de 1791 et de l'an IV.
— **Séparation absolue des attributions du jury et de la cour.**

I.

7 — L'homme développe plus qu'il ne crée. L'idée du jury est aussi ancienne que les sociétés humaines, si on ne la considère que dans son principe abstrait : le jugement par pairs. « Il est curieux, dit M. Faustin-Hélie, de suivre la destinée de cette institution à travers la législation grecque, la législation romaine, notre propre législation, où, sous diverses dénominations, elle ne cesse de fonctionner jusqu'au XV^e siècle ; et, quand elle semble étouffée sous les ruines du moyen-âge, de la voir renaître plus puissante et plus féconde (1). » C'est une noble pensée, qui place la vie, la liberté et l'honneur sous la sauvegarde de tous, comme une barrière contre les dangers de l'esprit de parti et les abus d'autorité.

(1) *Traité de l'inst. crim.*, t. I, p. 683.

Mais le même principe peut, selon les temps et les lieux, se prêter à mille formes d'application différentes. Le génie de chaque peuple se réfléchit sur ses institutions comme l'aspect et les sites d'une contrée sur le caractère de ses habitants. De là, ces civilisations multiples, ces institutions divergentes, dont l'unité, quoique bien réelle, disparaît pour le vulgaire sous des symboles différents. L'idée du jugement par pairs a subi cette destinée. La tradition s'en est perpétuée, mais sous des formes diverses, en harmonie avec les doctrines politiques de chaque siècle et de chaque pays.

8 — Ce qui caractérise le jury moderne, et le sépare profondément des pairs anciens, c'est moins le nombre de douze jurés ou la nécessité de l'unanimité pour la condamnation, que cette précision essentielle qui renferme le jury dans l'examen du fait, et l'exclut de toute participation au prononcé de la peine, confié à un autre pouvoir, le juge ou la cour.

Toute décision judiciaire implique nécessairement, il est vrai, cette double et successive opération. La décision du droit est subordonnée à la décision du fait; les faits doivent être connus, ou tenus pour avérés, avant que le juge songe à l'application de la loi. L'esprit analytique des jurisconsultes a dès longtemps distingué ces deux éléments, qui constituent l'action de juger. « Le fait juge l'homme, » disait Loysel; et de Laurière, son commentateur, ajoutait: « Lorsqu'un homme a commis un crime, les témoins ne font que l'en convaincre, et le juge ne fait que déclarer la peine qu'il a méritée. Ainsi, c'est le crime ou le fait qui juge l'homme; ce qui est certain quand la

peine du crime est fixée par la loi (1). » Ce que le jury offre donc de particulier, ce n'est pas cette double opération, qui, de tout temps et partout, a dû être et a été le fondement de toute délibération, c'est l'attribution à deux pouvoirs distincts de chacun des éléments d'une opération unique, qui, jusque-là, ne se dédoublait que dans l'esprit du juge. Les anciens pairs, dans les assises des chevaliers ou des communes, jugeaient le fait et le droit; c'étaient des juges privés. « On aurait pu dire à cette époque que toute justice émanait non du roi, mais du peuple; c'était le peuple qui avait donné les lois, c'était le peuple qui les modifiait, c'était le peuple qui fournissait les juges (2). » Les plaids où, sous différents noms, figuraient ces juges, étaient présidés par les comtes ou leurs délégués; mais le seigneur ne faisait que sanctionner le jugement rendu et en assurer l'exécution (3). On ne peut voir dans ces usages les premiers rudiments du jury moderne, que si l'on n'y considère que l'idée de l'intervention de la société elle-même dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Il faut chercher ailleurs la raison de cette précision caractéristique adoptée aujourd'hui, tant est grande l'influence de la tradition, comme inhérente et essentielle au jury.

9 — L'origine de cet isolement d'attributions a exercé depuis longtemps la sagacité investigatrice des antiquaires. Mais l'histoire, comme la sybille, ne livre ses secrets que feuille à feuille; et, jusqu'ici, l'on peut, je crois, sans

(1) *Institutes coutumières*, édit. Dupin, t. II, p. 203.

(2) Sismondi, *Histoire des Français*, t. I, p. 296.

(3) Voir, sur ce point, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. I, p. 299 et 433.

témérité, ne voir que des conjectures dans les résultats obtenus. La France, l'Allemagne, l'Angleterre, ont tour à tour revendiqué, par la voix de leurs savants, l'honneur d'avoir donné le jour à l'institution telle qu'elle fonctionne aujourd'hui. L'érudition en a trouvé la trace dans les lois des villes grecques, spécialement dans le tribunal des Hélistes d'Athènes; les romanistes en ont cru voir le germe dans l'organisation judiciaire de la ville éternelle (1); plus récemment, d'autres lui ont assigné une origine scandinave (2); enfin, un auteur moderne, dont la critique historique cède, il est vrai, à une préoccupation exclusive, celle de rapporter à une cause unique tout ce qui s'est fait dans le monde, en attribue la création au droit canonique, au premier concile de Carthage, tenu en 217 (3).

Cette diversité de prétentions n'a rien qui doive étonner, et toutes peut-être seraient dans le vrai, n'était le caractère exclusif de leurs solutions. L'histoire autorise chacune de ces opinions, mais ne permet d'en exclure aucune. « Toute forme de droit existe partout, dit avec une grande raison M. Michelet, mais en germe (4). » Sauf la pompe et l'appareil, qui sont du ressort des lois organiques et passagères, l'idée du jury, ou plutôt celle de la participation des citoyens aux jugements, a existé de tout temps; est-il étonnant qu'on puisse partout en signaler

(1) Voir les indications sur ces différents systèmes, Morin, *Répert. v^o jury*, n^o 3.

(2) *Revue de Législation*, 1847, t. 3, p. 228.

(3) L'abbé Pistre, *Influence du christianisme sur le droit*, p. 324 et 336.

(4) *Origines du Droit*, p. 78.

les traces lointaines ? Mais autre chose est l'histoire de l'intervention du peuple dans l'exercice de la justice, autre chose celle du développement des formes modernes du jury. Dans chaque pays et à chaque époque, l'idée-mère a eu sa destinée spéciale, sous l'impulsion de causes originelles, locales, politiques ou accidentelles. Ici, la justice populaire est restée une institution purement judiciaire ; là, elle est devenue une institution politique ; il ne serait même pas impossible de la voir servir, avec ce caractère, tantôt les affections démocratiques, tantôt les prétentions du pouvoir absolu. La tendance synthétique des auteurs a réduit à un simple tronc l'histoire du jury, si riche en rameaux ; elle a mis l'abstraction à la place de la réalité ; et, voulant donner un type unique à une institution qui s'est diversement développée, elle l'a formée d'éléments disparates, éclos dans différents pays, et ainsi a altéré à la fois sa nature essentielle et sa nature nationale. Qu'en est-il résulté ? C'est que, confondant l'idée avec ses mille formes d'expression, et faute de respecter la diversité de développement local, l'histoire voit augmenter ses doutes à mesure qu'elle multiplie ses investigations.

10 — Au surplus, cette incertitude d'origine n'a qu'une influence secondaire, sous le point de vue qui doit nous occuper. Quelque opinion que l'on adopte dans ce débat historique, il n'est pas douteux que, en 1790, quand le jury prit place dans nos lois avec le nom et les caractères qui constituent son état actuel, il n'ait été envisagé comme une importation anglaise. L'Angleterre seule avait conservé le principe de la justice populaire, disparu dans le reste de l'Europe depuis le XV^e siècle ; le seul modèle vivant

fut copié, au moins dans ses traits généraux (1). C'est donc là qu'il faut aller chercher l'explication de l'organisation actuelle de notre institution. Les vicissitudes du jury anglais ne doivent même être invoquées que comme de simples présomptions; ce qu'il importe seulement pour la solution des questions posées dans ce travail, c'est de savoir comment le jury fut envisagé lors de son adoption en France par la Constituante. Or, les travaux de cette illustre assemblée vont nous dire sans équivoque les motifs qui firent adopter l'isolement des attributions du jury et de la cour, et les conséquences que l'on attendait de cette organisation de la justice criminelle.

II.

11 — Dans la pensée de l'Assemblée Constituante, cette séparation des attributions respectives du jury et de la cour fut envisagée comme un moyen souverain de prévenir les erreurs de la justice humaine. La Constituante

(1) Il n'en faudrait pas conclure, avec M. Faustin Hélie (t. VIII, p. 207), que le jury, avec sa forme et son organisation actuelles, ne se soit développé qu'en Angleterre. On lira sur ce point, avec un vif intérêt, le Mémoire qu'a publié notre honorable confrère, M. Carol, sur « *le Jury et la procédure criminelle d'après la coutume d'Alby* ». L'analyse de quelques documents recueillis de cette contrée, datant des XIII^e et XIV^e siècles, offre à l'esprit étonné le fonctionnement détaillé d'une institution identique à notre procédure par jurés. (*Recueil de l'Académie de Législation*, t. VII, p. 416.) — V. aussi M. Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. V, p. 349.

crut par là réaliser , dans la justice criminelle , une prétention qui n'est pas rare dans les lois de la révolution : l'infailibilité. Il en est des époques d'enthousiasme comme des années de la jeunesse , elles croient à l'absolu. Présomptueuse , mais sublime témérité , que l'on admire même en ne la partageant pas , car la foi seule peut féconder les œuvres : honneur aux époques qui ont la foi de ce qu'elles veulent !

La législation anglaise offrait cet expédient ; la Constituante se l'appropriâ , en compléta la portée avec cette rigueur inflexible qu'elle apportait dans ses décisions , et précisa ce qu'elle attendait de lui.

12 — En Angleterre , l'organisation du jury se rattache à des considérations historiques presque étrangères aux préoccupations d'une bonne justice ; l'élément politique y domina complètement pendant longtemps. C'est sous l'empire de transformations accomplies dans l'organisation politique que prit naissance cet isolement d'attributions ; à la longue seulement , il put recevoir sa formule définitive. Au début , il répondit à un besoin dont il est facile de se rendre compte ; mais le temps peut être long entre le moment où le besoin se manifeste à la suite du jeu des événements , et celui où la science en conçoit une notion assez claire pour pouvoir formuler l'institution capable d'y répondre.

13 — L'époque qui vit apparaître le jury anglais n'est pas rigoureusement connue ; cette institution ne remonte cependant pas plus haut que les premiers temps qui suivirent la conquête. Son développement et son organisation appartiennent au siècle qui vit naître le

systeme constitutionnel et les principes dominants de la constitution anglaise.

Sous le règne des Tudor et des Stuart, la royauté fut absolue de fait, et aspira toujours à le devenir de droit. Un instant, les résistances de la féodalité et de la bourgeoisie triomphèrent de cette tendance. Quand faiblirent et disparurent les influences locales, le pouvoir royal rencontra un adversaire plus puissant, et devant lequel il devait succomber : l'esprit public. Le besoin d'empêcher les empiètements continuels de la couronne devint le mobile de la vie politique du peuple anglais; et le jury se développa, comme la seule garantie possible de la liberté individuelle, pendant cette lutte des pouvoirs populaires et royaux. Son prestige devint tel, que les violences dirigées contre lui sont regardées, par quelques historiens, comme l'une des principales causes de l'expulsion des Stuart (1).

Ces vues ne sont pas contestées. « Le jury, observe M. Cherbulliez, n'a dû être et n'a été considéré en Angleterre, pendant les premiers siècles de son existence, que comme une garantie politique, comme une institution propre à prévenir, non les erreurs auxquelles toute justice humaine est exposée, mais les abus du pouvoir et les influences indues que l'organisation de la société et du gouvernement pouvait faire craindre de la part des juges permanents, à la nomination de la couronne. » Le jury civil lui-même eut cette origine; « C'est que, ajoute le même auteur, grâce à l'organisation particulière de la

(1) Philipps, *Des pouvoirs du Jury*, trad. Comte, p. 448.

féodalité normande, il n'y avait pas un propriétaire qui n'eût le roi pour seigneur immédiat, et qui ne fût exposé de sa part aux extorsions et aux spoliations de divers genres dont le contrat féodal devenait si facilement la source..... Le pouvoir royal pouvait s'accroître par le jugement civil, comme par les jugements criminels (1). »

14 — Devenu institution puissante et populaire, le jury dut subir l'influence des transformations qui s'étaient produites dans les tendances d'organisation politique, à la suite de tous les bouleversements dont l'Angleterre fut le théâtre. On l'avait aimé en tant qu'instrument de liberté, on le craignit en tant que pouvoir populaire, accessible plus que tout autre aux passions et aux faiblesses. La souveraineté populaire, dans les destinées de l'humanité, ne peut être qu'une doctrine transitoire, devant faire place, tôt ou tard, au règne de la liberté véritable. « Dans les théories politiques et philosophiques, aussi bien que dans les personnes, dit M. Stuart Mill, dans son excellent petit traité de la liberté, le succès met au jour des défauts et des faiblesses que l'insuccès aurait pu dérober à l'observation. L'idée que les peuples n'ont pas besoin de limiter leur pouvoir sur eux-mêmes, ne pouvait sembler un axiome que lorsque le gouvernement populaire était une chose dont on ne faisait que rêver, ou lire l'existence dans l'histoire à quelque époque reculée (2). »

Cette notion, que les peuples modernes entrevoient comme une vérité fondamentale, fut dès lors appliquée à

(1) Du Jury comme garantie politique, *Revue de Législation*, t. 42, p. 292.

(2) *La liberté*, trad. Dupont White, p. 5.

l'organisation du jury. Admis, à l'origine, comme protecteur des intérêts nationaux contre une royauté oppressive, il avait suffi à sa mission par l'idée seule qu'il représentait. Resté debout après la chute du pouvoir absolu, il pouvait, à son tour, devenir un obstacle à la liberté, sous l'impulsion de l'esprit de corps ou de parti qui, la plupart du temps, se forme par opposition à l'esprit général de la société. Or, la pire des misères est l'oppression revêtue des formes légales. On dut chercher dès lors à neutraliser les dangers de ce pouvoir nouveau, à éviter que les jurés pussent dire, comme Topino Lebrun, juré au tribunal révolutionnaire de 1793, à son collègue Souberbielle : « Ceci n'est pas un procès, c'est une mesure... Nous ne sommes plus des jurés, nous sommes des hommes d'Etat. »

15 — C'était le temps où l'on cherchait dans la forme et le mécanisme des institutions la solution de l'éternel problème de l'autorité et de la liberté; on mûrissait cet axiome formulé plus tard : la division des pouvoirs prévient l'oppression. Ce que l'on craignait du jury, et nous trouverons ces craintes renouvelées plus tard dans les conseils de l'Empire, c'était qu'il n'abusât du fait contre le droit, qu'il prît une mesure, au lieu de vider un procès; ou bien qu'il n'abusât du droit contre le fait, et se fit juge de la loi. Ces résultats ne sont plus à craindre, si la vérification du fait est séparée de l'application de la loi; si l'on fait en sorte que celui qui va prononcer la peine soit lié par une décision antérieure, prise sans arrière-pensée, par un pouvoir que la perspective du châtement n'a pu influencer, puisqu'il n'a dû ni pu s'en préoccuper.

La distinction que nécessite intellectuellement toute délibération entre l'examen du fait et l'application de la règle, se prêtait à ce mécanisme; elle fut utilisée au profit de préoccupations politiques. Un pouvoir jugera le fait, ce sera le jury; un autre en déduira les conséquences légales, ce sera la cour: les deux pouvoirs sont enfermés dans des cercles indépendants et infranchissables, et le jeu de ce procédé aboutit forcément à l'application inflexible de la loi. Qu'importe que le juge soit prévaricateur ou intègre; les formes de la justice tiennent lieu de toutes les vertus! Les passions et les faiblesses peuvent s'agiter, mais comme les flots de la mer battant les rives des deux continents qui la retiennent frémissante dans son lit. — En définitive, on isola l'action des deux leviers du pouvoir judiciaire, par un sentiment de défiance contre tous deux, et afin que chacun servît de contrepoids et de surveillant à l'autre.

On sait quelle école mit en vogue ces principes: c'est l'histoire des doctrines politiques qui, depuis un siècle, ont éveillé tant d'espérances, causé tant de mécomptes et de regrets. Deux considérations de nature bien différente devaient contribuer à leur fortune. Les uns, par une idée de haute prévoyance politique, sachant que le pouvoir est d'autant plus fort qu'il est moins exposé au soupçon, veulent l'organiser de telle sorte qu'il fonctionne à l'abri de toute possibilité de prévarication; et, dans ce but, en font un rouage mécanique que l'autorité met en mouvement plus qu'elle ne dirige. Les autres, plus jaloux de leurs propres droits, professent les mêmes doctrines, dans un but de sûreté personnelle, par suite d'un sentiment de

suspicion que l'histoire a montré quelquefois justifié. De là, la fortune de ces tendances modernes, qui cherchent à séparer l'autorité des individus auxquels en est confié l'exercice, afin que l'organe de la loi ne puisse être altéré par les faiblesses de la nature humaine.

16 — Il n'entre dans notre plan ni de préciser les dates de ces transformations, ni de justifier l'exactitude historique de ces appréciations. Le succès de ces doctrines était assuré en Angleterre, pays de libre examen et d'individualité; l'autorité ne pouvait résider que dans la forme, du jour où, en morale comme en politique, on ne reconnut plus de supérieurs. Leur application au jury, spécialement au point de vue de son organisation, au moins au XVIII^e siècle, n'est pas douteuse. Il suffit, pour se convaincre de leur influence, de voir comment Montesquieu, l'apôtre avoué des doctrines anglaises, juge cette division des pouvoirs du jury et de la cour. « En Angleterre, dit-il, les jurés décident si le fait qui a été porté devant eux est prouvé ou non : s'il est prouvé, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et pour cela, il ne lui faut que des yeux (1). » C'est l'application à l'organisation de la justice criminelle des principes qu'énonce ailleurs l'illustre publiciste d'une manière plus générale. » C'est une expérience éternelle, dit-il, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites..... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir (2). »

(1) *Esprit des lois*, l. VI, ch. 3.

(2) *Id.* l. XI, ch. 4.

Là est toute la théorie du jury moderne. Les pairs anciens, appelés à prononcer sur le fait et sur le droit, ne pouvaient éviter de le faire, par suite d'appréciations que nul ne saurait, en pareil cas, éviter d'être personnelles, et que mille influences peuvent dicter à l'insu même de ceux qui les subissent. Les jurés, au contraire, sont protégés contre leurs faiblesses ou leurs passions : on ne les interroge que sur un fait ; les juges le sont également, liés qu'ils sont par le verdict, sur les données duquel ils ne font qu'appliquer matériellement la loi. D'ailleurs, en dehors de toute crainte de partialité, peu d'hommes ont la même manière de voir, moins encore la même manière de sentir ; et l'on ne peut compter sur une justice uniforme, que si les faits sont établis sans préoccupation étrangère à leur seule existence, la loi soustraite au contre-coup des faits. En confiant la décision du fait au jury, l'application de la loi à la cour, le pouvoir, par la disposition des choses, arrête le pouvoir : la loi, et des interprètes aveugles, *sub lege libertas*.

17 — Ainsi, en définitive : sentiment de défiance politique hautement avoué, voilà l'influence qui dirigea le développement du jury anglais ; sentiment de défiance contre les juges, voilà la préoccupation qui dicta les règles de son organisation.

III.

18 — Pourrait-on douter un instant que principe et motifs d'organisation n'aient trouvé place parmi les vœux

de la Révolution de 1789, si avide de tout ce qui pouvait flatter les idées d'indépendance et de dignité personnelle? L'autorité de l'Angleterre sur les doctrines sociales et politiques du XVIII^e siècle le fait supposer tout d'abord; les faits abondent qui justifient cette supposition.

Le principe de la division des pouvoirs était, en effet, une des idées dominantes de la Constituante. La déclaration (art. 16) et la constitution (tit. 3) du 3-14 septembre le proclamaient comme le fondement de la liberté politique, il devait naturellement prendre place dans l'organisation de la justice criminelle; et Louis XVI, dans la proclamation du 15 janvier 1792, concernant l'exécution de la loi du 16-29 septembre 1791, regarde l'organisation du jury, comme ayant pour but, et ces mots sont dignes d'être médités, « de soustraire le juge à l'empire de sa propre volonté. » C'est là le but idéal des tendances politiques dont je parlais tout-à-l'heure, qui est de mettre le pouvoir à l'abri des atteintes de ceux auxquels en est confié l'exercice.

D'ailleurs, ces idées surgissent à chaque pas dans les rapports et discussions de la mémorable lutte qui eut lieu, sous la Constituante, à l'occasion du jury.

19 — L'établissement du jury, l'un des vœux des cahiers des Etats, fut réclamé, pour la première fois, à l'Assemblée Constituante, le 17 août 1789, par Bergasse, un nom oublié de nos jours, et cependant une des réputations les plus retentissantes de la fin du XVIII^e siècle. Ainsi passe, avec l'âge qui en fut le témoin, l'éclat fugitif de la parole humaine !

Député de Lyon aux Etats-généraux, Bergasse apparte-

nait à cette phalange intelligente de philosophes de robe qui, au moment où les méditations paisibles allaient faire place à de terribles agitations, tâchaient de recueillir, pour les formuler, ces aspirations dont la nature vague et indé- cise faisait le principal danger. Le temps était de longue date déjà à la réforme criminelle. Bergasse, qui avait, comme tout le monde alors, débuté au barreau par une dissertation sur la loi criminelle, jette en avant l'idée du jury, plutôt peut-être comme une protestation contre l'ancien état de choses que comme un progrès réel. Malgré la vive opposition de Tronchet, de Cazalés, de Garat, de Brillat-Savarin, etc., ce vœu réunit presque tous les suffrages; et avant même qu'un projet fût rédigé, le décret du 30 avril 1790 proclamait ce principe : il y aura des jurés en matière criminelle. Le décret du 16-24 août (tit. 2, act. 15) le sanctionna de nouveau. La constitu- tion du 3-14 septembre 1791 (tit. 3, ch. 5, art. 9) posa les bases de la nouvelle juridiction, bases que développa la loi du 16-29 septembre 1791 (2^e partie); la juridiction fut mise en pratique le 1^{er} jan- vier 1792.

20 — Il est important de le remarquer, le principe du jury fut admis sans que l'on se préoccupât encore de l'organisation qui lui serait donnée. Plus tard nous verrons l'importance de cette observation; elle nous expliquera le caractère et les tendances de toutes les réformes successivement introduites en cette matière.

Lorsque l'on s'occupa de ce dernier point, trois projets furent présentés : l'un par Adrien Duport, l'auteur de l'admirable travail présenté le 29 mars 1790, sur l'orga-

nisation du pouvoir judiciaire ; l'autre par Sieyès ; le troisième , au nom du comité nommé à cet effet par l'assemblée. Tout le monde semblait vouloir le jury, mais tout le monde ne le voulait pas de la même manière. Le projet de Duport , celui des trois qui se rapprochait le plus du système anglais, l'emporta facilement et fut admis ; et parmi les motifs d'adoption , on retrouve , formulées avec l'âpreté qu'autorisait la hardiesse de l'époque , les deux idées sous l'influence desquelles le jury s'était développé en Angleterre.

21 — En France aussi, à cette époque, l'idée de justice s'était évanouie pour laisser dominer presque exclusivement les préoccupations politiques. « Ce qu'il faut toujours rappeler, ce qu'on ne saurait trop répéter, disait Duport dans son rapport sur le projet de Sieyès, c'est que sans jurés il n'y a pas de liberté dans un pays ; sans jurés , aucune élection n'est libre ; sans jurés, des ministres bas et corrupteurs, comme il est bien à craindre qu'ils ne le soient toujours, excluront ceux qui leur déplairont ; sans jurés, il n'y a plus de mœurs dans une monarchie (1)..... Choisis par le peuple, ces tribunaux seront toujours dans le sens de la révolution (2). »

Voilà pour le principe, et sur ce point l'accord fut unanime. Devant ces motifs, tous les autres pâlissent ; et cet enthousiasme n'est pas éteint, car un auteur contemporain, M. Lermnier, n'a cru pouvoir donner du jury une

(1) *Histoire parlementaire*, t. V, p. 214.

(2) *Id.*, t. V, p. 106.

idée exacte et complète, qu'en disant : « le jury, c'est la liberté (1). »

22 — Pour l'organisation, il n'y eut guère plus d'indécision; on suivit les errements anciens. L'abbé Sieyès, dont le génie politique pressentait peut-être les difficultés auxquelles devait donner lieu la distinction du fait et du droit, proposait des juges électifs, des jurés pris parmi les gens de loi et nommés par les justiciables (2). Son projet fut promptement mis à l'écart; il ressuscitait quelque chose d'analogue aux anciens jugements par pairs, mais ce n'était pas le jury, et la nécessité politique du jury était reconnue. « On n'établit pas des jurés, lui répondait Duport, en donnant ce nom à une institution qui n'en présente ni la nature ni les avantages. Le jury de M. l'abbé Sieyès n'a de commun avec les jurés que le nom (3). » Et Tronchet achevait la pensée de Duport, en ajoutant : « Le jury de M. l'abbé Sieyès n'est pas proprement le jury, il ne donne pas l'avantage de la séparation des pouvoirs et des fonctions des jurés et des juges, celle du jugement du fait et celui de la peine (4). »

On n'indiqua pas, il est vrai, que cette précision se rattachât aux idées politiques de l'Angleterre; mais l'influence anglaise, qui gouvernait alors tous les esprits, est visible dans les motifs détournés qui furent donnés de cette organisation : à tout moment intervient l'idée essentielle de la séparation des pouvoirs, dans le but de les

(1) *Philosophie du Droit*, p. 457.

(2) *Hist. parlement.*, t. V, p. 196.

(3) *Id.*, t. V, p. 240.

(4) *Id.*, t. V, p. 246.

faire se servir de réciproque contrepoids. « Le jugement d'un procès, observait Duport, n'est autre chose qu'un syllogisme; la majeure est le fait, la mineure est la loi, et le jugement la conséquence. Quel homme est assez déraisonnable pour raisonner quand on lui nie sa majeure (1). » Il faut donc que le fait soit décidé avant que l'on songe à lui appliquer la loi. Faut-il confier cette double opération au même pouvoir? « Non, répond Chabreaux, car le problème est de trouver un ordre de choses dans lequel l'arbitraire soit entièrement détruit... Quand le fait et le droit sont confondus, le juge abuse du fait contre le droit... Il est dangereux que les mêmes hommes disposent des preuves et des jugements (2). » Diviser les pouvoirs, et par là les limiter, c'est le seul moyen d'obtenir que la loi soit hors de toute atteinte et forcément appliquée; or, c'était là, selon Duport, l'idéal de la justice. « La véritable perfection de l'administration de la justice criminelle, disait-il, est de rendre impossible la réunion des hommes sur un préjugé : ainsi il est nécessaire d'avoir des jurés pour le fait, et des juges pour l'application de la loi (3). » C'est la pensée qui, plus tard, frappera le plus le chef de l'Etat, quand la question du jury sera de nouveau débattue dans les conseils de l'Empire. « On ne saurait nier, disait-il à la séance du 6 février 1808, qu'un juge qui aurait le pouvoir de prononcer sur le fait et sur le droit ne fût trop puissant. Le législateur doit se défier

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 96.

(2) *Id.*, t. V, p. 108 et 109.

(3) *Id.*, t. V, p. 97.

des passions, et ne mettre entre les mains de personne le moyen de satisfaire des ressentiments personnels. Cette réflexion suffit pour séparer les deux ministères. La distinction entre les juges du fait et les juges du droit est au surplus dans la nature des choses (1). »

23 — Plus tard, l'influence qu'exercèrent alors ces considérations sera méconnue ; et il sera curieux de voir quelle nouvelle physionomie prendra l'organisation du jury, ou plutôt quelles explications seront données au mécanisme de cette organisation. Il faut même avouer que cette théorie ne fut pas toujours parfaitement comprise, même par les membres de la Constituante ; c'est qu'en effet, s'inspirant principalement de vues politiques, elle était de nature à satisfaire ceux qu'attirent les promesses de l'abstraction bien plus que les esprits pratiques.

Thouret, jurisconsulte plus calme et plus réfléchi, moins accessible que son collègue Duport à l'enthousiasme du temps, trouvait bien quelques difficultés à harmoniser cette séparation d'attributions avec les données de sa propre expérience. Elle lui paraissait bonne cependant, et il la défendait contre le projet de Sieyès, mais par une assez singulière raison. Dans sa pensée, elle était destinée à détruire « un abus justement reproché à nos anciens tribunaux, d'avoir rendu souvent leurs jugements contre l'avis de la majorité des opinants. Il est affligeant, disait-il, de penser que de graves tribunaux ont sans cesse délibéré sans se faire des points de délibération communs, et qu'ils ont formé des arrêts, et indubitablement beau-

(1) Locré, t. XXIV, p. 611.

coup d'arrêts de mort, par une réunion de motifs qui, pris chacun séparément, n'avaient que la minorité des suffrages..... Le moyen de faire cesser ceci pour l'avenir est indubitablement qu'il ne puisse plus être délibéré sur le droit, c'est-à-dire sur l'application de la loi au fait du procès, qu'après que ce fait aura été préalablement constaté (1). »

Thouret, à cette époque, n'avait encore été qu'avocat au parlement de Rouen ; et le futur président du tribunal de cassation n'avait peut-être pas oublié les malices contre la magistrature, avec lesquelles l'avocat se console gaie-ment de l'inutilité de ses veilles et de ses efforts, ou a parfois la faiblesse de vouloir expliquer ses succès. Il se peut que des juges se soient rencontrés assez oublieux de leurs devoirs, d'une légèreté ou d'une ineptie assez impardonnable pour avoir voté chacun sur un point différent sans s'enquérir du point en question, et contribué ainsi à former une majorité apparente, contraire à leur propre pensée ; mais nous ne pouvons admettre que de tels égarements se soient fréquemment produits. Ils n'eussent attesté au surplus qu'une mauvaise manière de procéder dans les délibérés, et l'oubli de la double opération qu'implique, nous le disions plus haut, toute décision sur un point quelconque, et que révèle toute saine analyse de l'opération intellectuelle qui constitue le fait de juger. Mais il n'y a rien là qui soit spécial au jury, et le danger signalé serait autant à craindre au civil qu'au criminel.

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 266.

L'isolement des deux attributions n'apporterait d'ailleurs à ces dangers qu'un remède inefficace; car si l'on craint que des juges ne se méprennent sur le point en discussion, on peut très légitimement craindre aussi que de simples jurés ne se méprennent sur le fait en question, et ne sachent pas isoler, lors du vote, les différents chefs d'accusation. Il est vrai qu'on n'établira jamais à leur charge une erreur de ce genre; car, entre autres privilèges, ils ont celui de ne pas motiver leurs décisions, ce qui ôte à la critique la possibilité d'en contrôler les déductions, ainsi qu'elle peut le faire pour les actes de la magistrature permanente. Quoi qu'il en soit, l'aperçu exposé par Thouret était une considération générale, rien de plus.

24 — Enfin, un dernier motif fut donné à l'adoption du jury; mais il n'est encore possible d'y voir qu'un appui irréfléchi, tiré d'une fausse appréciation. Le jury fut admis par esprit de réaction contre le formalisme savant, mais périlleux, des preuves légales qui formaient la base des décisions de l'ancienne magistrature. « Un des grands avantages des jurés, disait Dupont, c'est de substituer la preuve morale à ce qu'on appelle la preuve légale (1). »

Il y a là erreur ou exagération. La preuve morale n'est pas plus inhérente à la procédure par jurés que la preuve légale aux juridictions permanentes et cumulant le fait et le droit. L'état actuel de notre système de preuve en matière civile en fait foi. Faut-il rappeler, en outre, qu'en Angleterre, cette terre classique du jury, les jurés se conforment encore, dans l'appréciation des faits, à des

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 215.

règles traditionnelles qu'on nomme les règles de l'évidence, *rules of evidence*, et que l'accusation et la défense sont obligées de restreindre leurs plaidoiries à l'examen des preuves, selon les règles légales ? Au besoin, le président rappelle les jurés à l'observation de ces règles ; il exerce même, à cet égard, un droit d'examen sur le verdict (1). En France, il est vrai, c'est le sens intime, la conviction, qui sont interpellés (art. 342, inst. crim.) ; mais il n'en est pas toujours ainsi ; et il serait facile de montrer qu'il est des faits, qui, même au criminel, n'admettent pas la preuve simplement morale.

D'ailleurs le jury est si peu incompatible de sa nature avec l'idée de preuve légale, qu'il n'est lui-même regardé en Angleterre que comme une forme particulière de preuve légale. Le jury est une assemblée dont le verdict (*vere dictum*) doit servir à diriger le véritable juge sur la suite de la procédure ; on le consulte, comme ailleurs les témoins ; son témoignage, sous certaines conditions, est le seul moyen d'établir le fait, afin de pouvoir passer outre. Cela est si vrai que la tradition a transmis à la pratique anglaise, afin d'obtenir, dans toute sa rigueur, cette preuve indispensable, un moyen qui n'aurait pas mal figuré dans l'arsenal de nos anciennes preuves légales. L'unanimité des douze témoins, transformés en jurés, est nécessaire pour que le fait soit tenu comme avéré, et que le juge puisse, soit prononcer la peine, soit acquitter (*jus dicere*) ; et si rigoureusement nécessaire que, au temps du Fleta, il était déjà laissé à la prudence du magistrat,

(1) Mittermaier, *Traité des Preuves*, p. 119.

ou d'augmenter le nombre des jurés jusqu'à ce qu'on obtînt douze voix d'accord, ou de contraindre les douze premiers à l'unanimité par la faim et la soif (1). Cet usage, d'un formalisme si bizarre, s'est maintenu jusqu'à nos jours; et la chambre des lords ne tardera pas à en faire l'objet de graves discussions, car un projet tendant à le réformer, au moins en matière civile, vient tout récemment de lui être soumis par lord Campbell.

25 — En définitive, que reste-t-il qui explique le jury et son organisation? Un sentiment de défiance contre l'autorité, quelle qu'elle soit : voilà pour son principe; le désir de limiter le pouvoir, en divisant son action : voilà pour son organisation. L'Assemblée constituante adopta donc sans réserves les traditions anglaises sur ces deux points; et ainsi s'établit, chez nous, pour y devenir la base fondamentale de la procédure par jurés, cette séparation du fait et du droit, cette division des attributions que cumulaient les pairs anciens.

Je l'ai déjà dit, ces appréciations ont depuis été oubliées; et nous verrons plus tard Cambacérès et le duc de Massa avouer assez ingénument, dans les conseils de l'Empire, ne connaître à la division des pouvoirs des jurés et de la cour d'autre raison d'être qu'une tradition lointaine. Pour nous, qui voulons suivre la destinée de l'institution, il était important de préciser l'esprit qui présida à son organisation première, et de le dégager des appréciations étrangères et personnelles dont l'obscurciront plus tard les publicistes.

(1) Fléta, l. IV, ch. 9, § 2. — Voir aussi Philipps, *op. cit.* p. 402 et 441.

IV.

26 — Toute la loi pénale subit, dans les codes de 1791 et de l'an IV, le contre-coup de ces idées. De Laurière, en commentant la maxime : « le fait juge l'homme », ajoutait : « ce qui est certain, quand la peine du crime est fixée par la loi (1). Adoptant la maxime, il fallait en accepter les exigences. Réagissant donc contre le système des peines arbitraires en vigueur dans notre ancien droit, la loi s'efforça de classer les infractions dans un ordre méthodique, de les subdiviser, et de les atteindre dans leurs nuances les plus fugitives. Les peines restèrent mobiles aux mains du juge dans les lois de la police municipale et correctionnelle (2); mais, dans les matières qui devaient être soumises au jury, la séparation des pouvoirs imposait un système différent. Voulant interdire aux juges du fait toute appréciation du droit, aux juges du droit toute appréciation du fait, le législateur s'ingéra de tout prévoir, de tout définir, de suivre les infractions dans les mille circonstances qui les aggravent ou les modifient, pour adapter à chaque cas prévu une peine fixe et invariable. L'application de la loi devint, pour ainsi dire, une opération matérielle; c'était une conséquence en même temps qu'une condition du mécanisme de la procédure par jurés. « L'Assemblée

(1) *Suprà*, n° 8.

(2) Ortolan, *Éléments de Droit pénal*, n° 1093.

constituante, dira plus tard Treilhard, dans l'exposé de motifs du Code pénal de 1810, ne crut pas pouvoir resserrer dans des bornes trop étroites la délégation de pouvoir faite à la magistrature ; elle régla, en conséquence, avec une exacte précision, la durée de la peine qui devait être appliquée à chaque cas particulier, et elle voulut, qu'après la déclaration du jury, la fonction du juge fût bornée à l'application mécanique du texte de la loi (1). » C'était réaliser le vœu de Montesquieu qui voulait qu'il ne fallût aux juges que des yeux.

27 — La théorie était absolue ; l'application fut exclusive, l'isolement des deux pouvoirs complet. Le Jury dut statuer sur le fait sans se préoccuper de la peine ; la cour dut prononcer la peine sans se préoccuper des circonstances du fait ; et le Code de brumaire an IV, dont on a si souvent fait remarquer la logique et l'esprit philosophique, ne fit qu'enregistrer une disposition en tout conforme à l'esprit général de la législation, quand, précisant les devoirs des jurés, il disait : « le président.... rappelle aux jurés les fonctions qu'ils ont à remplir ; et pour cet effet, il leur donne lecture de l'instruction suivante..... Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur

(1) Loqué, t. XXIX, p. 197.

mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des crimes; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute (art. 372). » Et le serment que prêtent les jurés vient garantir l'accomplissement fidèle de ces devoirs (art. 343).

Il ne saurait donc y avoir de difficulté sous le Code du 3 brumaire an IV, relativement à la question principale de cette dissertation. Si le premier devoir des jurés est d'écartier la préoccupation de la peine, de ne pas songer aux suites de leur verdict, ils trahissent leur serment et se parjurent en écoutant la défense qui porterait le débat sur ce point. La pusillanimité devient un crime pour eux. Dès lors, il ne saurait évidemment être permis d'appeler leur attention sur la peine que leur premier devoir est d'oublier. En les conviant à cet examen, l'avocat manquerait au respect dû à la loi, provoquerait au parjure et mériterait un avertissement.

Est donc légale la défense faite aux avocats de citer la loi pénale aux jurés (1).

(1) Par une singularité bien remarquable, cette défense ne devint précise, en fait, qu'après la suppression des règles qui la motivaient. Sous le Code de brumaire an IV, le tribunal de cassation refusa de la consacrer.

- Arrêt de rejet du 28 pluviôse an VIII. — *infra*, n° 136.

CHAPITRE II.

Appréciation du système des lois de 1791 et de l'an IV. Nécessité de le modifier.

I.

28. — Mais ils se trompent ceux qui, pour connaître l'état actuel du jury, n'interrogent que la théorie primitive. L'expérience vint bien vite ébranler ce qu'un dogmatisme présomptueux croyait avoir irrévocablement établi ; et cette attribution à deux pouvoirs distincts du soin de décider le fait et d'appliquer la peine, qui avait paru si pleine de promesses à la Constituante, allait, par un étrange retour des jugements humains, être regardée comme l'écueil du jury. Il avait suffi à Duport, en 1790, de dire que le projet de Sieyès ne la consacrait pas pour en écarter même la discussion ; en 1810, le duc de Massa, ministre de la justice, pourra, sans froisser aucune susceptibilité, déclarer, et les paroles sont textuelles, que « cette séparation est le plus grand inconvénient du jury (1). » Tant il y a loin des promesses de la théorie aux résultats de la pratique ! Ce revirement d'opinion se fit lentement sous la pression des faits ; plus tard seule-

(1) Loqué, t. XXIV, p. 613.

ment il se produira hautement, et dira que l'organisation du jury de Duport reposait sur des présomptions contre lesquelles protestent les faits, et qu'elle devait aboutir à des résultats funestes à la justice.

Essayons de dire quelles influences dirigèrent ces tendances nouvelles.

II.

29. — Il faut bien se garder d'isoler le droit des conditions ordinaires de la vie; car la vérité, au point de vue pratique, n'est jamais dans les conceptions absolues. On conçoit la sévère rigueur de la logique dans les sciences abstraites; on ne la comprend plus dans celles qui touchent aux faits, comme les sciences politiques.

Tout l'équilibre du système de la Constituante repose sur cette idée que la décision sur le fait sera prise sans préoccupation de la peine, par un pouvoir que la perspective du châtement ne peut influencer. L'ignorance n'est certes pas une garantie de bonne justice; cependant elle est nécessaire au mécanisme du jury: c'est le seul moyen de neutraliser toute appréciation de la part du juge, de rendre inévitable l'application inflexible de la loi. Or est-il possible d'obtenir que les jurés s'affranchissent de toute préoccupation de la peine? L'imperfection humaine est là: cette séparation ne peut être comprise que des jurisconsultes; l'homme du monde n'en aura qu'une notion vague et superficielle, et ne comprendra jamais, quand on lui

cite, dans l'acte d'accusation, sous peine de nullité, le numéro des articles du Code pénal qui prévoient le fait à punir, qu'il lui soit interdit d'en connaître le contenu. D'ailleurs, les jurés connaissent la peine : en fait, car l'usage de la vie publique a surabondamment vulgarisé les éléments du droit pénal, au moins ceux relatifs aux faits graves qui ressortissent aux cours d'assises ; en droit, car il est de principe que nul n'est censé ignorer la loi. Leur dire dans cette situation qu'ils doivent l'oublier, c'est lutter contre des impressions, c'est demander l'impossible. Celui qui s'imagine trouver des hommes qui, appelés à se prononcer sur les faits d'une accusation, et instruits que de leur déclaration dépend la vie ou la mort, ne songeront pas à ce terrible résultat, n'en feront même pas le principal mobile de leur décision, celui-là connaît bien mal le cœur humain ! Sans doute, la loi impose au juré comme devoir strict et positif de n'examiner que les faits et de ne pas songer à la peine ; mais croit-on qu'il dépende de lui de n'y pas songer, et qu'une recommandation faite par un juge implacable fasse taire les voix intimes qui s'adressent à l'homme ? Quand, sur les traits de l'accusé qu'attendent au lendemain les angoisses du dernier jour d'un condamné, il suit les progrès de l'anxiété et du désespoir, l'empêcherez-vous de frissonner s'il est homme, d'entendre bourdonner dans sa mémoire les rudes et terribles paroles du poète, et de « sentir sur son front cette goutte de sang qui rejaillit de la grève sur la tête de tous les membres de la communauté sociale ? » C'est étrangement se méprendre que de croire qu'il puisse en être autrement ! Permis au penseur et à l'homme d'État

de parler froidement de la peine de mort; destinés à guider les hommes, ils n'en doivent connaître ni les faiblesses ni la sensibilité. Mais le juré est homme du monde; et quand il a sous les yeux une créature dont les artères palpitent de jeunesse et de santé, vouée à une destruction que nul courage ne peut repousser, nulle persuasion détourner, il pâlera, parce que Dieu a mis au cœur de l'homme la crainte et le respect de la mort; et une question terrible se posera à sa conscience troublée. Certes, nous croyons à la puissance du devoir et à la force du serment, mais nous croyons aussi à la faiblesse humaine et à l'empire des impressions. S'il appartient au Tout-Puissant de faire taire les sentiments de la nature, le législateur ne peut pas, sans folie, exiger un pareil sacrifice; et en voyant en présence la sainteté du serment et la voix de l'humanité, nous tremblons qu'on ne porte à excuser le parjure par la nécessité. Elle nous paraît chimérique et insensée, cette loi qui croit que le juré ne pensera pas à la peine qui doit être la suite de son verdict.

30 — La voix imposante des faits a confirmé ces prévisions; l'impossibilité pratique du procédé, dans lequel la Constituante avait placé tant d'espérances, s'est manifestée partout où la procédure par jurés a fonctionné telle qu'elle est organisée chez nous. L'Angleterre, le pays cependant réputé, dans le monde, le plus strict observateur de la légalité, nous en donne une preuve sans réplique. « Les jurés, dit sir Samuel Romilly, y violent si souvent leur serment, que cette violation a perdu, en grande partie, le caractère odieux qui lui est propre. Le juge Blackstone l'appelle une espèce de pieux parjure. Mais quel peut être

ce système de loi, dans lequel la violation du serment est regardée d'un œil si favorable par un homme qui fut l'un des ornements de la magistrature, et qui a été conduit à donner une épithète si honorable au crime détestable du parjure (1)? » Comme en Angleterre la loi, loin de résider dans des textes réguliers et uniformes, résulte le plus souvent des précédents, le fait s'est changé en droit; l'habitude de se laisser guider par la perspective de la pénalité a fini par être regardée comme légitime; et, en cas de doute sur les suites légales de leur déclaration, les jurés sont admis à demander au juge des renseignements. Philipps regarde même cette précaution comme obligatoire pour eux : « ils doivent, dit-il, faire attention aux conséquences de leurs décisions (2); » et les jurisconsultes ont érigé à l'état de système ces empiètements qu'ils regardent, pour des raisons spéciales à la législation anglaise, comme nécessaires, lui donnant, par un bizarre assemblage de mots, le nom de théorie du pieux parjure !

Chez nous, au moins dans les premiers temps, l'abus n'a pas eu une telle fortune ; mais l'invraisemblance et les dangers de la fiction sur laquelle repose l'organisation du jury ont frappé l'attention de tous ceux qui en ont étudié la pratique, et ont su se soustraire à l'ascendant des idées communément admises ; ceux-là même qui ne le reconnaissent pas expressément le supposent à tout moment. « Il ne faut pas croire, dit M. Faustin-Hélie, que les jurés expriment aveuglément leur verdict, sans en

(1) *Observations sur le Droit criminel d'Angleterre*, p. 24.

(2) *Op. cit.*, p. 471.

peser les conséquences ; ils calculent, en général, les pénalités qui en sortiront, mais ils se trompent souvent dans ce calcul (1). » « Cette fiction légale d'ignorance respectueuse de la loi est en contradiction perpétuelle avec la réalité des faits, dit un autre savant magistrat, auquel son expérience, acquise dans la direction de nombreux procès criminels, donne autorité en cette matière, M. Caze ; et l'on a chaque jour à se demander s'il ne serait pas plus conforme aux intérêts d'une bonne justice de déchirer le voile qui est censé couvrir, aux yeux des jurés, les dispositions pénales, mais qui les laisse entrevoir à l'aide d'une lueur incertaine et douteuse, mille fois plus à craindre que la plénitude d'une lumière éclatante (2). »

Et cependant la loi fait prêter serment aux jurés de ne jamais penser aux dispositions de la loi pénale, de ne jamais considérer les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire (Code de brumaire an IV, art. 372 ; Code de 1808, art. 342) ! N'est-ce pas créer une incompatibilité entre le devoir et la conscience, n'est-ce pas tendre à la nature humaine un piège dans lequel elle tombera presque toujours ?

31 — C'est déjà une preuve infailible de l'imperfection de la loi, quand ceux qui l'exécutent trouvent dans leur conscience de justes motifs de la violer ; mais que dire quand le législateur sait ce résultat et le reconnaît inévitable ? Il y a une corruption plus à craindre que celle qui

(1) Encyclopédie Sebire et Carteret, t. VII, p. 52.

(2) Aperçus historiques et pratiques sur le jury, *Recueil de l'Académie de Législation*, t. II, p. 154.

résulte de la désobéissance à la loi, c'est celle que cause la loi ; le mal semble alors incurable, puisqu'il provient du remède lui-même. Or la loi, sous ce rapport, n'a pas même l'excuse de l'inadvertance et de l'oubli, car les voix officielles n'ont pas manqué qui ont relevé ces fatales conséquences.

Dès 1810, l'opinion semble s'être prononcée. « La distinction entre le fait et le droit est chimérique dans l'usage, disait Cambacérès au Conseil d'Etat ; généralement les jurés s'occupent aussi du droit, et examinent toujours quel sera le résultat de leur déclaration (1). » Plus tard, dans son rapport à la chambre des députés, au nom de la commission chargée d'examiner le projet qui devint la loi du 25 juin 1824, M. Jacquinet-Pampelune complétait cet aperçu. « On ne peut interdire au jury la connaissance de la loi pénale, disait-il ; il la sait et en prévoit l'application, et règle ou modifie trop souvent son opinion d'après la chance que court l'accusé (2). » C'était la condamnation du système de la Constituante ; comment la loi fait-elle prêter un serment quand elle reconnaît qu'il n'est ni ne peut être gardé ?

Cette contradiction saute aux yeux et ne pouvait manquer d'être relevée, puisque le rapporteur de la commission l'indiquait lui-même à la chambre. Elle le fut, en effet, et avec fermeté par un député du midi de la France, M. du Bourg. Homme du monde, il ne pouvait se laisser dominer par les subtilités d'une présomption ; homme

(1) Locré, t. XXIV, p. 26.

(2) *Moniteur* du 16 juin 1824.

d'honneur, il devait s'élever contre cette prostitution du serment. « La loi, dit-il, impose au juré l'obligation d'ignorer, dans les demandes qu'elle lui adresse, la conséquence de ses réponses ; mais cela est-il raisonnable ? Comment supposer qu'un homme d'intelligence pourra séparer et isoler son jugement de la peine qui doit s'en suivre et va frapper le coupable ? Comment ce juré ne serait-il pas ému, troublé, et peut-être entraîné par un sentiment de commisération, lorsqu'il sera certain que sa décision affirmative va provoquer une peine qui lui semble, à tort ou à raison, hors de proportion avec le délit..... Vous savez combien ce lien sacré que le juré a contracté est méconnu ! Un motif, sans doute appréciable, le lui fait rompre ; mais quel blâme n'encourt pas celui qui respecte aussi peu le serment ! Aujourd'hui il sera entraîné par une considération honorable, demain par un motif léger : insensiblement l'homme perd de vue le caractère sacré qui le lie, et sur lequel reposent nos intérêts les plus sacrés... Hâtons-nous de modifier une loi qui porte le germe de pareils fruits (1). » Le lendemain M. Duplessis de Grenedan reprenait la même idée, en demandant l'abolition du serment imposé aux jurés. « C'est ainsi, disait-il en terminant, que l'homme se jouera des lois, usurpera des fonctions étrangères aux siennes, s'habituera au parjure et au mensonge, s'en fera un devoir de conscience, de justice et d'humanité, ce qui est horrible (2). »

Enfin la même pensée fut à chaque pas exprimée lors de la

(1) *Moniteur* du 16 juin 1824.

(2) *Moniteur* du 17 juin 1824.

discussion de la loi du 28 avril 1832, soit dans les exposés de motifs, soit dans les rapports faits aux chambres (1).

32 — Ces sages et prévoyantes paroles restèrent sans écho. On fait malaisément abnégation de ce que l'on sait ; et il faut, il paraît, une humilité scientifique peu commune pour remettre en question des connaissances acquises à la longue. La théorie a dit que le jury ne songe qu'au fait ; sur cette supposition, elle a construit tout un système séduisant par la régularité de son mécanisme et les promesses qu'il fait : auteurs, magistrats, législateurs reconnaissent en vain que c'est une supposition sans fondement ; la loi persiste à exiger le serment quand tant de voix s'élèvent pour dire que c'est une continuelle provocation au parjure. Etrange influence que celle de l'habitude, étrange puissance que celle des subtilités théoriques ! Que le serment soit violé, qu'importe si le principe de l'institution est sauvé en apparence ; n'est-ce pas justifier légalement ce spirituel blasphème qui dit que le serment se prête et ne se donne plus ? La preuve que cela est, et que ce serment n'est plus qu'une vaine formalité dont l'on n'a pas même souci de garder le respect extérieur, c'est qu'on voit chaque jour les jurés demander aux avocats présents à l'audience de quelle peine est passible l'accusé. Et quand la foule voit le juge mentir sous la foi du serment, comment veut-on qu'elle-même se croit liée, alors qu'elle vient déposer devant lui ?

Une seule fois il fut question d'abolir expressément cette imprudente exigence de la loi. Un décret du gouver-

(1) *Infrà*, v. g. nos 109 et s.

nement provisoire, du 2 mars 1848, avait chargé de rédiger un projet de loi sur l'organisation judiciaire, une commission, dans laquelle figuraient les hommes les plus haut placés par leur science et leur expérience : MM. Portalis, Faustin-Hélie, Valette, Cormenin, Isambert, Baroche, Landrin, Martin de Strasbourg, Jules Favre, Nachet, Sévin, Liouville, etc. L'art. 62 du projet portait : « L'interdiction faite aux jurés de prendre connaissance des dispositions de la loi pénale applicable à la suite de leur déclaration est abrogée ; la deuxième partie de l'instruction contenue dans l'article 342 du Code d'instruction criminelle est supprimée. » Les circonstances politiques empêchèrent ce projet d'être discuté ; et dans ceux qui furent ultérieurement présentés à l'Assemblée constituante, le 18 octobre 1848, par M. Marie, et le 23 juin 1849, par M. Odilon-Barrot, rien n'apparaît qui rappelle l'heureuse inspiration de la commission (1).

33 — Mais admettons que cette présomption d'ignorance ne soit point une fiction ; qu'il soit possible de rencontrer des hommes complètement étrangers au droit pénal ; admettons même qu'il soit bon d'avoir de tels juges : de nouvelles difficultés vont surgir, et l'application du système rencontrer encore des impossibilités.

Profitant de cette précieuse ignorance d'où doit résulter une saine application de la loi, l'autorité veillera sans doute à ce qu'on la respecte, et imposera silence à

(1) On peut consulter sur ces projets : *Le Droit* du 10 juillet 1848 ; le *Moniteur* des 22 octobre 1848, et 26 juin 1849. — Voir aussi : *Revue française et étrangère*, t. V, p. 555 et 729.

toute voix, spécialement à celle de la défense, qui viendrait faire allusion à cette peine qui doit rester inconnue et voilée. Mais, pour peu qu'on ait quelque expérience des assises, on s'aperçoit bien vite qu'il est facile de tromper sur ce point la surveillance de la magistrature, quelque active qu'elle soit. Un jôuteur exercé, auquel sont familières les ressources de la dialectique, s'en mettra peu en peine. Par des périphrases habiles, il nommera la peine aux jurés, en discutera la sévérité, sans laisser prise aux observations. Tout consiste dès-lors dans une question de mode et d'habileté; on pourra dire la chose, pourvu que le nom propre n'y soit pas. Que dis-je, ce n'est même qu'une question d'audace! Dès que la peine est citée, l'attention des jurés est suffisamment éveillée; et nous verrons plus tard que la simple citation, sans persistance à résister à l'injonction de ne plus recommencer, ne peut avoir de danger pour personne. Quelle est donc cette disposition de loi dont nul moyen ne saurait assurer l'application sérieuse!

M. Dupin qui, dans des conclusions prises devant la Cour de cassation, conteste aux avocats le droit dont nous parlons, est obligé de le leur reconnaître en fait. « Il ne faut pas s'exagérer ce principe, dit-il, car la parole rapide et animée de la défense s'échappera malgré la règle, et, sous d'habiles formes oratoires, la nature de la peine fixera l'attention du jury. La défense sur ce point comporte une certaine latitude qu'il ne sera jamais possible de lui enlever. Et souvent même il y aurait de plus graves inconvénients à arrêter l'avocat au moment où il jette, au milieu d'un mouvement animé, un mot sur la peine, et à faire naître ainsi une interruption qui fixerait l'attention du jury, qu'il

n'y en aurait à laisser continuer la défense, et passer inaperçu le mot ou la phrase répréhensibles (1). » On le voit, si le célèbre procureur général admet quelque tolérance, s'il conseille de ne pas relever l'infraction, ce n'est pas qu'il reconnaisse le droit aux avocats, c'est afin de mieux respecter l'ignorance dans laquelle doit rester le jury, et dans la crainte que l'interruption n'éveille l'attention. Or, cela est-il digne de la justice, et la nécessité de pareilles équivoques et de subterfuges de ce genre n'atteste-t-elle pas quelque vice organique dans le principe qu'il s'agit de faire respecter ?

34 — Ainsi cette présomption d'ignorance de la loi pénale est illusoire ; la pratique des cours d'assises, comme la simple raison, montrent qu'il ne faut pas compter sur elle. L'esprit peut être satisfait du système d'isolement d'attributions, s'il reste dans l'abstraction ; mais l'expérience proteste contre la réalité que la théorie a besoin de supposer à une trompeuse fiction. En vain le serment intervient pour lui donner une apparence de vérité ; le cœur transige avec la conscience, et le juré s'absout d'un parjure parce qu'on lui demande l'impossible.

La pierre angulaire du système d'isolement des attributions respectives du jury et de la Cour fait donc défaut. Et cependant toute l'organisation de l'institution repose sur cette idée !

(1) Sirey, XXXVI-1-273.

III.

35 — Le point de départ était vicieux ; est-il besoin de dire dès-lors que les résultats espérés du système devaient, comme son principe, recevoir le démenti de l'expérience ?

Dès 1803, après dix années d'essai, les illusions avaient disparu. L'opinion émue, englobant le jury dans des reproches qui n'auraient peut-être dû être adressés qu'à son organisation, avait condamné l'utopie ; et la Cour de cassation résumait la pensée des hommes sérieux de l'époque quand, dans le rapport qui lui avait été demandé par le premier Consul le 5 ventôse an XI, elle disait, par l'organe de Murair, son président : « Les tristes résultats de l'impunité des plus grands crimes, offensant la morale publique, effrayant la société, ont presque conduit à douter si l'institution des jurés, si belle en théorie, n'a pas été jusqu'à aujourd'hui plus nuisible qu'utile dans ses effets. Et bientôt, ce premier doute conduisant à un second, peut-être serait-il à examiner aujourd'hui, d'après l'expérience, ce qui ne le fut par la Constituante qu'en spéculation ; peut-être serait-il à examiner encore si dans un pays où il n'y a plus ni distinction ni privilèges, l'institution des jurés offre des avantages bien réels (1). »

Paroles prophétiques, que l'on croirait écrites d'hier, tant elles expriment avec exactitude et précision l'état actuel de la question du jury !

(1) *Observations des tribunaux sur le projet du Code criminel*, t. I, p. 44.

36 — Toute réforme est condamnée à être stérile, sinon dangereuse, dont l'action n'a pas été patiemment méditée à l'avance, à un double point de vue : son effet de réaction contre le passé, son effet d'organisation pour l'avenir. La critique est aisée et l'art difficile, dit le proverbe ; et bien souvent, tant l'homme est prompt à oublier à quel point ses désirs peuvent être au-dessus de ses forces, l'hostilité contre les institutions existantes fait illusion sur la valeur de celles que l'on veut mettre à leur place. La Constituante, au milieu des ardeurs et des impatiences d'une époque de transition, était surtout exposée à ne pas éviter cet écueil ; sa gloire impérissable est d'avoir presque toujours su garder la prudence qui assure la destinée des œuvres.

La procédure par jurés ne devait pas avoir la stabilité des autres conquêtes de cette grande et féconde époque. Comme protestation contre le passé, elle fut une victoire sans réserve : elle brisait, par l'avènement des juges passagers, ces puissantes corporations devant lesquelles avait souvent tremblé le pouvoir royal lui-même ; elle mettait fin, par le système des peines fixes, à cette grande latitude d'arbitraire qu'avaient les anciens juges, et dont l'histoire avait dit les immenses dangers ; enfin elle résumait la pensée révolutionnaire, en prenant les juges dans l'élément populaire, afin que la justice ravivât sans cesse à la source vive sa haine contre l'oppression. Mais comme œuvre d'organisation, l'avenir lui réservait de nombreux mécomptes ; et si la Constituante se fit illusion à cet égard, c'est qu'elle s'isolait volontiers dans les régions de l'absolu où l'on voit plus loin, mais moins clair que dans la réalité.

37 — Nous avons dit déjà ce que les auteurs des lois de 1791 et de l'an IV attendaient du jury. Le but dominant de la nouvelle organisation de la justice criminelle était d'obtenir que la loi réglât sans partage la répression en dépit des prétentions et des faiblesses, et que toute influence arbitraire tendant à entraver ses prescriptions fût rendue matériellement impossible. C'est à cette fin que la décision du fait avait été isolée de l'application de la loi, et, par une conséquence nécessaire, qu'une peine fixe et invariable avait été attachée à chaque infraction prévue.

Cette conception de la justice criminelle était trop absolue pour répondre aux exigences variées de la répression. L'idée d'une justice aveugle séduit dans la légende : la fable, cette philosophie symbolique, n'a remis la balance aux mains de Thémis qu'en voilant les yeux de la déesse ; et l'homme, par un sentiment instinctif, se plaît, en haine de la partialité, à courber les justiciables sous l'inflexible niveau de la loi. Que de fois n'a-t-il pas été dit que la vérité exagérée est bien près de l'erreur ! Sans doute, tous les faits identiques doivent être punis également ; mais les faits sont-ils identiques en gravité, dès qu'ils présentent en apparence les mêmes éléments ? Et dans une matière où l'intention est tout, est-il possible d'introduire des classifications absolues et générales ? La loi peut embrasser des classes de faits, les nuances des espèces lui échappent. La culpabilité se compose, en effet, de deux éléments : l'élément matériel, dont les caractères peuvent être déterminés à l'avance, et les résultats appréciés d'une manière absolue ; l'élément intentionnel et moral, qui échappe à toute détermination générale et prévue, et



exige une appréciation spéciale dans chaque affaire. Le sexe, l'âge, les antécédents, les mœurs, le caractère, les passions, le temps, mille circonstances peuvent faire varier la criminalité de faits identiques, et donner à la même infraction une gravité variable ; l'égalité rigoureuse de répression, séduisante dans la spéculation, deviendrait par là même, en pratique, une monstrueuse inégalité. Le législateur, autant que faire se peut, doit prévoir toutes les actions punissables, définir leurs éléments constitutifs et généraux, et fixer la peine de chacune, car rien ne menace la liberté comme l'arbitraire en matière criminelle ; mais, quelque bien faite que soit la loi, quelque complètes qu'aient été les analyses qui l'ont préparée, par cela seul qu'elle ne prévoit que des généralités, elle ne peut embrasser toutes les données du problème. La matérialité de la lettre ne présentera jamais qu'une gradation artificielle des crimes ; et, par la prétention d'assimiler, pour les frapper sans distinction, des faits qui peuvent n'avoir ni la même valeur morale, ni les mêmes résultats matériels, la loi devient inhumaine et contraire aux plus vulgaires notions de la justice distributive. Il faut nécessairement qu'une certaine latitude soit laissée au juge, afin qu'il puisse avoir égard, en appliquant la loi générale, aux modalités du fait particulier. Voilà la justice humaine dans son imperfection, et cependant dans toute sa pureté.

L'époque révolutionnaire méconnut ces principes élémentaires de l'imputabilité. Le Code de 1791, et, à son exemple, celui de l'an IV, avaient deux vices capitaux : c'était, d'une part, cette tentative téméraire de tout

définir et de tout régler à *priori*, sans égard aux nuances innombrables qui donnent à chaque fait sa physionomie et sa gravité particulières; c'était, de l'autre, cette fixation d'une pénalité inflexible, l'application forcée d'une peine invariable. La Constituante, en inaugurant ces tendances, avait cru ne faire que réagir contre les dangers de l'ancien système des peines arbitraires; l'abus, comme toujours, avait amené l'excès : à l'arbitraire de l'homme, elle substituait l'arbitraire de la loi.

38 — Les conséquences d'un faux point de départ se révèlent fatalement tôt ou tard ; l'expérience ne tarda pas à montrer à quel point ce mode de fixation taxative des peines devait énerver le système répressif, et compromettre les conditions les plus essentielles de la justice criminelle.

Un symptôme alarmant frappe, en effet, quiconque examine, dans leur ensemble, les décisions rendues au grand criminel : c'est leur extrême mobilité; ce sont ces disproportions énormes dans la pénalité, fatales à la sécurité sociale comme à la morale; c'est cette diversité de décisions d'où il résulte que les cours d'assises, passant d'une extrême sévérité à une extrême indulgence, deviennent, selon l'énergique expression d'un savant conseiller à la cour de Pau « l'effroi de l'innocent et l'espoir du coupable (1). » L'opinion s'en est maintes fois émue; et le ministère public, quoique dépassant en cela ses pouvoirs, a quelquefois cru devoir blâmer les déclara-

(1) M. Bascle de Lagrèze, *Le Droit criminel des jurés*, p. 6.

tions du jury, en leur infligeant la censure d'une protestation publique.

Ces résultats, dont les faits ultérieurs ne prouveront que trop la triste réalité, devaient se produire d'abord par suite de la direction illégale qu'une tendance toute naturelle allait donner à la pratique du jury; ils étaient, d'ailleurs, en germe dans l'organisation de la procédure par jurés, en admettant qu'elle eût fonctionné régulièrement selon les prévisions de la Constituante.

39 — On n'évite les abus d'un droit qu'en en respectant les éléments rationnels et le légitime exercice. La prudence humaine a dit depuis longtemps que l'on ne peut obtenir des hommes obéissance et concours au profit des institutions, qu'en établissant un sage équilibre entre les devoirs qu'on leur impose et les facultés qu'on leur laisse.

Restreindre les jurés à prononcer sur les faits sans se préoccuper de la peine, c'est, en général, nous l'avons établi, leur demander un sacrifice impossible; vouloir les y assujettir dans le système des peines fixes, c'était certainement leur imposer un rôle dans les limites duquel ils ne resteraient pas. Réduits à prononcer en aveugles, ils devaient franchir la barrière; et, faute d'une latitude suffisante d'appréciation, s'octroyer des droits exorbitants et nuisibles à la répression. En réalité, quelle situation est faite au jury? Il sait qu'il fixe lui-même, et invariablement, les éléments de la peine, et que la cour est liée sans réserve par le verdict; c'est donc à lui de réfléchir aux conséquences qu'il doit entraîner, car, sans cela, nul ne les pèsera ni ne pourra les peser. Ses attributs

traditionnels le convient à cette usurpation de fonction; car ce qui a toujours fait la force de la justice populaire, et la confiance qu'elle inspire, c'est l'indépendance de ses appréciations et la liberté de ses décisions. Or, quels moyens a-t-il d'empêcher une condamnation que, à tort ou à raison, il juge excessive? Certain de voir la cour obligée de se conformer, en le déplorant peut-être, à la rigueur de la loi, il ne lui reste qu'un expédient : c'est de composer avec la vérité et d'acquitter des coupables. De là ces nombreux exemples d'impunité dont parlait la Cour de cassation, dans le rapport que nous citons il n'y a qu'un instant; et il est élémentaire que la chance de l'impunité est, de toutes les incitations funestes qui poussent au crime, la plus active et la plus puissante.

40 — L'éventualité de ce résultat ne pouvait être prévue par les auteurs des lois de 1791 et de l'an IV, dominés qu'ils étaient par cette chimérique présomption de l'ignorance de la peine de la part des jurés; mais elle était inévitable. Tout besoin légitime comprimé aspire à s'exagérer, et réagit contre ce qui l'opprime. La loi prohibe, il est vrai, comme coupable toute préoccupation des suites du verdict; mais nul n'hésite, de nos jours surtout, à croire appartenir à l'élite des intelligences; et qui, en présence d'une décision à prendre, ne s'absoudrait de préférer ses idées à celles du voisin, fût-ce celles du législateur? Privé de tout moyen de faire agir sur la peine, dans des limites rationnelles, les circonstances de fait qu'il juge suffisantes pour influencer sur elle; incapable cependant de se soustraire aux préoccupations qu'éveillent en lui les conséquences du verdict : le jury se trouve placé

entre la nécessité d'exposer l'accusé à une peine qu'il juge trop sévère et celle de ne pas le frapper du tout, entre une justice aveugle ou l'impunité. Or, le choix ne sera pas souvent douteux. C'est une pensée innée dans l'esprit de l'homme qu'il vaut mieux ne pas punir que punir trop; et la propagande criminelle qui donne si souvent à l'accusation les proportions du drame, quelquefois de l'apothéose, ne peut manquer de savoir profiter de ces dispositions naturelles à la justice populaire et d'inspirer la sympathie au profit de l'accusé. Aussi, quelque impérative que soit la loi, le juré, même le plus sage, lui désobéira; et dans cette lutte pénible entre un devoir insolite et ce qu'il croit être juste, il s'égarera, résistera à sa conviction personnelle, et dira non, quand l'évidence dit oui. C'est qu'il y a défaut de concordance entre l'objet réel de la question qui lui est adressée et les pensées qu'elle éveille; et que, pour prononcer sur la culpabilité, le juré réfléchit à l'opportunité de la peine et répond à la question qu'agite à cet égard sa prévoyance.

Le président Barris, dans un article inséré au Répertoire de Merlin, rapporte à ce sujet un fait bien significatif. « Lambert Pyrotte était poursuivi pour fausse déposition en faveur d'un accusé prévenu d'assassinat. La loi du 5 pluviôse an II punissait de vingt ans de fer le faux témoignage fait à la décharge d'un accusé. Il paraissait aux jurés que déposer contre la vérité pour soustraire un accusé aux peines de la loi n'était pas une action aussi condamnable. Ils sortaient de leurs fonctions, mais enfin ils voulaient sauver l'accusé. En conséquence, après avoir déclaré qu'il était constant que Lambert Pyrotte

avait fait une fausse déposition, ils déclarèrent, sur la deuxième question, qu'il n'était pas constant qu'il eût agi dans une intention coupable. Ces deux réponses étaient évidemment contradictoires, l'intention criminelle étant inséparable du faux témoignage. La Cour annula la délibération, et ordonna que les jurés se retireraient pour procéder à une nouvelle déclaration ; mais les jurés étaient décidés à acquitter l'accusé, et ceux qui venaient de déclarer que Pyrotte était convaincu d'avoir fait une fausse déposition, déclarèrent, dans leur deuxième déclaration, qu'il n'était pas constant que Pyrotte eût fait une fausse déposition. L'accusé fut acquitté (1). » Qui ne sait combien d'acquittements, dans des conditions analogues, surtout en matière d'infanticide et d'incendie, n'ont eu, avant la réforme du 28 avril 1832, d'autre motif que la sévérité des peines édictées contre ces crimes par le Code pénal de 1810 ?

41 — Il ne faut pas chercher ailleurs que dans l'influence inégale qu'exerce cette connaissance inavouée de la peine, la cause de la mobilité de la répression au grand criminel. Si tous les jurés étaient appelés à ne rendre leur verdict qu'en connaissance de cause, cette préoccupation agirait encore avec une intensité variable ; mais que sera-ce si la peine est tantôt connue, tantôt ne l'est pas, tantôt ne l'est qu'imparfaitement, selon l'habileté ou la hardiesse que l'avocat mettra à la faire connaître et à en dépeindre les rigueurs. La demi-science est le plus dangereux des conseillers, elle est toujours craintive ou présomptueuse ; à

(1) *Répertoire*, v^o jury, § 4, n^o 27.

quelles fausses suppositions, à quelles erreurs de combinaisons n'expose pas cette connaissance toujours imparfaite de la loi pénale, et combien une discussion libre et contradictoire ne serait-elle pas préférable? « Les jurés, dit M. Faustin Hélie, calculent, en général, les pénalités qui sortiront de leur verdict, mais ils se trompent souvent dans ce calcul. Ne vaut-il pas mieux les éclairer complètement pour leur éviter des erreurs qui sont fatales à la justice (1)? » Le secret qui entoure la délibération et le vote semblerait rendre impossible de citer à cet égard des faits positifs, et néanmoins les annales judiciaires en fourniraient plus d'un exemple. Sans remonter bien loin, faut-il rappeler cette déplorable méprise d'un jury des Bouches-du-Rhône qui, par une erreur avouée plus tard, combina son verdict de telle façon qu'il produisit un effet opposé à celui qui avait été prévu et désiré (2). D'ailleurs, qui n'a vu des jurés fort étonnés de l'issue des poursuites, et venant d'eux-mêmes conseiller et appuyer un recours en grâce?

Livrée à ces incertitudes, la justice s'énervé, car elle laisse entrevoir au malfaiteur qui médite le crime une chance possible d'en éviter les suites, ce qui l'enhardit à se risquer; elle perd sa dignité par les hasards qui l'attendent et les expédients détournés auxquels elle se voit forcée d'avoir recours. Qu'on consulte les magistrats qui remplissent la difficile mission de présider les assises, combien nous ont dit les embarras que suscite la crainte

(1) Encyclopédie Sebire et Carteret, t. VII, p. 52.

(2) *Gazette des Tribunaux* des 12 novembre 1858 et 5 septembre 1860.

d'effrayer les jurés, l'influence qu'exercent souvent sur toute une session les condamnations prononcées au début ! Tel jury, que la loi défend d'éclairer sur la peine, rend un verdict qui amène une condamnation sévère ; à l'affaire suivante, au grand étonnement du public, il acquittera, ou, depuis 1832, il atténuera sa décision, afin d'éviter une répression qui a excité sa commisération. Combien de fois, pour éviter ces jeux de hasard dans la justice sociale, la Cour ne se voit-elle pas imposer des actes d'indulgence que rien, sans cela, n'eût motivés ? La preuve que ce n'est pas une observation sans autre fondement que les besoins de la cause, c'est que M. Lacuisine indique, comme un des éléments principaux devant influencer sur la formation du rôle de session, les préjugés possibles d'une affaire sur l'autre (1). C'est à tout cela, nous n'en doutons pas, que songeait M. Caze, quand, après avoir signalé l'invraisemblance de la fiction sur laquelle repose l'organisation du jury, il ajoutait : « Et l'on a chaque jour à se demander..... s'il ne serait pas plus conforme aux intérêts d'une bonne justice de déchirer le voile qui est censé couvrir, aux yeux des jurés, les dispositions de la loi pénale, mais qui les laisse entrevoir, à l'aide d'une lueur incertaine et douteuse, mille fois plus à craindre que la plénitude d'une lumière éclatante (2). »

42 — Aucun de ces inconvénients ne serait à craindre

(1) *Traité du pouvoir judiciaire dans la direction des débats criminels*, p. 178 et 189.

(2) *Op. cit.*, p. 154.

si ceux-là seuls pouvaient siéger comme jurés qui auraient ces mœurs exceptionnelles qu'ont cru trouver dans les cités antiques ceux qui trouvent toujours dans le passé ce qui manque au présent, qui auraient la sagesse d'un Lycurgue et la force d'âme d'un Caton ! Peut-être alors les jurés resteraient-ils strictement dans les limites du rôle qui leur est assigné. Mais, quelque optimisme que l'on professe, le jury, il faut bien le reconnaître, manquera toujours de cette puissance d'abstraction qui peut soustraire le jugement aux sollicitations du cœur et des mille influences qui l'obscurcissent chez la plupart des hommes. L'exercice constant de la magistrature, l'habitude de réfléchir aux conditions de la vie sociale, peuvent seuls, et encore à la longue, développer le sentiment du devoir légal, le don de l'appréciation froide et impartiale. Est-il étonnant que les jurés, siégeant une fois au plus tous les quatre ou cinq ans, ne sachent pas, quelque complet que soit leur désir de bien faire, éviter ces surprises dont la fréquence faisait dire à Laroche foucauld que l'esprit est toujours la dupe du cœur ?

Si au moins la sagacité naturelle, que l'on peut seule compter trouver en eux, procédait librement, on serait, à la rigueur, autorisé à voir dans le verdict une manifestation spontanée de la conscience, une perception immédiate et libre de l'ordre moral ; mais le mode d'instruction devant les assises ne permet guère d'espérer qu'il puisse en être ainsi. L'Empereur, dont le coup d'œil était toujours si sûr et si éminemment pratique, ne s'y trompa pas. Lors de la discussion du Code de 1808, il insista, à plusieurs reprises, sur le grand inconvénient qu'il y a d'appeler aux

fonctions de juré des hommes peu exercés, et de les livrer à des magistrats et à des avocats qui le sont beaucoup ; « il faudrait, disait-il, n'admettre pour défenseurs devant le jury que des personnes qui n'eussent pas l'habitude du barreau (1). » L'avenir ne devait que trop bien démontrer la pénétration et la justesse de cette observation ! En Angleterre, sauf au cas de trahison, aucun plaidoyer n'est admis dans les causes ordinaires, soit sur le fait, soit sur la culpabilité ; l'avocat questionne et interpelle les témoins et les parties ; le jury juge par ses yeux, et prononce ensuite suivant ses impressions personnelles, sans le secours d'aucune influence étrangère. Ce mode de procéder offre sans contredit des garanties de liberté et de rectitude d'appréciation que ne présentent pas nos habitudes modernes, qui abandonnent les jurés aux entreprises et aux efforts d'un rôle obligé ou d'une imagination prévenue. Le pathétique des harangues, l'exubérance des discussions ont été, de tout temps, l'apanage de la justice populaire, au forum romain comme chez nous ; comment espère-t-on que ces hommes, non aguerris aux entraînements de l'audience, dont l'exercice du droit de récusation a préalablement écarté les plus fermes et les plus intelligents (2), se préserveront de la dextérité et des artifices

(1) Locré, t. XXIV, p. 46, 47, 52.

(2) MM. Faustin-Hélie (t. VIII, p. 406), et Nouguier (*Cour d'Assises*, t. 2, p. 706 et s.) s'élèvent contre l'idée de renfermer le droit de récusation dans des limites plus étroites. Déjà, dans son rapport au congrès de Lubeck, en 1848, M. Mittermaier trouvait que le Droit français l'avait circonscrit d'une manière désavantageuse (*Revue française et étrangère*, t. V, p. 547). Il faut avouer cependant que l'usage a singulièrement détourné ce droit

de la parole, et dès lors des équivoques de la pensée? Sourdement travaillés par la rumeur populaire, par les préjugés locaux, par toutes les exagérations et les préventions qui finissent par s'accréditer chez les meilleurs esprits, on les livre à des hommes toujours plus habiles

de son but primitif. Destinées théoriquement à éliminer les jurés dont les circonstances, dans des cas fort rares, laisseraient suspecter l'indépendance, les récusations ne servent, en réalité, qu'à priver le jury de ses meilleurs éléments, quand elles ne sont pas des actes de blâmable complaisance; à écarter les *boni homines* et vrais prud'hommes, que nos vieilles coutumes prescrivaient au contraire de choisir, tous ceux, en un mot, à qui l'on sait quelque fermeté et quelque indépendance. Le coup d'œil, à cet égard, est une spécialité des avocats d'assises; et, d'ailleurs, la liste de session étant connue dix jours au moins (art. 388 C. d'inst. crim.) et habituellement vingt jours avant l'ouverture des assises, les intéressés ont tout le temps nécessaire pour préparer les influences, pénétrer la pensée des jurés, et savoir ceux dont il sera opportun de se défaire. Il serait facile de vérifier l'exactitude de ces appréciations, puisqu'à plusieurs reprises des rapports ont été demandés aux présidents des cours d'assises sur le caractère des motifs de récusation (Circulaires des 31 décembre 1850, 3 février 1853 et 26 janvier 1857. — Gillet, *op. cit.*, nos 3311, 3456 et 3693). — A nos yeux, la nécessité et l'urgence d'une réforme de l'article 399 du Code d'instruction criminelle, dans l'intérêt même du jury, ont été amplement démontrées par M. Jacques, dans les intéressantes études qu'il vient de publier sur le Droit pénal, p. 160 et 174, soit qu'on adopte l'idée de réduire le chiffre des récusations possibles, soit que, à l'exemple des récusations en matière civile (art. 378 C. proc.) et des renvois en matière criminelle (art. 542 C. d'ins. crim.), on n'admette que des récusations motivées, analogues à celles que prévoit déjà l'article 392 du Code d'instruction criminelle. — Voir aussi Lacuisine, *De l'administration de la justice criminelle*, p. 99; Carol, *op. cit.*, p. 425. — En tout cas, il n'y aurait qu'avantage à rapporter l'innovation introduite en 1832 sur la proposition de M. E. Poulle (Morin, *Répertoire*, v^o jury, n^o 69); à remettre en vigueur les prescriptions de la décision ministérielle du 29 juillet 1820 (Gillet, n^o 1397), décidant que les défenseurs des accusés ne doivent pas être admis à exercer eux-mêmes les récusations. Le droit de récuser est, en effet, une faculté toute personnelle à l'accusé, et ne doit pas dégénérer en manœuvre de plaidoirie.

qu'eux; quel immense pouvoir d'entraînement n'a pas un avocat sachant faire vibrer à propos la corde sensible de ceux qui l'écoutent? Espère-t-on que le nombre des jurés empêchera cette versatile influence? Illusion qu'ôte bien vite la pratique des assises : le plus souvent c'est un des jurés qui décide pour tous. Quand dix hommes sont d'accord, dit quelque part Champfort, il y en a presque toujours un qui impose sa manière de voir et neuf qui l'acceptent; et cela est vrai ici plus que partout ailleurs. Pour la plupart des jurés, les fonctions qu'ils exercent sont un objet de préoccupation et d'inquiétude. Absorbés par la pensée et la grandeur d'un rôle nouveau, l'âme troublée par la perspective de l'échafaud ou du bagne, l'esprit en suspens, ils hésitent et craignent de s'égarer; qu'il se rencontre parmi eux un de ces hommes ayant l'assurance irréfléchie et la ténacité téméraire des esprits médiocres, il conduira tous ses collègues!

La Constituante avait bien prévu ce danger; et si cette crainte ne l'arrêta pas, c'est qu'elle n'avait envisagé les effets probables de la procédure par jurés qu'en songeant à une époque « où les livres, les légistes et les praticiens auraient disparu, lorsque le règne de l'innocence et de la loyauté se serait établi sur les débris du pédantisme de la science et de la charlatanerie du barreau; enfin, lorsque la vertu seule donnerait capacité pour être juré (1). » Qui l'emporte dans ce jugement, de l'injustice des appréciations ou de l'aveuglement des illusions?

43 — Loin d'avoir songé à neutraliser ces éléments

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 155.

d'incertitude et de mobilité, la loi, au contraire, a presque favorisé leur action par la forme tout exceptionnelle qu'elle donne au verdict. Les jurés, la plupart du temps, ne manquent pas seulement des qualités nécessaires au magistrat, ils sont aussi dépourvus de connaissances pratiques spéciales. Moins ils offrent de garanties professionnelles, plus il semble qu'il eût été convenable d'entourer leur décision des précautions habituellement usitées pour protéger les délibérations contre toute éventualité de précipitation et d'irréflexion ; cependant on sait que « la loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus... qu'elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ? » (loi du 16-29 septembre 1791, 2^e partie, tit. VII, art. 20 et s. — Code de brumaire an IV, art. 343 et 372. — Code de 1808, art. 342).

Cette déférence aveugle et complète à la parole du jury n'est nullement inhérente, soit à la justice populaire pure, soit même à la procédure par jurés. D'après la coutume d'Alby, celui de tous les monuments connus de notre ancien droit qui offre la plus parfaite image du jury moderne, les déclarations des jurés devaient être motivées (1). En proclamant cette indépendance absolue du jury, quant aux éléments de conviction, la Constituante n'a-t-elle pas accepté trop facilement une tradition due à des circonstances spéciales à la législation anglaise ? Le jury anglais a des attributions bien plus larges que le

(1) Carol, *op. cit.*, p. 435.

nôtre ; il n'est pas seulement un pouvoir judiciaire, c'est un pouvoir politique. Au début, il n'eut même que ce dernier caractère ; il fut une sorte de ligue populaire contre les empiétements possibles du pouvoir royal. Plus tard, quand l'avènement des autres garanties constitutionnelles eut rendu celle-ci inutile, l'usage transféra au jury un droit de révision sur la loi pénale ; et l'on sait que si l'Angleterre se montre peu pressée dans les réformes qu'elle poursuit dans cette partie de sa législation, c'est qu'elle a trouvé un palliatif dans les empiétements indispensables du jury sur le pouvoir législatif, dans la théorie du pieux parjure. Or, que l'on envisage l'institution à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, il devait, dans les deux cas, être tacitement convenu que le jury pourrait se laisser diriger par des considérations qui légalement n'eussent été ni avouables ni inadmissibles ; il était donc tout naturel que l'on dispensât sa déclaration d'être motivée. Mais c'est là une particularité toute spéciale à la législation anglaise. Dans les Etats libres, où la loi se place avant la volonté de l'homme, l'obligation de motiver les jugements est une maxime fondamentale, quelle que soit la juridiction ; et c'est pour le plus grand bien de tous, car cette obligation commande le recueillement et la réflexion, et donne au juge un sentiment plus vif de sa responsabilité. Pourquoi, en France, pays de stricte légalité, possédant des lois pénales sans cesse contrôlées et révisées par le pouvoir législatif, les jurés sont-ils, seuls de tous les juges, soit au civil, soit au criminel, soustraits à l'empire de cette règle générale ? Serait-ce, ainsi qu'on l'a plaisamment avancé, à cause de la difficulté qu'il y aurait de

trouver, en nombre suffisant, des jurés capables de déduire leurs appréciations et de formuler leur conviction ?

44 — M. Faustin-Hélie regarde l'admission de cette conviction purement morale, comme la meilleure et même la seule efficace, de toutes les garanties de certitude (1). Malgré l'autorité de cette appréciation, nous n'avons jamais pu voir dans cette dispense de toute précision de motifs qu'une anomalie sans raison et un grand danger.

Devant les juridictions sédentaires, composées d'hommes, dont les occupations journalières tiennent continuellement la pensée en éveil, moins exposés que tous autres à prendre pour des raisons ces vagues intuitions, ces aperçus d'à-peu-près, sources de tant d'erreurs, on exige que les juges motivent leur décision ; on ne les contraint pas seulement à éclairer leur conscience, mais à discerner assez ce qui décide leur jugement pour pouvoir le formuler en termes explicites, destinés à subir la critique des justiciables. Aux assises, on confie les plus grands intérêts de la société à des hommes que le hasard amène passagèrement à l'honneur de rendre la justice ; on ne leur demande aucune indication des éléments de leur conviction ; et l'on décore du nom de verdict la formule laconique par laquelle ils rendent leurs oracles : *si pro ratione voluntas!* Nous admettons volontiers que la plupart des jurés soient intelligents et éclairés ; et nous ne voyons qu'une spirituelle raillerie dans cette chronique qui rapporte qu'un juré condamna un individu, accusé de vol domestique, parce

(1) *Traité de l'inst. crim.*, t. V, p. 420.

qu'il avait avoué et reconnu qu'en quittant son maître, il avait du foin dans ses bottes; d'où le juré avait conclu qu'il avait volé du foin ! Mais comment veut-on que des hommes, non habitués aux affaires, soient en mesure, si on ne les y oblige pas d'une manière positive, en exigeant qu'ils déduisent leur décision, de fixer dans leur esprit ce qu'ils entendent, d'épier les mouvements de l'accusé et des témoins, de combiner les faits et les assertions contraires, de se former ensuite une opinion, sans autre secours que quelques notes et leur mémoire ? Saisir la vérité avec tact, en présence de témoins nombreux, de défenses habiles, de suggestions et de sollicitations de tout genre, est une opération difficile, qui exige des qualités nombreuses et bien rarement réunies, quoique la Constituante ait admis, sur l'affirmation de Duport, que « tout homme est bon pour éclaircir un fait (1). » En présence des difficultés d'un tel travail, la paresse inhérente à la nature humaine conseillera toujours de ne pas faire plus que la loi ne demande : le juré ne raisonnera pas ses impressions, en supposant qu'il en soit capable, puisqu'on ne lui demande pas de les formuler ; il se décidera vite, parce que c'est le propre de l'inexpérience et que la mission qu'il remplit l'inquiète jusqu'à ce qu'il ait fixé son jugement ; il s'attachera à la première idée qui le frappera, parce que l'intuition naturelle est autrement tenace qu'une opinion réfléchie ; en un mot, quelque attention qu'il ait apportée aux débats, rarement il se décidera autrement que par une sorte d'instinct. De quelque nom que l'on

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 98.

appelle l'opération intellectuelle que lui dicte sa conviction, ce n'est, en réalité, qu'une perception non raisonnée qui le dirige; ce n'est que l'impression, cette force qui saisit l'esprit comme le frisson saisit le corps, sans que l'on sache, le plus souvent, qui le produit.

Et alors quelles divergences de résultat un pareil état de choses ne va-t-il pas amener dans des causes identiques et dans le sort des accusés, ici condamnés, là acquittés, là punis différemment, selon la fermeté ou la faiblesse, la sensibilité ou l'indifférence, en un mot, le caractère et les vues de douze jurés désignés par le sort? Ce n'est plus la loi qui domine, c'est le chaos des idées personnelles. Ici les séductions du langage sauront entraîner la commiseration, parfois même, et cela s'est vu, changer en pitié pour le coupable l'intérêt que méritent les victimes; là une parole inhabile ou impuissante trouvera inflexible la sévérité de la justice, ou laissera le sentiment des appréhensions personnelles l'emporter sur les considérations d'intérêt social. Combien variables ne seront pas les impressions, et, puisque les impressions sont la seule chose que l'on consulte chez le juré, combien mobile et incertaine ne sera pas la répression?

45 — Dans de telles conditions, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour que la justice populaire cessât totalement d'être légale, et aboutît à l'arbitraire absolu; ce pas fut franchi, dans un cas particulier, par la loi du 12 ventôse an VIII, et d'une manière générale, par le Code de 1808. Jusqu'ici l'état de choses défectueux, dont nous avons déduit et analysé les causes latentes, ne s'expliquait que par une déviation des vues du législateur, et, à ce point

de vue, il était déjà inévitable ; désormais il devient la conséquence naturelle du fonctionnement régulier et normal de l'institution.

46) — D'après la loi du 16-29 septembre 1791 (tit. 27, art. 20 et 21), les questions étaient posées au jury de manière à ce que chaque réponse n'impliquât qu'une appréciation unique, et que la déclaration fût circonstanciée ; la Constituante, pour employer les expressions consacrées, admit le système des questions simples. La constatation de l'élément matériel faisait l'objet de la question principale ; celle de l'élément moral faisait l'objet des questions intentionnelles. Le Code de brumaire, lié à cet égard par l'art. 250 de la constitution de l'an III, adopta le même système et ne put qu'en préciser les règles (art. 374 à 380). Des considérations majeures ne tardèrent pas cependant à faire prévaloir le système des questions complexes. L'abus que les jurés faisaient des questions intentionnelles pour écarter, en vue de la pénalité, des poursuites parfaitement établies, était devenu notoire ; et l'opinion publique avait plus d'une fois hautement protesté contre ces déclarations, niant l'existence de faits attestés par une notoriété irrécusable. De plus, l'expérience avait démontré que le nombre, souvent considérable, des questions, jetait la confusion dans l'esprit des jurés ; que les rapports qui en dominaient la série et l'ordre étaient pour eux des causes continuelles de perplexité et d'embarras : de là, des déclarations incohérentes ou contradictoires. On citait, par exemple, des accusations pour fabrication de fausses monnaies, ou pour faux témoignage, écartées comme n'établissant pas, quoique admises

en fait, l'intention criminelle. On rapportait l'histoire de deux jurys qui, appelés, à six mois d'intervalle, pour donner leur déclaration sur le même fait, décidèrent, l'un, que le fait était constant, ce qui envoya les accusés à l'échafaud, l'autre, qu'il ne l'était pas, ce qui les fit acquitter (1). On crut éviter ces scandales judiciaires en réunissant, dans une question unique et générale, le fait matériel et la culpabilité de l'agent, la condamnation ne résultant que de l'affirmative sur les deux points réunis. C'est le système des questions complexes, mode de procéder qui, admis d'abord exceptionnellement par la loi du 12 ventôse an VIII, relative aux émigrés, fut rendu commun à tous les procès criminels par le Code de 1808 (art. 337 et s.).

Fit-on autre chose que sauver les apparences, c'est ce dont il est permis de douter. Toujours est-il, qu'à un autre point de vue, l'usage des questions complexes détruisit l'harmonie du système de la Constituante, et aboutit directement à la reconnaissance légale de l'omnipotence des jurés. En effet, depuis 1808, la question se pose en ces termes : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel crime avec les circonstances prévues par l'acte d'accusation ? » Or, que doit considérer le juré pour se fixer sur la réponse à faire ? Aux yeux de qui la culpabilité doit-elle exister pour que la réponse soit affirmative ? Juger, en général, c'est comparer un fait à un précepte quelconque. Le juge ordinaire compare le fait à la loi ; mais le juré, à

(1) Loaré, t. XXV, p. 32, 56, 496.

quoi le comparera-t-il ? Ce ne peut être à la loi, puisqu'on lui en interdit la connaissance, soit qu'il veuille y chercher les éléments constitutifs de l'infraction, soit qu'il veuille y chercher la pénalité qui attend l'accusé. Ce ne sera donc qu'à l'opinion interne et toute individuelle qu'il s'est faite sur le caractère de l'action imputée à l'accusé. Dès lors, c'est l'homme qui prononce, ce n'est plus la loi ; or, l'omnipotence n'a pas d'autre prétention. De deux choses l'une : ou le juré doit subordonner son propre sentiment à la loi, et alors à la question complexe il est dans l'impossibilité de répondre, tant qu'on lui cachera les dispositions légales, car, en dehors de la prévision de la loi, il n'y a pas de culpabilité ; ou le juré n'a à consulter que son propre sentiment, mais alors il est placé au-dessus de la loi. Quand on lui demandait successivement : tel fait est-il constant ?..., l'accusé a-t-il agi avec intention ?..., le jury pouvait, à la rigueur, se renfermer strictement dans l'appréciation du fait. Mais, dès qu'on lui pose la question générale de culpabilité, il juge ; et si on lui interdit le mode ordinaire de jugement légal, il ne lui reste que le mode de jugement arbitraire. Pourra-t-il donc déclarer coupable celui que la loi déclare innocent, innocent celui que la loi déclare coupable ? Sans doute, si tel est son sentiment personnel, puisqu'il doit ignorer ce que décide la loi, et, en tout cas, ne pas s'en préoccuper. La première de ces deux hypothèses est prévue par l'article 364 du Code de 1808, remède bizarre à un système faux, qui déclare qu'alors la cour doit rendre un arrêt d'absolution ; comme s'il pouvait être question

d'absoudre celui qui n'a enfreint aucune disposition de la loi (1). Quant à la seconde, si aucun texte spécial ne la prévoit, c'est par la raison fort simple qu'elle l'est d'une manière implicite par l'art. 358, qui fixe l'effet général de tout verdict négatif.

47 — Est-ce là cette justice impersonnelle qui devait, disait-on, « soustraire le juge à l'empire de sa propre volonté? » Ce n'est pas impunément que l'on modifie une disposition isolée d'une loi générale, sans avoir combiné l'innovation avec chaque détail du plan primitif. L'organisation criminelle des lois révolutionnaires, par le caractère des juges qu'elle choisissait, par le mode qu'elle apposait à leur coopération, laissait déjà par elle-même prévoir des abus presque inévitables; le Code de 1808 vint les rendre légaux et forcés. Le système des questions complexes ne peut offrir l'apparence d'une justice légale, à défaut de la réalité, que si l'on initie les jurés à la connaissance complète de la loi, que si on les admet à juger, dans toute l'acceptation du mot; jusque-là, il consacrerait l'arbitraire le plus absolu puisqu'il est aux mains d'un pouvoir irresponsable, le plus capricieux puisqu'il émane de juges passagers, le plus dangereux puisqu'il est

(1) La distinction entre l'absolution et l'acquiescement n'a été tracée que par le Code de 1808; le Code des délits et des peines employait encore l'expression d'acquiescement (art. 432) pour désigner ce que l'article 364 du Code de 1808 nomme absolution. Totalement inconnue dans notre ancien Droit, inusitée de nos jours encore devant les juridictions d'instruction comme devant les tribunaux correctionnels ou de simple police, cette distinction est la conséquence de l'admission des questions complexes. On ne peut pas acquiescer un accusé déclaré coupable, on ne peut cependant pas frapper pour un fait non défendu par la loi : alors on absout !

revêtu des formes légales : en un mot , il consacre l'omnipotence.

Ces résultats n'étaient certes pas dans la prévision du législateur. La théorie a pu même, pendant longtemps, n'en pas formuler les causes presque fatales ; mais la logique des faits ne pouvait manquer de développer les germes déposés dans la loi. On sait, les circonstances politiques aidant, jusqu'où alla cette désastreuse doctrine de l'omnipotence ! Sa légalité ne la sauva pas du discrédit et de la réprobation, car elle était la négation des principes les plus essentiels de la vie sociale. Les lois, en effet , et surtout les lois pénales, sont faites, avant tout, pour soustraire les intérêts humains à l'inconstant jugement des vues individuelles ; et si toutes les individualités ne disparaissent pas devant ce type commun et immuable pour s'y absorber, en ce qui concerne les rapports sociaux, il ne saurait y avoir ni liberté, ni sécurité. Mais, condamnée comme théorie, la doctrine n'en subsiste pas moins comme fait, puisqu'elle est inhérente à un mécanisme qu'on n'a pas changé. Le mot a été écarté, la chose reste ; et de là ces verdicts qui frappent d'étonnement et de stupeur ; de là ces plaintes que ramène périodiquement la pratique de la procédure par jurés.

Or, qu'on ne s'y trompe pas, l'opinion publique ne discerne pas toujours les causes qui la guident, mais, d'instinct, elle flétrit ce qui n'est pas juste ; et à la vue de sentences diverses, motivées par l'application de théories vicieuses, elle en vient à douter de la justice. Les hommes éclairés, sachant à quoi il faut attribuer ces fluctuations, pourront en gémir ; mais ne s'en étonneront pas. La masse

n'est pas savante ; elle voit des faits identiques, des peines différentes : elle s'émeut, interroge sa conscience pour y trouver la raison de ces différences, et, ne les trouvant pas, s'indigne et accuse la justice de partialité. Ainsi se pervertit le sentiment de la justice distributive ! L'homme pervers compte sur les hasards de cette justice versatile ; et la publicité de la justice criminelle, loin d'exercer une action préventive salutaire, devient ainsi une cause d'incitation au crime et de discrédit pour la loi. Et l'effet inévitable de cet état de choses est de déverser la déconsidération sur la magistrature permanente ; car, quelque peu fondés que soient de tels jugements, c'est elle, et non le jury, qui assume la responsabilité des décisions judiciaires.

48 — En définitive, tout concourt à jeter le jury hors de la voie qu'on avait espéré lui voir suivre : le caractère des fonctions qu'on lui confie, comme les règles destinées à maintenir la limite artificielle apposée à ses attributions. La loi manque son but par l'énergie même qu'elle met à l'atteindre ; et pour avoir voulu, jalouse de conserver une autorité trop exclusive, réduire la mission du juge à une intervention passive et purement matérielle, elle n'ouvre que plus large la voie dangereuse de la justice personnelle.

Tant il est vrai qu'un faux point de départ dérouté toute prévoyance ! A ceux que la pratique seule préoccupe, ces conséquences pouvaient ne pas paraître nécessaires ; elles ne pouvaient échapper à ceux qui, ayant à cœur les intérêts de l'humanité, suivent de haut la marche des institutions. Aussi ont-elles frappé M. Mignet, qui signale leur probabilité comme une des imperfections de ce chef-d'œuvre improvisé, du code de brumaire an IV,

imperfection qu'il faut au surplus moins attribuer à Merlin qu'aux théories dominantes de l'époque. On sait la merveilleuse diversité de talent qui permet à M. Mignet de parler en maître de celle des connaissances humaines à laquelle se rattachent les études de l'homme dont il écrit la vie; jurisconsulte, dans la biographie de l'auteur du code des délits et des peines, voici le jugement qu'il porte sur cette œuvre : « Toutefois, dans ce système, le mécanisme des pouvoirs qui concouraient aux actes variés de la justice criminelle, était peut-être trop compliqué. Ce défaut remontait à la division des pouvoirs publics, telle que l'avait conçue l'Assemblée constituante avec une trop jalouse sollicitude.....Ainsi....., il était à craindre que le jugement de l'intention, séparé du jugement du fait, ne conduisît souvent à l'acquiescement des coupables; que le désir de déterminer toutes les circonstances des délits, et de soumettre les délits du même ordre à des châtimens invariables, sans établir dans les peines un maximum et un minimum qui permissent au juge de mesurer l'étendue de la condamnation au degré de la perversité, n'aboutît à trop de rigueur ou à trop d'indulgence (1). »

IV.

49 — On a cependant essayé, à l'aide d'un singulier détour, de contester l'exactitude et le fondement de ces déductions. Ils ne sont pas rares les hommes, même parmi

(1) *Revue de Législation*, t. XIII, p. 467.

les plus sensés, qui, transformant, sans s'en rendre compte, leurs sentiments en jugement, acceptent comme vrai, sans critique, tout ce qui flatte leur manière de voir, et récusent tout ce qui lui est défavorable. Le jury a trouvé de tels défenseurs, qui ont nié jusqu'à la possibilité des résultats fâcheux que d'autres lui imputent.

50 — La critique, ont-ils dit, n'exagère-t-elle pas ses droits en accusant la procédure par jurés d'avoir amené l'impunité et l'inégalité de répression, et surtout en attribuant ce résultat à l'influence illicite qu'exercerait sur l'esprit des jurés la préoccupation de la peine ? Est-elle bien sûre, en tout ceci, de ne pas se livrer à des suppositions hasardées, pour s'en prévaloir comme si elles étaient autant de certitudes ?

L'impunité !... Mais l'impunité suppose que l'accusation est fondée, et qui autorise à l'affirmer quand le jury a déclaré le contraire ? L'inégalité de répression !... Mais pour que l'application de peines différentes méritât ce reproche, il faudrait que les accusations comparées eussent présenté des éléments identiques, que nulle nuance ne les eût séparées ; et si l'autorité judiciaire a reconnu le contraire, sur quel fondement, pour blâmer la décision qu'elle a rendue, hasarder une supposition qu'il serait impossible d'établir, et dont la loi au surplus défend de faire la preuve ? Dans un cas comme dans l'autre, dire que le verdict a écarté l'application de la peine méritée, c'est alléguer gratuitement le contraire de ce qui a été jugé, c'est arbitrairement taxer de fausseté ce que la loi déclare être la vérité (verdict, *veredictum*) ; quel crédit peut mériter cette allégation individuelle, aussi inconsidérée que tran-

chante, auprès de la vérité socialement constatée par l'autorité constituée ! Le Jury est-il donc dans la nécessité de juger comme quiconque s'ingère de le surveiller et de contrôler ses décisions ? D'ailleurs sur quel fondement se base cette illégale appréciation ? Est-ce que l'issue d'une instance criminelle ne dépend pas de circonstances que ne peuvent ni apprécier ni même connaître ceux qui n'ont sous les yeux qu'un compte-rendu des débats ? La tenue et la voix de l'accusé et des témoins, leur indécision comme une assurance trop grande, mille incidents, que serait impuissant à relater le procès-verbal le plus scrupuleux, donnent à l'interrogatoire et aux dépositions une portée que peuvent seules apprécier les personnes présentes à l'audience. « Blâmer la décision d'un jury, dit un honorable conseiller à la Cour de Nancy, M. Masson, qui s'est fait l'ingénieux organe de la doctrine dont nous parlons, c'est exprimer une opinion qui n'a pas de base, ou qui n'est fondée que sur des conjectures incertaines et hasardées, c'est vouloir juger ce qu'on ne connaît pas, ce qu'on ne peut connaître ; en un mot, c'est tout à la fois un acte d'aveuglement et de témérité (1). »

Quant à l'explication que l'on prétend donner à ces résultats gratuitement supposés, elle n'est pas seulement légalement inadmissible, elle est un fait impossible et divinatoire. Vous attribuez ces résultats hypothétiques à l'influence de la préoccupation de la peine : qui vous y autorise ? C'est se créer un fantôme, afin d'avoir lieu de

(1) *Considérations sur le respect légal dû aux déclarations du jury*, p. 27.

le combattre ! « Comment démontrer, demande M. Masson, que dans un procès criminel quelconque, la déclaration des jurés a été déterminée par telle considération plutôt que par telle autre ? Leur délibération n'étant pas publique, nul ne possède les moyens d'en pénétrer le mystère ; et si, entre eux, le vote n'est devenu secret que depuis la loi du 9 septembre 1835, les motifs de ce vote n'ont jamais cessé de l'être, du moins facultativement (1). » Dès lors, si les jurés eux-mêmes ne connaissent pas les motifs qui guident la pensée de leurs collègues, comment des tiers prétendraient-ils les connaître, et surtout les juger ? D'ailleurs, vrai ou faux, le fait, dont la critique s'autorise, échappe à ses investigations ; car, pour en obtenir connaissance, il lui faudrait enfreindre les dispositions les plus positives de la loi. La loi, en effet, n'a donné à personne le droit de scruter la pensée des jurés ; elle-même se met à l'écart quand ils délibèrent, et prend soin de leur dire solennellement qu'elle ne leur demande pas compte des éléments de leur conviction. S'octroyer dès lors un droit de contrôle, c'est violer le double secret dont le législateur a entouré la délibération générale et le vote particulier de chaque juré. Singulière tactique ! Non content d'affirmer, sans droit ni raison, que le verdict est défectueux, on place en regard le texte de l'article 342 du Code d'instruction criminelle qui défend aux jurés de se préoccuper des dispositions pénales ; et imputant ce que l'on n'approuve pas dans la décision à une prétendue violation de la loi, on en infère contre les jurés l'accusation

(1) *Op. cit.*, p. 40.

d'usurpation de pouvoir ! « Mais, continue M. Masson, qui donc a révélé ce prétendu rapport ? Par qui cette violation supposée a-t-elle été préalablement constatée et déclarée ? Où a-t-on puisé la preuve que c'est la considération de la peine, plutôt que tout autre motif, qui a été la cause déterminante... du verdict?..... Et si ce ne sont que de simples conjectures, comment concevoir que sur une base aussi suspecte et aussi fragile, on n'ait pas craint d'asseoir une accusation aussi grave, et dont les conséquences seraient si étendues et si dangereuses (1). »

51 — Assertions hypothétiques, suppositions hasardées, et dès lors conclusions sans valeurs : voilà donc à quoi se résument toutes ces allégations défavorables au jury. Dès le principe, il eût été possible de prévoir qu'il devait en être ainsi, continuent les partisans de la doctrine que nous analysons, car, pour tous ceux qui savent déchirer les voiles que l'on tente d'interposer entre eux et la vérité, aucun doute ne saurait exister sur l'efficacité complète et certaine de la procédure par jurés. « Comment comprendre, en effet, qu'une nation soit assez mal organisée, ou frappée d'un aveuglement assez profond, pour que ses citoyens, une fois en possession d'une garantie aussi précieuse, prennent à tâche de la détruire par l'abus qu'ils en feraient à leur propre détriment ? Comment supposer, sans calomnier la nature humaine et la civilisation tout à la fois, que des hommes, attachés, par tous les liens de la famille et de la sociabilité, au maintien des principes qui peuvent seuls assurer leur bien-être dans l'une ou

(1) *Op. cit.*, p. 38.

l'autre de ces conditions, puissent consentir à ce que ces principes soient impunément violés (1) ? »

Toute allégation défavorable au jury, toute critique des résultats de sa pratique, ne peut être qu'un acte d'opposition systématique et de malveillance calculée, ou bien de légèreté et de présomption ; dans tous les cas, un acte dangereux au premier chef. « Si un soupçon, continue M. Masson, peut aujourd'hui vous donner le droit de dire que tel verdict est rendu en infraction à l'article 342 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire qu'il a été influencé par la considération de la peine, demain vous pourrez, en vertu du même droit, lui imputer aussi d'acquiescer par ineptie, par légèreté, par corruption, ou par tout autre motif plus ou moins immoral ou criminel (2). » Or, dans cette voie, du jour où les verdicts pourront être discutés et révisés, où l'on pourra rechercher les motifs qui les auront dictés, c'en est fait du jury, qui aura perdu sa prérogative la plus essentielle, l'indépendance ; c'en est fait de l'autorité de la chose jugée, qui ne sera plus qu'un mot.

Et l'honorable magistrat, à la doctrine duquel nous avons essayé de laisser toute sa force, semble même penser que de telles prétentions pourraient bien motiver l'application de l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, qui punit d'une amende de 50 à 3,000 fr., et d'un emprisonnement de dix jours à un an, l'outrage fait publiquement,

(2) *Op. cit.*, p. 82.

(1) *Op. cit.*, p. 38

d'une manière quelconque, à un juré, à raison de ses fonctions (1).

52 — Cette doctrine n'est pas nouvelle. Elle a fait grand bruit, il y a une trentaine d'années, à propos d'un procès politique qui a pris place depuis parmi les fastes les plus célèbres de notre histoire nationale. A la même époque, à la suite d'une lettre fort vive du baron Locré (2), elle donna lieu, dans la presse périodique, à une polémique acerbe et passionnée. Enfin, elle s'est produite avec éclat devant les chambres législatives, lors de la discussion de la loi de disjonction des accusés civils et militaires (3).

Faut-il voir en elle autre chose qu'un spécieux paradoxe ? Au fond, ne serait-elle pas une physionomie nouvelle donnée à l'idée vaincue de l'omnipotence, à l'usage de ceux qu'eût effrayés la nudité non voilée du système primitif ? Écartons les souplesses du langage et les précautions oratoires ; quel est le dernier mot de cette doctrine ? M. Masson est trop convaincu pour se contenter de formules lénitives, et ne pas accepter toutes les conséquences de son principe ; il va nous le dire lui-même. Quand le jury a prononcé, tout est fini sur l'accusation comme sur la défense ; « le silence devient pour tous une obligation (4). » Ce qui a été proclamé n'est pas seulement une vérité légale, c'est une vérité absolue ; et il n'appartient à personne de contester la valeur intrinsèque

(1) *Op. cit.*, p. 44.

(2) *Journal des Débats* du 30 janvier 1837.

(3) *Moniteur* des 25 février, 1^{er} à 8 mars 1837.

(4) *Op. cit.*, p. 190.

de la décision, de livrer à la discussion les erreurs ou les inconvénients que l'on croit y avoir aperçus, de la désapprouver, en un mot. « Le jury n'est justiciable ni de la loi, ni de l'opinion... , et cette règle s'applique à l'éloge comme au blâme, aux discussions extrajudiciaires comme aux discussions du palais, aux organes libres de l'opinion publique comme aux organes officiels de l'administration de la justice (1). »

53 — Qui donc a concédé au jury cette prérogative de l'infailibilité ? Passe encore qu'un pouvoir ne laisse pas discuter son principe ; mais qu'il réclame la même immunité pour ses actes, voilà qui, au moins timoré, ne peut manquer de paraître exorbitant et d'inspirer des craintes sérieuses. L'esprit de l'homme est sujet à bien des faiblesses ; il faudrait avoir dans la nature humaine une confiance singulièrement imprévoyante pour que la perspective des dangers auxquels pourrait exposer le bien public une institution qui s'annoncerait avec de telles prétentions, ne la fit pas proscrire par cela seul, quelque avantage éventuel qu'elle promit. Ceux qui veulent investir le jury d'un privilège aussi compromettant, sont-ils bien sûrs de ne pas jouer le rôle de l'imprudent ami de la fable ?

Heureusement pour l'avenir de l'institution, elle ne réclame rien de semblable. Les embarras et les contradictions auxquels cette doctrine expose ses propres partisans, suffiraient pour nous autoriser dès maintenant à le penser ; pas un d'eux peut-être qui n'ait, à un moment donné,

(1) *Op. cit.*, p. 76.

jugé et blâmé quelque décision du jury, soit pour en induire la nécessité d'une réforme, soit, plus librement encore, pour ne pas encourir la solidarité qu'impose l'approbation du silence à quiconque peut protester. La *Gazette des Tribunaux*, qui, après quelques indécisions (1), avait fini par professer sans réserve les mêmes doctrines que M. Masson (2), nous offrirait, au besoin, bien des exemples de semblables alternatives. On peut voir, sans s'éloigner beaucoup de 1837, avec quelle verve de conviction et quelle hauteur de vues, ce journal s'élève, dans ses numéros des 20, 23 et 24 avril 1838, contre la faiblesse dont les jurés font preuve dans leurs verdicts ; avec quelle inquiète sollicitude il parle, dans son numéro du 30 août 1840, à propos d'un verdict des assises de la Nièvre, de déclarations « qui tendent à dépraver tout sens moral et font naître les plus douloureuses réflexions.....; du sentiment de consternation et de stupeur qu'elles répandent ! »

54 — Nous ne citons nullement ces jugements divers pour les imputer à contradiction ; nous n'y voyons que la consécration d'un phénomène intellectuel bien connu : le démenti qu'inflige la pensée spontanée à toute théorie artificielle dès qu'a cessé d'agir la préoccupation du moment. M. Masson lui-même, que le but spécial de son travail aurait cependant dû mettre en garde, n'a pu se soustraire à cette inflexible loi de la logique ; malgré lui, et en dépit de la thèse qu'il soutient, il juge et contrôle

(1) Numéro du 17 décembre 1836.

(2) Numéro du 22 janvier 1837.

les verdicts que le développement de sa doctrine le conduit à citer (1). Il va même bien plus loin ; car, venant à parler des nombreuses conditions d'aptitude que devraient toujours réunir les jurés : énergie, désintéressement, soumission absolue à la loi, il ajoute : « Si un peuple s'oubliait au point de ne plus comprendre et pratiquer cette subordination des velléités particulières aux lois d'un ordre supérieur, pour un tel peuple le temps du jury serait passé ; et au lieu de s'obstiner à lui en conserver la possession à l'aide de vains palliatifs et à grand renfort d'expédients transitoires, il serait plus rationnel de faire résolument subir à la Constitution du pays une mutilation rendue indispensable par la triste décadence qu'elle n'aurait pas su empêcher (2). »

Ou nous nous abusons singulièrement, ou ceci est la négation des principes exposés. Le jury, avouent nos contradicteurs, par suite des faiblesses de ceux dont il exige le concours, peut ne pas répondre en fait aux promesses de la spéculation, et ne plus convenir à une époque donnée de la vie d'un peuple. Mais qui donc pourra constater les symptômes d'une telle situation, si le jury n'est justiciable ni de la loi ni de l'opinion ? Et à quoi les reconnaîtra-t-on s'il est interdit d'examiner l'usage que les jurés font de leurs pouvoirs et, par là même, d'apprécier séparément les verdicts qu'ils rendent ? L'opportunité d'une réforme n'est pas une affaire d'intuition. Les institutions sociales ne se jugent qu'à leur résultat de chaque jour, car l'expé-

(1) *Op. cit.*, p. 120 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 85.

rience ne conclut que du particulier au général; et dès l'instant qu'on admet la possibilité d'une réforme ou d'une abrogation éventuelle, il faut bien laisser aux inconvénients et aux abus une voie pour se manifester. De deux choses l'une : ou le jury est infallible, et alors il ne faut pas prévoir qu'il puisse ne pas suffire à la manifestation de la vérité; ou il ne l'est pas, et alors il faut bien, sous peine de retirer d'une main ce que l'on concède de l'autre, qu'il soit permis d'apprécier son influence sur l'administration de la justice, de juger ses décisions, ou de montrer qu'en les rendant il se laisse dominer par des considérations que la loi ou la morale lui interdisent.

55 — C'est qu'en effet la doctrine contraire repose sur une confusion évidente, occasionnée par l'insuffisance de notre langue judiciaire, et mise imprudemment au service d'une idée préconçue.

Autre chose est le juré, c'est-à-dire le particulier que la loi appelle accidentellement à l'honneur de parler en son nom; autre chose le jury, que l'on entende par là l'institution même ou le personnel collectif, l'élément populaire indéfini, qui concourt à l'administration de la justice criminelle. Pris individuellement, en tant que personnes composant le jury, les jurés sont irresponsables dans toute l'acceptation du mot. Vis-à-vis d'eux, la loi n'a d'autres garanties que la voix de leur conscience, la sainteté du serment, leur amour pour le bien public; elle n'admet ni prise à partie possible, comme à l'égard des juges sédentaires, ni blâme, soit officiel, soit privé. Toute investigation qui scruterait leur pensée, pour la jeter à la barre de l'opinion, serait sacrilège. Pour des juges

passagers, cette immunité est essentielle : elle est la condition de leur indépendance, la garantie de leur quiétude morale comme de leur sécurité sociale (1). D'ailleurs elle est presque inhérente au rôle assigné aux jurés. Ils sont irresponsables vis-à-vis de leurs concitoyens, parce que la loi n'interroge en eux que la conscience ; or, la conscience est un agent qui n'admet pas d'autre censeur que lui-même, et dont les appréciations se déroberont à toute investigation. Ils le sont vis-à-vis d'eux-mêmes, parce que, la loi n'interrogeant que le sens intime, leur décision n'est pas un fait de science et d'argumentation, mais un fait de conviction et d'impression ; et que le juré a rempli son devoir à tous égards dès qu'il a loyalement écouté cette voix intime. Aussi Philipps a-t-il pleinement raison quand il dit : « Si on reproche aux jurés que leur verdict n'est pas convenable, ils doivent répondre qu'il est inconvenant et inconstitutionnel de le leur dire (2) ; » et nous approuvons pleinement la véhémence protestation

(1) La pratique anglaise est loin cependant d'avoir toujours reconnu cette immunité, et même de la reconnaître aujourd'hui. L'usage de condamner les jurés à l'amende et même à l'emprisonnement, sans autre raison que le blâme infligé par le juge à leur manière de voir, s'était, dans un temps, tellement généralisé, qu'il fallut un acte du Parlement pour le déclarer illégal (Philipps, *op. cit.*, p. 430). — On sait quelle célébrité ces actes de violence ont faite à l'intraitable lord Keeling. En dehors même de tout arbitraire, la procédure d'attaint, avec ses peines terribles, restait toujours possible (*id.*, p. 425). L'acte du 22 juin 1825 l'a, il est vrai, abolie, mais en la remplaçant par la poursuite générale par voie d'accusation ou d'indictement (*id.*, p. 339) ; et, malgré la rareté actuelle de telles poursuites, le principe de leur possibilité, quoique blâmé par quelques publicistes, est légalement incontestable.

(2) *Op. cit.*, p. 413.

qu'adresse M. Masson, dans la brochure précitée, à un magistrat du ministère public qui, parlant directement aux jurés, avait cru pouvoir leur reprocher d'avoir failli à leur devoir.

Mais une fois le verdict rendu et les jurés rentrés, sans recherche possible, dans la foule de leurs concitoyens, le jury subsiste, qui assume, comme être collectif et indéfini, la responsabilité de ce qu'ont fait ceux qui l'ont accidentellement composé. Les hommes appelés à remplir une mission peuvent être individuellement irresponsables, l'institution qui appelle leur coopération ne l'est jamais ; ses formes organiques et ses attributions, même son existence, à un moment donné, sont l'œuvre des circonstances, et soumises dès lors à la loi du progrès, c'est-à-dire du changement. C'est ainsi que, à deux reprises au moins depuis le décret du 30 avril 1790, la question du maintien du jury a été sérieusement agitée par l'autorité législative ; et que, tout récemment (1), le ministre de la justice demandait aux procureurs-généraux leur avis sur le projet de classer parmi les délits les faits actuellement punis de la réclusion ou de la dégradation civique comme peine principale. La loi du 25 mars 1822 ne s'y est pas méprise ; et quand, dans son article 6, elle établit une sanction au respect de l'irresponsabilité, elle parle uniquement de l'outrage fait publiquement « à un juré. » Quant au jury, jamais aucune disposition législative n'a défendu de lui demander compte des écarts dont il pourrait être la cause et l'occasion. Vainement on allèguerait que, en fin de compte,

(1) Circulaire du 4 septembre 1855. Gillet, n° 3608.

blâmer le jury c'est blâmer ses membres : d'une part, la composition du jury dans chaque affaire n'est pas officiellement connue ; et, le fût-elle, le blâme n'atteindrait individuellement aucun de ceux qui le composent, car ils n'ont qu'une existence collective qui cesse avec le verdict. C'est l'institution que l'on juge dans leurs actes ; c'est la nation, le pays légal, comme l'on disait à une certaine époque, auquel on demande compte de l'usage qu'il fait de ses droits, pour savoir s'il faut changer leur mode d'exercice, ou même en retirer la concession.

56 — Quant au verdict, son caractère et son autorité ne sont pas moins précis. Au point de vue social, il constitue la vérité. Sauf quelques exceptions, il a de prime abord et d'une manière absolue l'autorité de chose jugée ; et, à ce titre, il a droit au respect que commande toute décision définitive de l'autorité judiciaire. Dès lors, il n'est susceptible d'aucun contrôle officiel, sous quelque forme qu'il s'annonce, révision, remontrance ou censure ; et nous ne pouvons qu'applaudir à la protestation de M. Masson contre la prétention élevée par un magistrat du parquet de pouvoir reprocher aux jurés d'avoir écarté des accusations fondées, selon lui, d'une manière péremptoire (1). La

(1) A cet égard encore, la loi française s'est gravement écartée des habitudes anglaises. Indépendamment de l'annulation qu'entraîne la procédure d'attaint, le verdict peut en tout cas, et sans autre raison que le blâme dont il est l'objet, être écarté par la cour du banc de la reine et regardé comme non venu (Philipps, *op. cit.*, p. 429). La pratique a même fini par découvrir que cette manière de procéder est favorable au jury, et un sentiment de tendresse pour lui a été allégué comme une raison suffisante pour écarter un grand nombre de déclarations et autoriser un nouveau procès. Cet usage, dit-on, vaut mieux en effet que de laisser planer sur

loi elle-même doit s'incliner devant lui; et si l'histoire a enregistré un cas d'oubli de ce principe, le sénatus-consulte du 28 août 1813 qui, sur un ordre venu du quartier-général de Dresde, déchira un verdict du jury d'Anvers, elle a dit aussi les préoccupations politiques qui dictèrent cet acte, et les récriminations dont il devint la cause ou au moins l'occasion. On sait que ce sénatus-consulte fut, quelques mois plus tard, le 3 avril 1814, rangé, par le Sénat lui-même, au nombre des motifs de déchéance allégués contre l'Empereur Napoléon I^{er} (1).

Mais là s'arrêtent les prérogatives du verdict, qui tombe, à tous autres égards, dans le domaine de la discussion et de la critique, aux mêmes conditions qu'un acte quelconque des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Nul pouvoir qui ne soit aujourd'hui, au moins quant à ses actes, justiciable de l'opinion; les partisans les plus susceptibles du principe d'autorité le reconnaissent. Pour qu'une situation spéciale, aussi exorbitante du droit commun, existât au profit du jury, il faudrait des raisons d'un ordre supérieur que rien ne révèle, ou une disposition formelle que l'on n'allègue pas. Le verdict est souverain au même titre qu'un arrêt de cour d'appel, quand les voies de recours, fort restreintes, il est vrai, sont épuisées

les jurés la menace de la prise à partie (Tempier, *Etude sur le jury*, p. 37.) Enfin, en dehors de tout cela, la partie lésée peut faire appel, et quoique absous et acquitté envers son accusateur, l'accusé n'est pas libéré de l'accusation: il garde ses liens jusqu'à l'expiration du délai d'appel. (Voir sur ces points Blackstone, l. 3, ch. 24 et 25.)

(1) Sirey, t. 14, 2-65. — Une ordonnance royale du 4 juillet 1814 annula le décret du 28 août, et rendit à l'arrêt de la cour d'assises son plein et entier effet. (Sirey, Col. nouv. t. IV, 2-396.)

ou devenues impossibles; et, légalement, il constitue la vérité. Mais, il est l'œuvre d'une institution humaine, et, comme tel, j'ai droit de l'apprécier. Dès lors si je crois reconnaître, dans la décision qu'il contient, l'influence de considérations irréfléchies ou coupables; si, en le rapprochant de ceux qui l'ont précédé ou suivi, pour les examiner dans leur ensemble, je crois découvrir une direction fâcheuse imprimée à la justice criminelle; si, surtout, je crois que la faute en soit moins aux hommes qui la pratiquent qu'à l'institution même et à son mécanisme : comment, moyennant soumission préalable, me serait-il interdit d'unir ma voix aux échos dont se forme l'opinion et qui, recueillis par le législateur, deviennent la cause et le mobile de son intervention ? Vainement on alléguera que c'est prétendre juger ce que l'on ne connaît ni ne peut connaître, que les verdicts n'étant pas motivés, nul ne peut prétendre savoir quelles déductions ont fondé la conviction des jurés; la critique est par là rendue difficile, mais elle n'est pas désarmée. Sans doute, c'est d'une grande présomption que prétendre réviser un verdict sur la seule connaissance que l'on a d'une affaire par les résumés des journaux, et tout homme de sens doit apporter, en cette matière, réserve et discrétion. Mais pourquoi Dieu aurait-il donné à l'homme, à quelques-uns au moins, l'esprit de pénétration, s'ils étaient réduits à ne connaître que ce qu'on leur dit formellement, à ne juger que ce qui est palpable ? Les motifs d'une décision judiciaire ne s'inventent pas; les faits de la cause en sont l'unique source : quel titre me serait-il interdit d'y puiser les éléments d'une conviction personnelle ? Même dans de telles conditions l'opinion devient grave par l'accord des

jugements qu'elle porte ; elle devient concluante, quand elle est unanime.

57— Or, l'expérience a prononcé ; et toutes les abstractions du monde, sur le respect légal dû aux décisions du jury, ne peuvent empêcher les faits de se produire tels qu'ils sont. Ces deux écueils : l'inégalité de répression et l'impunité, ont, de tout temps, même aux époques de la plus grande faveur du jury, préoccupé les pouvoirs publics. Qu'on lise, pour s'en convaincre, la curieuse circulaire adressée, à ce sujet, aux commissaires du Directoire, le 26 pluviôse an VII (1) ; qu'on lise le préambule de la loi du 25 frimaire an VIII ; qu'on lise les discussions qui préparèrent le Code de 1808, et les observations des cours et tribunaux ; qu'on lise le décret du 3 mars 1810 et les exposés de motifs de toutes les lois successivement rendues sur le jury, spécialement les rapports qui précédèrent la loi du 28 avril 1832 : « le système du projet, disait M. Barthe, pour résumer le but de la réforme, remédiera à ces inégalités de répression, à ces brusques alternatives d'excessive indulgence ou d'excessive sévérité.... et d'impunité (2) ; » enfin, qu'on prenne les statistiques officielles de la justice criminelle (3) : toujours ces deux écueils rendront inquiètes les préoccupations du législateur.

Quand le pouvoir et les voix les plus autorisées constatent ainsi l'existence, en fait, d'un état de choses que l'appréciation spéculative a dit devoir être la conséquence

(1) On la trouvera dans le livre de M. Lacuisine : *De l'Esprit public dans l'institution du jury*, p. 77.

(2) *Code pénal progressif*, p. 19.

(3) Spécialement la *Statistique rétrospective de 1850*, p. 96.

probable de l'organisation du jury, comment ne serait-on pas autorisé à se croire dans le vrai en affirmant la réalité?

58 — Nous accusera-t-on maintenant de hasarder une supposition aussi inadmissible en droit qu'en fait, en attribuant ces résultats fâcheux à l'influence qu'exerce sur l'esprit des jurés la connaissance inavouée de la peine? La raison et les faits vont encore dire que c'est à tort.

La certitude morale est suffisante pour servir de base à une appréciation générale et purement doctrinale; or, il est parfaitement possible que l'esprit perçoive et accepte comme certain ce qui ne pourrait pas faire l'objet d'une affirmation légale. Les verdicts n'étant pas motivés, ce n'est que par supposition que l'on peut alléguer les déductions qui ont déterminé les jurés; légalement parlant, toute affirmation serait inadmissible. Cependant, une direction fâcheuse étant constatée dans les décisions du jury, si l'observation révèle une influence qui, d'une part, soit une suite naturelle des formes de la procédure, de l'autre, explique rationnellement les symptômes avérés: comment ne serait-on pas autorisé moralement, sinon légalement, à regarder la supposition comme exacte et justifiée? L'Angleterre, notre aînée dans la carrière constitutionnelle, n'a pas montré cette susceptibilité. D'après un usage constant, que l'on ne prend nul soin de déguiser, les jurés dissimulent si peu l'influence qu'ils accordent à la préoccupation de la peine, que, pour aboutir sûrement à la répression qui leur paraît convenable, ils demandent, en cas de doute, des éclaircissements à cet égard.

« Cette demande, dit Philipps, est faite ordinairement, d'une manière hypothétique, par le chef du jury en ces termes : le jury a des doutes sur la manière dont la loi dispose, soit sur le fait A, soit sur le fait B; il désire que la cour lui explique quel doit être l'effet de la loi dans les deux cas (1). » Le jury peut ainsi réduire le fait poursuivi aux proportions nécessaires pour amener la répression reconnue par lui légitime. On peut voir dans Rey (2) combien nombreuses et singulières sont les combinaisons employées dans ce but. Cet auteur rapporte, entre autres, un procès dans lequel une femme, Bridget Mackalister, étant accusée d'avoir volé une *bank-note* de dix livres sterlings, dans une maison habitée, le jury, tout en déclarant le fait constant, déclara en même temps que la *bank-note* ne valait que trente-neuf shellings, afin d'éviter la loi barbare qui punit de mort, dans ces circonstances, tout vol de quarante shellings. Voilà certes qui nous absout de la témérité, que nous reproche un scrupule tout formaliste, de supposer au verdict des motifs qu'il est légalement impossible de connaître.

Chez nous, il est vrai, le jury ne procède pas avec cette libre franchise. Il connaît la peine et s'en préoccupe, nul n'en doute, mais il est réputé ne pas la connaître, et on ne l'admet pas à s'en enquérir; voilà pourquoi l'on déclare inconstitutionnelle et toute gratuite l'imputation dirigée contre lui d'y avoir égard. Est-ce sur une base aussi fragile que cette présomption que l'on peut se refuser

(1) *Op. cit.*, p. 409.

(2) *Institutions judiciaires de l'Angleterre*, t. I, p. 138.

à l'évidence des faits? D'ailleurs nous établirons bientôt que cette présomption d'ignorance de la pénalité a disparu de nos lois ; dès-lors asseoir sur elle une allégation quelconque ne serait qu'une pétition de principe ! Nous sommes même étonnés de voir nos contradicteurs d'accord avec nous sur ce dernier point. La *Gazette des Tribunaux* admet comme nous que l'article 342 du Code d'instruction criminelle , ancien article 372 du Code de brumaire , a été abrogé ; et qu'actuellement le jury peut examiner les suites légales du verdict (1). M. Masson, sans se prononcer quand il rencontre cette difficulté , penche, si nous ne nous trompons, vers la même solution ; il le déclare implicitement ailleurs, quand, pour montrer quelle différence sépare la mission des juges sédentaires et celle des jurés , il dit : « Les uns sont soumis à l'inflexible autorité des lois écrites et sont obligés de souscrire à leurs exigences, lors même qu'elles dépasseraient la mesure convenable. Les autres peuvent tempérer la rigueur des codes par les inspirations de l'équité (2). » Le jury peut donc atténuer l'accusation pour atténuer la répression qu'infligerait sans cela la loi. Mais s'il le peut légalement, en quoi est-il inconstitutionnel de dire qu'il use de son droit ? En quoi est-il téméraire d'attribuer à cette préoccupation, reconnue légitime , des résultats qu'elle explique parfaitement ?

59 — Ici encore les faits ont parlé, et l'abstraction ne saurait prévaloir contre eux.

(1) Numéro du 13 avril 1837. — Voir cependant le numéro du 23 avril 1838.

(2) *Op. cit.*, p. 71 et 102.

La doctrine que nous examinons a des précédents. Il fut un temps où l'on discuta beaucoup sur les pouvoirs du jury ; tout le monde sait à quel point, sous la Restauration, la théorie mal comprise de l'omnipotence égara la justice criminelle. Or, de quoi s'agissait-il dans ce débat ? Presque exclusivement de savoir si le jury pouvait se faire juge de la loi, et, quand il la blâmait, restreindre ou écarter l'accusation, quelque bien établi que fût le fait. L'art. 342 du Code d'instruction criminelle était l'obstacle capital à l'admission de ces prétentions ; c'était à l'é luder que s'attachaient les essais plus ou moins ingénieux des partisans de l'omnipotence, et quelque précis et explicite que fût son texte, ils lui avaient trouvé une interprétation qui se conciliait avec leur doctrine (1). Nier la propension du jury à s'immiscer dans l'appréciation de la peine, c'est effacer d'un trait de plume tout cet épisode de notre histoire juridique, c'est oublier que les réformes de 1824 et 1832 n'eurent d'autres causes que les écarts causés par cette imprudente doctrine ; c'est méconnaître les affirmations les moins indécises de l'autorité : « L'expérience démontre, disait M. Barthe en 1832, que le penchant du jury est d'assurer, par l'effet même de sa déclaration, les atténuations qu'il croit justes.... Il est notoire qu'il recule souvent devant les conséquences de sa déclaration (2). »

60 — Ecartons donc cette doctrine spécieuse : elle

(1) Courrent, *Omnipotence du jury*, p. 102.

(2) *Code pénal progressif*, p. 13.

fausse les principes en les exagérant ; elle compromet le jury en voulant, par une sorte de fétichisme, le soustraire aux conditions normales des institutions humaines.

Toute autorité qui a des hommes pour organes est exposée à l'erreur, aux faiblesses, même à des influences coupables ; nul intérêt sainement entendu ne peut conseiller de la soustraire, en lui assurant l'impunité du secret, au frein salutaire qu'impose la crainte de l'opinion. Cet aperçu est vrai d'une manière absolue ; il l'est spécialement quand on l'applique au jury. Les jurés ne sont omnipotents ni légalement, puisque la loi leur impose des devoirs et leur interdit certaines appréciations, ni moralement, puisqu'ils prêtent serment de remplir fidèlement leur mission ; et si le législateur a cru que de la stricte obéissance à ses injonctions dépendit l'avenir de la justice criminelle, il est inadmissible qu'il se soit interdit de s'assurer si ses intentions sont respectées, de surveiller l'institution pour apprécier son esprit, ses tendances, en un mot son action générale (1). Comme hommes, les jurés n'ont rien à craindre de cet utile contrôle, puisqu'ils restent irresponsables et sont d'ailleurs inconnus ; comme citoyens, ils n'y peuvent puiser qu'un motif de plus d'agir avec fermeté, dans la pensée que de la manière dont ils exercent leurs droits dépend l'avenir de

(1) Cette enquête se poursuit d'une manière constante, sous la direction du garde des sceaux ; et il semble que l'autorité y attache une importance réelle, car, à des intervalles rapprochés, les circulaires ministérielles rappellent aux présidents d'assises la nature et les caractères des rapports qu'ils doivent rédiger dans ce but à la fin de chaque session. (Gillet, numéros 865, 936, 3311, 3693.) Quels riches et précieux renseignements doivent fournir ces rapports !

la justice populaire. Quant à l'institution elle-même, cette surveillance de l'opinion, que l'on veut si imprudemment proscrire, loin d'être pour elle une menace et un ferment de dissolution, est la meilleure garantie de son avenir; car elle seule peut signaler les abus de la pratique, et provoquer ainsi ces réformes conservatrices que l'on n'ajourne jamais impunément.

V.

61 — Ainsi, il reste avéré que l'opinion a pu, à bon droit, se préoccuper des tendances du jury, et chercher les causes de la direction imprimée par elles à la justice criminelle. Or, à cet égard, l'analyse nous a dicté deux propositions : théoriquement, la procédure par jurés n'a d'autre fondement d'organisation qu'une fiction chimérique; en fait, elle aboutit tantôt à une justice aveugle, tantôt à l'impunité, toujours à l'inégalité de répression. Tel devait être, de l'aveu même des plus constants apologistes de l'institution, le dernier mot de la pratique du jury sous les lois de 1791 et de l'an IV. « Le jury, dit M. Faustin Hélie, tel que l'Assemblée constituante l'avait organisé, n'avait produit que de fâcheux résultats (1). » Cet aveu, dans la bouche de l'éminent criminaliste, dont on connaît les sympathies déclarées pour le jury, rend toute autre preuve superflue.

Mais où est la cause du mal?

(1) *Traité de l'Instr. crimin.*, t. I, p. 692.

62 — Quelques publicistes, aimant mieux accuser l'humanité que reconnaître un vice à leurs conceptions, rejettent la cause de ces mécomptes sur la fragilité humaine, et spécialement sur les tendances malheureusement trop réelles de notre caractère national. Le Français a la passion des institutions libérales; mais autant il se montre avide d'en décréter l'établissement, autant ensuite on le voit manquer de zèle et de persévérance à les pratiquer. Toujours impatient des libertés qu'il n'a pas, et peu soucieux de celles qu'il possède, il n'attache qu'une importance médiocre à la légalité; de là vient qu'il oublie facilement les exigences de l'ordre social, et tend sans cesse à dépasser les limites des droits qui lui sont reconnus.

Le jury, lui aussi, n'aurait-il pas subi l'influence de ces tendances funestes, n'aurait-il pas été compromis par elles comme l'ont été si souvent en France les autres institutions libérales? Ce sont les mœurs du pays qu'il faut corriger, en leur donnant les qualités qu'exige la vie publique. Si les jurés, par suite de préoccupations que la loi prend précisément soin de leur interdire, n'avaient pas dépassé la limite de leurs attributions, et, par là, dérouté toutes les prévisions du législateur, les résultats que l'on déplore ne se seraient pas produits; c'est à leur faiblesse seule qu'il faut les imputer; c'est eux, dès-lors, et non l'institution, qu'il faut accuser: « qu'ils renoncent à leur mandat, ou qu'ils en accomplissent les conditions (1). »

63 — Tout d'abord, et à toute hypothèse, ce dernier expédient n'est guère acceptable; ni légalement, car les

(1) Bascle de Lagrèze, *Le Droit criminel des jurés*, p. 319.

fonctions de juré sont obligatoires, quelque honorable que puisse être le scrupule personnel qui porte à les décliner; ni en fait, car une telle fantaisie, outre le désagrément très réel d'être déclaré, par jugement, privé d'un droit politique, coûterait à celui qui se la permettrait 3,000 fr. d'amende, plus les frais d'impression et d'affiche du jugement de condamnation (art. 376 inst crim.). De plus, celui qui n'a pas la force d'imposer silence à ses impressions personnelles, et de respecter ainsi les exigences du rôle qu'on lui confie, n'aura probablement pas le courage d'avouer cette faiblesse; et l'expédient proposé serait encore inadmissible comme illusoire, s'il n'avait déjà l'inconvénient bien plus grand d'abandonner à une détermination toute facultative et interne les destinées de la répression pénale.

Mais cette observation incidente est secondaire, car l'aperçu proposé nous paraît en soi inexact ou irréfléchi. La nécessité inévitable des résultats dont on convient nous a été rationnellement démontrée par l'appréciation des formes de la procédure; leur légalité mathématique établie par les dispositions mêmes de la loi: qu'est-il besoin d'aller chercher ailleurs la cause de leur existence? Cette tendance à dépasser les limites assignées aux pouvoirs du jury, tient si peu aux dispositions spéciales de notre caractère national, qu'on la retrouve aussi exigeante et aussi tenace chez le peuple réputé, nous l'observions plus haut, le plus strict observateur de la légalité, en Angleterre (1); et nous affirmerions volontiers qu'il en est de

(1) *Suprà*, n^{os} 30 et 58.

même partout où fonctionne le jury, tant cette tendance usurpatrice est la conséquence nécessaire de l'organisation habituelle de l'institution (1). La pratique anglaise n'a pas songé à l'expédient indiqué par M. de Lagrèze ; mais elle a inventé la théorie du pieux parjure, remède inévitable d'une législation trop longtemps défendue contre toute réforme, mais remède funeste qui corrompt l'institution du jury et détruit la religion du serment. Chez nous, les mêmes tendances ont amené les abus de la théorie de l'omnipotence, théorie désastreuse, quoique légale, qui substitue sans cesse les impressions variables de l'homme à la prévoyance du législateur.

D'ailleurs, quelle serait la portée de ces appréciations, en supposant qu'elles fussent fondées ? Ce n'est pas tout que de créer des institutions ; il faut encore que l'esprit du pays auquel on les donne se prête au mécanisme de leur application : ne les condamne-t-on pas en supposant, chez ceux qui les pratiquent, des vertus que n'a pas le commun des hommes ? Ce serait, certes, un singulier moyen de faire l'apologie de la procédure par jurés, que de nier au peuple, dont le concours lui est indispensable, l'énergie et le désintéressement que devrait avoir sa coopération pour être fructueuse !

(1) M. Mittermaier affirme qu'il n'en a pas été ainsi en Allemagne ; les jurés, à tous égards, s'y seraient montrés dignes de leur haute mission. Cependant le célèbre professeur cite des chiffres comparatifs, entre le nombre des condamnations et celui des accusations, qui, dans quelques pays, en Bavière principalement, nous paraissent peu rassurants, soit pour la liberté individuelle trop facilement compromise, soit pour la répression insuffisamment garantie. (*Mémoire sur la législation allemande*, séances et travaux de l'Académie des sciences morales, t. XXXI, p. 351.)

64 — La cause du mal est bien plus extérieure, et, grâce à Dieu, moins désespérante. Sans doute, il serait téméraire de condamner une institution, par cela seul que la critique relève quelques écarts dans ses résultats, car la perfection n'est pas de ce monde ; mais encore faut-il prendre garde que des formes défectueuses viennent ajouter aux chances défavorables que l'on ne peut éviter ; et c'est à quoi la Constituante, absorbée par d'autres préoccupations, n'a pas suffisamment veillé.

La source véritable et première des griefs lentement accumulés contre le jury, c'est la séparation, aux mains de deux pouvoirs distincts, de la décision du fait et de l'application de la peine. Le duc de Massa avait bien raison quand il voyait dans ce dédoublement, regardé à tort comme nécessaire, « le plus grand inconvénient du jury. » Juger, nous l'avons déjà dit, c'est comparer un fait à une loi et prononcer affirmativement ou négativement sur le rapport de l'un à l'autre ; le fait et le droit sont les éléments d'une opération unique, qui sont dès-lors appelés à rester unis. C'est pour les avoir isolés que les codes de 1791 et de l'an IV ont été conduits à consacrer le système des peines fixes, à admettre cette chimérique présomption d'ignorance de la loi pénale chez les jurés, à imposer enfin au jury un rôle dans les limites duquel la saine raison prévoit qu'il ne peut se maintenir ; or, c'est l'influence combinée de ces principes qui a trompé toutes les prévisions du législateur. L'appréciation purement spéculative de l'institution nous l'a dit ; les faits vont maintenant abonder qui justifieront ces prévisions et confirmeront ainsi les résultats de l'observation.

CHAPITRE III.

Confusion progressive des attributions du jury et de la cour.

65 — L'histoire du jury en France, depuis 1791, n'est que celle de ses variations; elle se résume en deux mots: atteintes successives à la théorie primitive.

L'établissement de la nouvelle institution avait été décrété en 1790, sans qu'on se fût préoccupé de l'organisation qui lui serait donnée. Oubliant que, dans la science sociale, la légitimité d'une conception ne peut avoir d'autre fondement que l'utilité de ses résultats pratiques, la Constituante avait proclamé la valeur du principe d'une manière absolue, partant de cette idée que l'on ne pourrait imputer qu'aux imperfections d'organisation les mécomptes que pourrait enregistrer l'avenir. Depuis lors les mêmes errements ont été suivis. Laissant de côté toute discussion sur le fonds, on se débat, en présence des inconvénients ou des déviations que révèle l'application, au milieu d'expédients et de tentatives de réorganisation sans cesse jugées impuissantes et sans cesse renouvelées.

66 — Au milieu de ces incertitudes et de ces tâtonnements si peu favorables à la réalisation de progrès

véritables, un but constant, quoique non précisé, donne cependant aux réformes successives une direction commune. De prime abord, on pressentit, plus qu'on ne comprit, que l'insuccès du jury devait tenir au rigorisme trop absolu des combinaisons primitives. Or, attribuant les mécomptes de l'expérience au défaut d'entente entre le jury et la cour, il ne pouvait y avoir qu'un moyen de les conjurer : c'était de rompre ces cercles de fer au moyen desquels la Constituante avait espéré faire régner une justice toute impersonnelle ; c'était de concilier, en ménageant une part d'influence à chacun, les sentiments ennemis d'humanité et de justice ; c'était, en un mot, de rendre légale et possible l'influence réciproque du fait et de la peine, en permettant, soit au jury de se préoccuper de la répression pour faire valoir dans le verdict les considérations jugées suffisantes pour en modifier la fixation générale, soit à la cour d'examiner le fait pour y puiser les éléments d'une application intelligente et éclairée de la loi.

Ces deux expédients vont tour à tour être essayés, sous l'influence avouée des considérations que nous avons déduites. Plus tard seulement cette tendance se manifestera sans réticences, car des tentatives timides et indécises précèdent toujours la perception raisonnée et précise du but à poursuivre. Mais son action fut, dès le début, persistante et soutenue. L'Empire, la Restauration, le Gouvernement de juillet, ceux de 1848 et 1852, apportèrent successivement leur part d'innovations, inspirées chacune par les tendances les plus diverses ; mais toutes, par une sorte d'entente tacite, s'accordant pour effacer

graduellement la séparation du fait et du droit, c'est-à-dire pour ébranler la pierre fondamentale de l'édifice. C'était inévitable : l'harmonie manquait dans les rapports du jury et de la cour ; la lutte devait rapprocher les attributions d'abord si nettement définies. Et dès l'instant qu'on ne pouvait conserver, dans toute sa rigueur, le principe de la séparation, il fallait appeler les deux pouvoirs à des concessions réciproques, sous peine de rompre l'équilibre nécessaire à leur coexistence.

Enfin, en partant de l'isolement absolu qu'avaient consacré les lois de la révolution, comme conditions indispensables de la procédure par jurés, l'histoire va nous conduire à l'état de choses dont parlait M. Dumon, en 1832, et encore cette situation ne sera que transitoire, quand il disait qu'à ses yeux, « les attributions du jury et de la cour semblent se confondre (1). »

§ Ier.

Intervention de la cour dans l'examen du fait.

I.

67 — Nous avons déjà dit combien était imprévoyante et irréfléchie la législation de 1791 et de l'an IV qui, voulant tout régler *à priori*, prononçait pour chaque infraction une peine fixe et invariable (2). Le crime qu'une disposition légale a prévu ne se commet peut-être pas

(1) *Code pénal progressif*, p. 17.

(2) *Suprà*, n° 37.

deux fois comme il a été prévu ; il n'est pas le même entre deux hommes dont l'action a les mêmes apparences : il y a presque toujours des circonstances qui diffèrent. Il en résulte que, souvent, la peine prononcée d'une manière générale n'est pas proportionnée à la gravité relative de l'infraction. Or, le défaut de proportion entre le délit et la peine a des effets que l'expérience a depuis longtemps révélés : il empêche la partie publique de faire tous ses efforts pour arriver à la conviction ; il engage les témoins à taire les faits ou à leur donner une couleur plus favorable ; il porte enfin le juge à saisir le plus léger prétexte pour prononcer l'acquiescement.

Une réaction était inévitable. Il ne pouvait être question de retourner au système définitivement condamné des peines arbitraires ; un système mixte prévalut, qui, tout en déterminant la peine quant à sa nature, laissa, dans son application individuelle, une latitude dans les limites de laquelle put osciller l'arbitrage du juge. C'était une transaction, un moyen de concilier les exigences de la pratique avec les données de la science abstraite. Dès le 25 frimaire an VIII, une loi, rendue d'urgence, établit dans l'échelle des peines un maximum et un minimum, mode de taxation qui permit désormais aux juges de rectifier l'appréciation générale de la loi par l'appréciation particulière des faits. La peine devint mobile, c'est-à-dire susceptible de plus ou moins d'intensité et de durée, tout en restant fixe quant à sa nature et à son degré. « La commission du conseil, dit le préambule de cette loi, considérant que l'expérience a fait sentir la nécessité d'établir une plus juste proportion entre les peines et certains

délits; que ce défaut de proportion est trop souvent une source d'impunité; que l'impunité est elle-même une source de délits contre lesquels l'intérêt social réclame un prompt secours : approuve l'acte d'urgence et la résolution suivante..... » C'est l'impunité que nous signalions plus haut comme l'un des résultats probables de la procédure par jurés qui se produisait déjà, et contre laquelle commençaient de stériles résistances ; les dix-neuf articles de cette loi créent un minimum et un maximum pour chaque peine.

68 — Cependant le système des peines invariables était forcé dans une organisation qui isolait la décision du fait de toute préoccupation de la peine, l'application de la peine de toute influence du fait (1). Changer le mode de fixation de la pénalité sans toucher à l'organisation judiciaire était impossible, sous peine de bouleverser toute l'économie de la loi. Aussi, chose bien digne de remarque ! cette latitude laissée aux juges dans la fixation de la peine, parut tellement incompatible avec l'organisation de la procédure par jurés, que, pour la rendre possible, la loi du 25 frimaire dut transporter à la juridiction correctionnelle la connaissance des faits dont elle voulait que la répression devînt mobile. Le système des peines fixes, avec les dangers qu'accusait suffisamment l'expédient de cette loi, subsista pour les faits maintenus de la compétence du jury.

Cette démarcation, quoique impérieusement réclamée par le mécanisme de la procédure par jurés et l'esprit de l'institution, ne tarda pas à être méconnue. Les dispositions de

(1) *Suprà*, n^o 26 et 27.

la loi de frimaire passèrent dans le projet que rédigea la commission chargée par le gouvernement consulaire, le 7 germinal an IX, de réviser nos lois criminelles, et y furent généralisées; le code pénal de 1810 consacra définitivement, même en matière criminelle proprement dite, le système des peines divisibles (1); et bientôt la loi du 25 juin 1814 (art. 4 et 5), développant l'impulsion donnée, rendra la peine mobile aux mains de la cour, au moyen des circonstances atténuantes, non-seulement quant à sa durée, mais encore quant à sa nature et à son degré.

69 — Dès-lors les attributions du jury et de la cour cessent d'être distinctes. Investie du droit de proportionner la peine à la gravité du fait, la cour ne put plus rester dans son rôle primitif, n'être qu'une machine d'application. Pour éclairer son option dans les limites variables de la peine, il fallut qu'elle procédât directement à l'examen du fait : elle fut tacitement investie du droit d'en apprécier la gravité, indépendamment des éléments généraux fournis par le verdict.

Ainsi la procédure par jurés laisse rentrer dans la justice criminelle ce que son organisation première avait eu pour but essentiel de proscrire : l'appréciation du juge dans l'application de la loi pénale. Du système de la séparation du pouvoir, il ne reste qu'un mécanisme trompeur et un vrai appareil.

(1) Loqué, t. 26, p. 198.

II.

70 — Dès les premiers temps de la révolution, et en dépit des principes solennellement proclamés, des dispositions plus directes avaient déjà porté atteinte à l'indépendance du jury et à la souveraineté du verdict.

Le code de 1810 et la loi du 25 juin 1824 ne devaient, en effet, faire intervenir la cour dans l'appréciation de l'infraction qu'au point de vue du prononcé de la peine rendue divisible; dès 1791, alors que la théorie de la séparation des pouvoirs était acceptée dans ses conséquences les plus rigoureuses, la Constituante avait ménagé aux juges un droit positif d'examen sur le fait, au point de vue de la déclaration de culpabilité.

71 — D'après la loi du 16 septembre 1791 (2^e part., tit. 8, art. 27), le verdict n'est susceptible d'aucun recours, tant est grande la confiance qu'inspire la juridiction populaire. Dans son enthousiasme pour la nouvelle institution, la Constituante ne voulait pas croire à la possibilité de décisions surprises ou erronées. Le Code pénal du 25 septembre écarte même l'éventualité d'une grâce ou d'une commutation : « l'usage de tous actes tendant à empêcher ou à suspendre l'exercice de la justice criminelle, l'usage des lettres de grâce, de rémission, d'abolition, de pardon ou commutation de peine, sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de jurés. » (1^{re} p., tit. 7, art. 13). Il n'est même plus question des anciennes *propositions d'erreur*, ni des lettres de révision qui leur avaient été

substituées par l'ordonnance de 1670 ; cela résulte implicitement de la loi du 17 août 1792 (1). Le verdict est irréfragable dans toute la rigueur du mot et sans réserve.

72 — Mais il y a loin de la proclamation de tels principes à leur application. Dans la science sociale, tout ce qui s'écarte de la réalité s'écarte de la vérité ; et l'homme, même le plus résolu, hésite à confier sa sécurité à une institution où la fiction domine.

Dès l'instant que l'on peut soupçonner seulement la possibilité d'une erreur, la loi doit fournir un moyen de la réparer. Or, la possibilité d'une méprise ou d'une injustice est certaine de la part du jury, autant au moins que de la part de toute autre juridiction. Les tendances modernes à appeler tous les citoyens au partage de la souveraineté, et à l'exercice des droits civiques, amènent au banc des jurés des hommes pleins de droiture, on peut le croire, mais parfois d'un jugement peu sûr, il faut le reconnaître. Qui pourrait, sans frémir, se rappeler cette assertion d'un savant disciple de Turgot et de Condorcet qui, appliquant les sciences exactes aux intérêts sociaux, vint soutenir à la Chambre des députés, lors de la loi du 9 septembre 1835, que, sur trente-deux condamnés, un innocent était probablement frappé par la justice humaine ! Pour que le verdict puisse être réellement regardé comme irréfragable, et accepté comme tel en fait, il ne suffit pas d'une probabilité de vérité, il faudrait une certitude. Dans les pays qui ont conservé pures les traditions du jury, en Angleterre et aux Etats-Unis, en France, un

(1) Merlin, *Rép. v^o. Révision*, § 3, art. 1 et 2.

instant, sous la loi du 19 fructidor an V, on a espéré trouver les éléments de cette certitude dans la nécessité de l'unanimité des douze jurés pour la condamnation. Ailleurs, que l'on admette le système de la majorité simple ou celui de l'outre-majorité, l'intérêt, moins accessible que l'imagination aux séductions des doctrines absolues, ne pouvait manquer de s'inquiéter des chances que laisse à l'erreur l'immense pouvoir de la juridiction populaire, et de se préoccuper des garanties pouvant au besoin en paralyser les écarts. Or, la procédure par jurés présentait, sous ce rapport, une anomalie singulière. Le principe de l'admission des voies de recours était proclamé en matière civile ; il l'était également dans les affaires de police municipale et de police correctionnelle : pourquoi l'avoir écarté au grand criminel, où les intérêts sont plus grands, les juges moins expérimentés et plus exposés, lors d'une première appréciation, aux surprises et aux influences irréfléchies ?

73 — Duport avait bien formulé, devant la Constituante, la raison de cette prérogative exceptionnelle. « Sur le fait, avait-il dit, c'est le peuple lui-même qui juge par les jurés, et il n'existe aucune puissance au-dessus du peuple (1). » Mais ce sont là des mots qui font plus de bruit dans l'oreille que de lumière dans l'intelligence ; et qu'elles satisfont mieux l'esprit ces belles et généreuses paroles que prononçait, il y a quelques années, devant les Chambres, une des illustrations du barreau moderne, M. Paillet : « La justice ne nous appa-

(1) *Hist. parlement.*, t. V, p. 101.

rait jamais plus grande , plus noble , plus équitable que , lorsqu'après avoir tout fait pour éviter l'erreur , elle fait tout encore pour la réparer (1). »

Que l'intervention de l'élément populaire dans la justice criminelle offre à l'accusé des garanties nombreuses, et soit pour la société un gage de liberté , c'est ce qui n'est pas douteux ; mais , au point de vue de l'éventualité de l'erreur judiciaire, en quoi douze jurés , pris au hasard, représentent-ils mieux la nation que des magistrats éclairés et choisis ? Depuis quand l'opinion publique, en admettant que le verdict puisse en être regardé comme l'expression véritable, n'est-elle plus sujette à ces insurrections irréfléchies de faveur ou d'aversion , de rivalité ou de jalousie, dont l'histoire, en toute matière, signale tant d'exemples ? Orgueilleux et inconséquents que nous sommes, qui jugeons en êtres bornés et voulons punir comme des êtres infailibles ! — Voir dans le verdict un acte de souveraineté populaire , et comme tel inattaquable, c'est , au point de vue rationnel , sacrifier le vrai au prestige de l'hypothèse , l'appréciation sérieuse à la sonorité de l'expression ; c'était de plus, sous la Constituante, risquer une assertion hardie et bien près d'être inconstitutionnelle. La constitution du 3 septembre , en effet, après avoir placé la souveraineté dans la nation, ajoutait : « nulle fraction du peuple , nul corps, nul individu, ne peut s'en attribuer l'exercice (Déclarat. art. 3 , constit. tit. 3, art. 4). »

74 — L'argument présenté comme péremptoire par

(1) *Moniteur* du 12 juillet 1851.

Duport, n'est donc qu'une de ces affirmations vagues, qu'un esprit prévenu peut accepter sans critique, mais qui ne peut satisfaire ceux qui n'estiment un aperçu qu'au prix de sa netteté.

Aussi, car la fiction ne prévaut jamais longtemps contre la réalité, deux ans plus tard, à la suite d'un procès notable, qui présenta deux jugements contradictoires et un innocent condamné, la Convention, par décret du 15 mai 1793, rétablissait la révision, abolie par la Constituante comme attentatoire à la souveraineté de verdict; et en l'an X, le S.-C du 16 thermidor (art. 86) rendait au pouvoir exécutif le droit de grâce et de commutation. Le Code de 1808 maintiendra ces deux innovations, sans croire pour cela avoir altéré le prestige du jury. C'était cependant nier son infailibilité, que de l'admettre seulement sous réserve des cas où les événements établissent la fausseté du jugement.

75 — Il n'est même pas besoin d'attendre jusqu'au temps de la Convention pour trouver des signes moins équivoques encore de réaction. La Constituante elle-même, que l'on ne soupçonnera pas d'avoir méconnu le principe de la souveraineté populaire, et, malgré la ferveur du culte dont elle entourait la juridiction naissante, n'avait pu se défendre de se contredire sur ce point.

Rationnellement, il ne peut y avoir à cet égard que deux partis à prendre : placer le verdict dans les conditions habituelles des autres décisions judiciaires, ou lui conserver intacte sa souveraineté. Si l'immunité attribuée au jury tient à ce que la souveraineté populaire, qu'il est censé personnifier, doit être réputée infailible, nul recours ne

doit être ouvert contre le verdict ; c'est ainsi que l'entendait Duport et que l'avait d'abord entendu la Constituante. Mais , dès l'instant que l'on écarte cette manière d'envisager l'institution , il n'y a plus de raison pour admettre telle voie de recours et rejeter telle autre. Il est même à remarquer, et ce fait est digne de la plus sérieuse attention, que dans les contrées où le jury forme la base de la procédure criminelle , en Angleterre et aux Etats-Unis, l'opinion semble se prononcer formellement en faveur de la voie de recours la plus ordinaire, en faveur de l'appel (1). Liée par les entraves d'une théorie préétablie, la Constituante ne pouvait aller si loin : Forcée cependant de calmer les craintes qu'éveillait le trop grand pouvoir de la justice populaire, elle s'arrêta provisoirement à un parti mixte : elle sanctionna la souveraineté du jury, en écartant toute voie de recours contre les décisions au cas de verdict négatif ; elle atténua , au contraire , la rigueur du principe au cas de verdict affirmatif , en autorisant la Cour, sous des conditions qui varièrent avec le temps, à surseoir au prononcé de la peine, afin d'éviter au besoin les surprises d'une première appréciation.

76 — Etait-ce là une combinaison heureuse ? Il est permis d'en douter. La modération et le scrupule dans l'application de la loi pénale sont de devoir strict ; et il sera éternellement vrai de dire qu'il vaut mieux laisser échapper un coupable que de s'exposer à frapper un innocent. Toutefois, ce n'est là qu'une vérité de fait, dont le

(1) Kœnigswarter, *Histoire des progrès de la législation criminelle*. — *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. 51, p. 134.

juge doit se pénétrer dans l'exercice de ses fonctions, mais qui n'a que faire dans la spéculation législative. Aux yeux de la loi, l'intérêt social a droit aux mêmes garanties que l'intérêt privé ; et si l'on admet la possibilité d'un mal jugé au profit de l'accusé, il est irrationnel de ne pas l'admettre aussi au profit de la répression. D'ailleurs, et quoi qu'on puisse dire, ce n'était pas contre l'excès de sévérité qu'il y avait à prémunir principalement le jury. Limiter ses pouvoirs au cas de verdict affirmatif, en les laissant entiers au cas de verdict négatif, c'était lui retirer l'autorité dans le seul cas où l'on pouvait être à peu près sûr qu'il n'en abuserait jamais ; la preuve en est dans la rareté, je dirais presque dans l'inexistence des cas où la cour a cru devoir faire usage du droit de contrôle qui lui est reconnu.

Quoi qu'il en soit, ce fut le parti auquel on s'arrêta ; et c'est ainsi que la Cour, adjointe au jury pour l'examen du fait, fut conviée à s'immiscer directement dans des appréciations qui d'abord lui avaient été radicalement interdites.

77 — La loi des 16-29 septembre 1791, jalouse encore des droits du jury qu'elle organisait pour la première fois, se contenta de tempérer l'effet absolu du verdict par l'intervention éventuelle des magistrats. Les juges ne participent jamais à la décision du fait, mais peuvent, sous certaines conditions, provoquer un nouvel examen, la deuxième décision étant souveraine (tit. VIII, art. 27 et 28).

78 — Avec l'Empire, ces atteintes à la souveraineté du verdict se présentent avec plus de fermeté et d'étendue. Le jury n'était passé dans le Code de 1808 qu'avec diffi-

culté, presque à titre d'essai : il pénétrait avec lenteur dans les mœurs françaises. Les grands noms de l'époque, Siméon, Portalis, Bigot de Préameneu, Cambacérès, Joubert, Montalivet, Boulay de la Meurthe, de Ségur, etc., se faisant l'écho de la cour de cassation et des cours d'appel, avaient dirigé contre lui les plus vives attaques. L'Empereur se montrait indécis. Il aimait le jury, parce qu'il aimait peu la magistrature dont l'inamovibilité le gênait ; mais rien n'excitait l'énergie de ses résolutions comme l'impuissance de sa justice. On sait les décrets qui, à plusieurs reprises, suspendirent le jury, celui surtout du 3 mars 1810, où il est question d'accusés, « que les cours n'ont pu condamner quoiqu'elles eussent la certitude de leur culpabilité. » A voir le peu de goût des uns, la répugnance des autres, l'indifférence de tous, on put croire un moment que l'institution allait être sacrifiée. La crainte du pouvoir que sa suppression allait mettre aux mains de la magistrature le fit cependant conserver, au moins sous une de ses formes, le jury de jugement ; mais l'hésitation se traduisit par des mutilations (1).

Il n'est plus question seulement d'une intervention éventuelle des magistrats pouvant provoquer une deuxième sentence ; le Code de 1808 les appelle directement à juger le fait et à prononcer sur la culpabilité, conjointement avec les jurés. On fait concourir au même vote la cour et le jury ; et c'est la majorité des voix ainsi réunies qui emportent la condamnation. « Si l'accusé n'est déclaré

(1) Voir sur ces intéressantes discussions, Loqué, t. 24, p. 11 et 576 ; Faustin-Hélie, *op. cit.* t. 8, p. 214.

coupable qu'à la simple majorité, les juges délibèreront entre eux sur le même point; et si l'avis de la majorité des jurés est adopté par la majorité des juges, de telle sorte qu'en réunissant le nombre des voix, ce nombre excède celui de la majorité des jurés, l'avis favorable à l'accusé prévaudra (Inst. crim. de 1808, art. 351). » La cour étant alors composée de cinq juges, il en résultait que quatre jurés, se joignant à eux, les huit autres jurés étaient sans pouvoir.

79 — Là ne devaient pas s'arrêter les atteintes portées aux règles primitives. L'art. 351 Inst. crim. subordonnait l'infirmité du verdict au concours de la majorité de la cour et de la minorité du jury, si ce chiffre excédait celui de la majorité des jurés et de la minorité de la cour. Une combinaison nouvelle fut introduite par la loi du 24 mai 1824, qui ne subordonna l'infirmité qu'à l'avis contraire de la simple majorité des magistrats de la cour. « A l'avenir, et lorsque dans les cas prévus par l'art. 351 du code d'inst. crim., les juges seront appelés à délibérer entre eux sur la déclaration du jury formée à la simple majorité, l'avis favorable à l'accusé prévaudra toutes les fois qu'il aura été adopté par la majorité des juges. » On compte séparément les suffrages de la cour et ceux du jury; et il faut l'accord des deux majorités pour entraîner la condamnation. Cette combinaison nouvelle équivalait à la suppression du jury; car, pour décliner une responsabilité toujours pénible, les jurés se déclaraient en majorité simple : c'était un moyen d'abandonner à la cour la décision sur le fait.

De plus, à quelque majorité que le jury eût prononcé,

la cour, si elle était unanimement convaincue que les jurés s'étaient trompés au fond, pouvait surseoir à l'exécution, et provoquer un nouveau verdict qui était alors inattaquable (art. 352).

80 — La révolution de 1830 signala d'abord l'avènement de tendances opposées : le jury va être de nouveau exclusivement investi de son ancienne juridiction quant à la solution des questions de fait. L'intervention de la cour dans les verdicts rendus à simple majorité (C. de 1808, art. 351 — Loi du 24 mai 1824) fut rendue impossible par la loi du 4 mars 1831, d'après laquelle la décision contre l'accusé ne put être prise qu'à la majorité de plus de sept voix. Les pouvoirs de la cour furent restreints à l'intervention en vertu de l'art. 352 1^o.

En 1835, la monarchie de juillet, obéissant sans doute à d'impérieux motifs, réagissait déjà contre ses doctrines primitives. On sait le caractère et les tendances des lois capitales que cette année vit apparaître. Le jury subit la défaveur du parti qui s'en était approprié le principe. Une loi du 9 septembre remit à la simple majorité le pouvoir de décider contre l'accusé, et en même temps ressuscita le droit d'intervention éventuelle de la cour, aux termes de l'art. 352 2^o.

81 — La lutte sur ce point se raviva après la révolution de 1848. L'intervention de la cour fut de nouveau rendue plus rare par la loi du 6 mars 1848 (art. 4) portant de 7 à 9 voix la majorité nécessaire à la condamnation, et abrogeant dès-lors l'art. 352 2^o du code, tel qu'il résultait de la loi du 9 septembre 1835.

Enfin, la loi du 9 juin 1853, ne subordonnant la décision

de culpabilité qu'à la simple majorité, ressuscita en partie l'ancien contrepois ; la cour peut, à simple majorité, et quelle qu'ait été la majorité du jury, dont il reste prohibé de faire mention, surseoir et renvoyer à une autre session. Elle ne participe plus à la décision du fait, comme sous le code de 1808 et la loi de 1824 ; elle n'a plus qu'une surveillance qui cesse si la décision du jury de renvoi est conforme au premier verdict.

III.

82 — Nous sommes bien loin du système primitif. Une à une ont disparu, sous la pression de l'expérience, toutes les conséquences qu'une rigueur irréfléchie de déduction avait d'abord fait regarder comme inhérentes à la procédure par jurés. La révision, la grâce et la commutation, prosrites par la Constituante, ont été rétablies ; l'usage des peines fixes et invariables a été écarté ; enfin, et surtout, la séparation des pouvoirs a cessé d'être la base fondamentale de l'institution. La cour n'est plus reléguée, comme à l'origine, à n'être qu'une machine d'application. A ce rôle passif et strictement limité, pour l'accomplissement duquel il ne lui fallait que des yeux, selon l'expression de Montesquieu, a succédé une application intelligente, éclairée de la loi. La cour peut et doit apprécier directement les faits, indépendamment des éléments fournis par le verdict, dans un triple but : d'abord pour proportionner la peine à la gravité de l'infraction dans les limites du maximum et

du minimum, quand la peine s'y prête, et même parfois en changer le degré, en cas de circonstances atténuantes ; ensuite, pour examiner si le jury a sainement apprécié le fait, et, dans le cas où elle n'adhérerait pas à la décision qu'il a prise, renvoyer l'affaire à une autre session, le verdict affirmatif n'étant pleinement efficace que s'il n'est pas improuvé par elle, à moins qu'il n'ait été rendu par le jury de renvoi ; enfin, ajoutons-le, pour voir s'il y a lieu de faire supporter les frais à l'accusé, même de le condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile, pénalités accessoires auxquelles l'acquiescement ne soustrait pas (1).

(1) Je me suis demandé souvent comment la cour peut remplir sa mission lorsqu'elle juge sur renvoi, après cassation pour fausse application de la loi ou vice de forme postérieure au prononcé du verdict. Il est de principe que la cassation se restreint au chef vicié et aux actes postérieurs, et qu'elle ne peut s'étendre plus loin qu'aux cas d'indivisibilité, de connexité ou de relation nécessaire entre les divers chefs d'accusation (art. 408, 410, 434 Inst. crim.). La déclaration du jury est donc alors maintenue ; les débats ne peuvent porter que sur l'application de la peine ; le fonds de l'affaire ne peut plus être examiné ni discuté. Cette manière de procéder se comprenait quand l'isolement des attributions du jury et de la cour était complet, la cour ne pouvant prendre en considération que les éléments fournis par le verdict. Mais de nos jours, depuis que les attributions nouvelles qui lui ont été confiées exigent qu'elle connaisse les faits et toutes les nuances que peuvent avoir révélées les débats, comment pourra-t-elle prononcer si elle n'a pas suivi l'examen ? Comment, par exemple, fixera-t-elle son option entre le maximum et le minimum de la peine, si l'on n'admet plus que la discussion relative à l'application de la loi ?

M. Rodière (*Éléments de procédure criminelle*, p. 485 et 487) distingue, il est vrai, entre la nullité pour fausse application de la loi et la nullité pour vice de forme ; et soutient que si, au premier cas, l'application seule de la loi peut être discutée, il doit au contraire, au second cas, être toujours procédé à de nouveaux débats. Cette distinction me paraît aujour-

Tantôt plus, tantôt moins, la cour est donc conviée à s'immiscer dans des attributions d'abord exclusivement réservées au jury. L'intérêt de la répression a motivé son

d'hui difficilement acceptable. Elle était textuellement formulée dans la loi du 16-29 septembre 1791 (2^e partie, tit. VIII, art. 23 et 26); mais le Code de brumaire, et, après lui, le Code de 1808, se sont écartés de ce système. Contrairement à l'art. 24 de la loi de 1791, l'art. 460 du Code de l'an IV ordonna, en effet, au cas de nullité pour vices de forme, de recommencer la procédure que « à partir du plus ancien des actes qui se trouvent frappés de nullité; » et cette restriction a pris place dans les derniers mots de l'art. 408 du Code de 1808. Le second alinéa de l'art. 434, qui prévoit l'hypothèse où il devra être procédé à de nouveaux débats, ne se réfère donc qu'au cas où la nullité ne serait produite au plus tard lors du prononcé du verdict (*sic* Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 9, p. 487, 499 et 512. — Trébutien, *Cours de droit criminel*, t. 2, p. 567. — Dalloz, *v^o cassation*, n^{os} 2080 et 2081, 2119 et 2196).

D'ailleurs les conclusions de notre savant collègue, fussent-elles acceptées, n'écarteraient la difficulté qu'en partie. En matière correctionnelle ou de police, la cassation est habituellement générale et totale (art. 427 inst. crim.); et voici d'après M. Faustin-Hélie, pourquoi il en est autrement en matière criminelle. « S'il est facile, en matière criminelle, de séparer la déclaration sur le fait et l'application de la loi, puisqu'elles n'émanent pas du même juge,..... il n'en est pas ainsi en matière correctionnelle; ici, le jugement, œuvre du même juge, offre un tout, dont toutes les parties sont étroitement liées entre elles : la déclaration de culpabilité et l'application de la peine ne sont qu'une même opération et un même acte; toutes les mesures prononcées par le dispositif sont la conséquence d'une appréciation commune (*op. cit.*, p. 499). » Mais n'en est-il pas de même en matière criminelle, depuis que l'application de la peine a été combinée de telle sorte que la cour ne peut statuer que par suite d'appréciations qu'elle a dû puiser directement dans l'examen, indépendamment des éléments que fournit le verdict? Et, alors, la cour de renvoi n'a pas moins besoin de connaître tous les détails de l'accusation quand le premier arrêt a été annulé pour fausse application de la loi, que lorsqu'il l'a été pour vices de forme. On comprend que le verdict subsiste; mais qu'il y ait un cas dans lequel la cour doive prononcer sur l'application de la peine sans que les débats soient repris, voilà ce qui ne se comprend plus depuis que la

intervention dans l'examen du fait par suite de l'admission des peines divisibles; l'intérêt de l'accusé, sa coopération à la déclaration de culpabilité de 1808 à 1831, son contrôle sur le verdict affirmatif avec faculté de renvoi aux autres époques.

83 — Il résulte au moins de tout ceci que l'idée de la séparation des pouvoirs ne peut plus être, à elle seule, une raison suffisante pour dénier au jury le droit de se préoccuper de la peine lors du verdict, et à la défense celui de la lui faire connaître. Dans les conclusions, qu'il prit en 1836, devant la cour de cassation, M. Dupin, pour justifier ces précisions, n'alléguait cependant pas d'autres considérations. « Le jury prononce sur le fait et non sur le droit, disait-il; la division du fait et du droit est la base fondamentale de cette institution: si cette base est renversée, si on introduit le droit dans le fait, les débats sont dénaturés, et l'institution reçoit les plus graves atteintes » (1).

Nous ne nions pas la valeur spéculative ou historique de cet aperçu; mais la question est précisément de savoir ce qui reste aujourd'hui de cette base fondamentale de l'institution, et jusqu'à quel point on est encore dans le

séparation du fait et du droit a cessé d'être absolue, et que la cour a cessé de n'être, d'après l'expression du grand juge Regnier, qu'une machine d'application. Les art. 408, 410 et 434, sous ce rapport, pouvaient être rationnels au début; ils sont incompatibles avec l'état de choses nouvellement établi. Je conclurais volontiers à leur abrogation, et à la nécessité de toujours recommencer les débats, afin que la cour puisse être éclairée sur ce qu'elle doit connaître, et sur ce qu'elle serait sans cela condamnée à ignorer. — V. aussi *infra*, n° 132.

(1) *Journal du palais*, t. 27, p. 1200.

vrai, en puisant, dans un ordre de choses qui n'est plus, des considérations pour ou contre un ordre nouveau. Si l'organisation de la procédure par jurés s'est prêtée à ce que la cour s'immiscât dans les questions de fait, elle peut se prêter aussi à ce que le jury obtienne la faculté de s'immiscer dans les questions de droit, particulièrement en ce qui concerne l'application de la peine. Ce que l'on peut seulement concéder, c'est que la séparation a existé à l'origine, spécialement sous le code de brumaire an IV, et qu'elle n'a pu disparaître que par l'apparition de règles nouvelles.

Il s'agit donc uniquement de savoir si l'intervention du jury dans la fixation de la peine a été consacrée comme celle de la cour dans l'appréciation du fait.

§ 2.

Intervention du jury dans la fixation de la peine.

I.

84 — La loi du 25 frimaire an VIII n'était que le prélude d'une longue série de mesures qui devaient en développer les tendances.

Les principes de la monarchie constitutionnelle, ou plutôt de la démocratie royale de 1791, avaient tout naturellement conduit au système des peines fixes; il apparaissait comme le seul obstacle certain au retour de l'arbitraire dont la France avait longtemps gémi. Mais

nous avons dit plus haut quelles considérations rendaient impraticable cette conception de la justice criminelle. Une réaction ne devait pas tarder à se produire ; et autant à l'origine le législateur s'était montré jaloux d'une justice que nul arbitraire ne pût vicier, autant il va se montrer empressé de rendre possible et large l'influence des appréciations personnelles. Nous avons vu déjà la loi de frimaire an VIII introduire, pour quelques accusations, le système des peines divisibles, et le code de 1810 en étendre l'application à toute matière ; deux lois nouvelles apparaissent conseillées par les mêmes tendances, élaborées sous l'empire des mêmes préoccupations : celles des 25 juin 1824 et 28 avril 1832.

85 — Au jury appartient, depuis 1832, la faculté de déclarer l'existence des circonstances atténuantes (loi du 28 avril, art. 5 et 403 ; Instr. crim., art. 341). Dans quel ordre de faits ou d'idées peut-il puiser les motifs de leur admission ?

Sous ce rapport, la latitude la plus complète fut laissée au jury. « Les circonstances atténuantes ne doivent être ni prévues ni spécifiées, disait M. de Peyronnet lors de la loi du 25 juin 1824 ; car on ne pourrait les prévoir sans les borner, ni les borner sans nuire à l'intérêt des coupables (1). » — « Elles sont de leur nature indéfinissables et illimitées, » ajoutait M. Dumon en 1832 (2). Le sexe, l'âge, les antécédents, les mœurs et le caractère, l'imperfection naturelle ou l'altération des facultés, l'effe-

(1) *Moniteur* du 28 mai 1824.

(2) *Code pénal progressif*, p. 16.

vescence des passions, tous les mouvements de l'esprit ou du cœur qui modifient les actes de la vie humaine au point de vue intellectuel et moral, l'exagération des convictions ou le fanatisme des croyances, les influences perverses, les circonstances de temps et de lieux, la gravité ou la modicité des intérêts lésés : mille autres considérations commandent de la part du juge sévérité ou indulgence.

86 — Mais est-ce seulement par suite des circonstances de fait et des degrés variables d'imputabilité morale que le jury peut admettre des circonstances atténuantes ? Ne le peut-il pas également, quelque inexcusable en lui-même qu'il puisse d'ailleurs juger le fait incriminé, par cela seul qu'il trouve trop sévère ou inopportune la peine que la loi prononce ?

En dehors et au-dessus de toute discussion de droit positif, la philosophie aperçoit ici une haute question de responsabilité morale. Le juré prête serment de juger sans haine et sans faiblesse, de ne trahir ni les intérêts de la société, ni ceux de l'accusé ; il se parjure s'il sacrifie sa conviction à la commisération. Il est, sans doute, seul juge des éléments de sa conviction ; et la loi, sous ce rapport, lui octroie l'irresponsabilité civile. Mais, si la conviction se détermine spontanément et librement, une fois arrêtée elle est tyrannique et s'impose : l'irresponsabilité civile n'équivaut nullement à omnipotence, car elle ne légitime pas le mensonge ; et le juré reste toujours justiciable de sa propre conscience. Il lui importe donc de savoir, sans équivoque, ce que la loi lui permet et ce qu'elle lui défend. L'incertitude dans l'étendue des pres-

criptions d'un devoir ne peut qu'être funeste aux mœurs publiques ; elle jette la perplexité dans l'esprit et provoque la désobéissance, surtout quand il s'agit d'un devoir qui réclame le sacrifice d'une propension aussi naturelle à l'homme que la clémence. Puisqu'en dehors des causes légalement admissibles de circonstances atténuantes, l'atténuation ne peut être motivée que par des considérations qu'il y aurait pusillanimité et parjure à écouter, on comprend de quel intérêt, à tous points de vue, est la question de savoir si le juré peut atténuer son verdict sans autre but que de réagir sur la peine qui attend l'accusé, et que son appréciation personnelle lui ferait trouver trop sévère ou inopportune.

87 — A n'envisager que les lois générales de l'ordre social et politique, une telle faculté aux mains du jury est inadmissible ; elle constituerait une abdication insolite des droits et des devoirs de l'autorité. Au pouvoir législatif le droit de faire la loi ; au pouvoir judiciaire, celui de l'appliquer ; au souverain, si l'on veut, celui de faire grâce : voilà l'ordre qu'il n'est pas possible d'éviter sous peine de voir les rôles intervertis. Il est nécessaire, sans doute, que, dans son application individuelle, la peine puisse se modifier quant à sa durée ou à son exécution ; mais elle ne doit jamais pouvoir changer quant à sa nature, au gré de circonstances fortuites ou d'opinions individuelles : le fait criminel et la peine sont deux corrélatifs inséparables.

A un autre point de vue, d'ailleurs, la responsabilité des peines doit rester au législateur ; lui seul peut avoir la force de la supporter. La réforme du droit, surtout du droit pénal, est une tâche ardue et

redoutable. Il faut plus qu'une sagacité ordinaire pour pouvoir calculer l'influence probable ou possible d'une disposition législative, et dès-lors pour la contrôler. La valeur des peines, à un moment donné, dépend, en effet, de leurs rapports avec le système général de la législation, avec la situation actuelle des esprits, avec les besoins généraux du temps. Pour ne pas s'égarer dans de telles appréciations, l'esprit doit s'élever à des considérations sociales qui ne sont pas du domaine du juge, dont les regards ne peuvent et ne doivent embrasser que des intérêts et des faits isolés. L'autorité seule est à même, dès-lors, d'apprécier la convenance et la portée de la loi. Si elle hésite, comment voudrait-on que le juge, qu'il s'agisse de juge sédentaire ou de juré, pût décider? On comprend que, en présence des théories encore mal assises du droit de punir, le pouvoir législatif puisse être tenté de décliner une tâche si laborieuse, et de s'en décharger sur le pouvoir judiciaire; mais un tel expédient équivaldrait à un aveu d'impuissance, il bouleverserait l'organisation des pouvoirs publics, et surtout il exposerait la justice criminelle au plus grave écueil qui la puisse compromettre : l'incertitude dans la répression.

88 — Cependant le droit d'apprécier la peine en elle-même comme dans ses rapports avec l'infraction, pour la modifier, dans certaines limites, s'il le juge convenable, finira par être reconnu au jury. Toute la théorie de son organisation, les prescriptions formelles de la loi, s'opposaient d'abord d'une manière absolue à cette concession; cependant, essayée d'abord à titre d'expédient, elle ne tardera pas à être érigée à l'état de système. Ce sera le

résultat capital et définitif des réformes apportées par la loi du 28 avril 1832.

Pour apprécier les conséquences de la voie nouvelle dans laquelle entre la législation, il faut savoir pourquoi et dans quelles circonstances cette innovation fut introduite. Le droit, à quelque époque qu'on en aborde l'étude, n'existe jamais que comme résultat de forces antérieures, dont il est nécessaire de connaître l'origine et le caractère.

II.

89 — Le système des peines fixes, adopté en 1791, pour les délits de la police de sûreté, s'opposait à ce qu'il pût y avoir, au grand criminel, d'autres causes d'atténuation que celles qui étaient déterminées par la loi. Or, il n'y en avait que deux : la minorité de seize ans (C. P. du 25 septembre 1791, 1^{re} partie, tit. V, art. 1 et 3), et la provocation violente en cas de meurtre (id., 2^e partie, tit. II, sect. 1^{re}, art. 9 et 10). Les conséquences en étaient déduites par les juges du droit, en même temps qu'ils appliquaient la peine. Quant aux circonstances accessoires, non susceptibles d'être précisées à l'avance et qui, sans entrer parmi les éléments constitutifs de l'infraction, influent seulement sur la culpabilité relative et individuelle, elles ne pouvaient se faire jour que dans la série des questions intentionnelles, posées après les questions relatives au fait. Elles se confondaient

avec les causes de non culpabilité abandonnées à l'appréciation du jury (1).

Cet état de chose présentait un inconvénient grave : l'influence des circonstances accessoires était forcément nulle ou exagérée. Leur effet rationnel doit être d'amener une simple atténuation dans la peine ; réduites à se manifester dans les questions intentionnelles, sans pouvoir s'isoler, afin de n'avoir qu'un effet restreint, de la question de culpabilité, elles ne pouvaient qu'amener un acquittement ou rester impuissantes. Appliqué à la police municipale ou correctionnelle, ce mécanisme eût été sans dangers ; les peines y étaient restées divisibles, le juge avait une latitude suffisante pour que la répression pût suivre les degrés variables de culpabilité. Au grand criminel, il était à craindre qu'il ne conduisît à l'impunité. La puissance seule, en effet, ôte le désir et le prétexte de l'abus ; et les jurés, n'ayant aucun moyen de s'arrêter à un parti intermédiaire, devaient préférer soustraire l'accusé à toute répression, plutôt que d'être l'instrument d'une condamnation jugée excessive. C'est cette considération qui fit adopter, en l'an VIII, et généraliser en 1810, le système des peines divisibles ; c'est elle encore, ce premier palliatif ayant été jugé insuffisant, qui va faire naître la théorie des circonstances atténuantes. La réaction continue contre le système des peines fixes.

90 — On trouve le germe de cette théorie dans la loi du 2^{me} complémentaire an II, sur les conseils militaires, qui autorise formellement le juge, dans le cas

(1) Comp. Ortolan, *Eléments du droit pénal*, nos 399, et 1092 à 1097.

où les circonstances atténueraient la gravité du délit, à *commuer* ou *diminuer* la peine (art. 20). Dans cette loi, l'idée est encore vague ; l'expression, depuis consacrée, ne se rencontre même pas ; elle n'apparaît que dans la loi du 27 germinal an IV, dirigée contre les détracteurs du régime républicain. Ce qui est seulement digne d'être observé déjà, c'est que, dès l'origine, la faculté d'atténuer, en *commuant* la peine, apparaît comme une dévolution aux juges d'un droit appartenant régulièrement à un autre pouvoir.

91 — Sous le code de brumaire an IV, la théorie moderne de l'atténuation facultative commence à se formuler d'une manière plus générale, mais encore entourée d'incertitudes et d'équivoques. La loi nouvelle avait maintenu, dans toute sa rigueur, le principe des peines fixes en matière criminelle proprement dite ; cependant, dans un article final, sous la rubrique « de la manière dont les tribunaux criminels doivent prononcer lorsque les accusés sont déclarés excusables par les jurés, » elle disait : « lorsque le jury a déclaré que le fait d'excuse proposé par l'accusé est prouvé, s'il s'agit d'un meurtre, le tribunal prononce ainsi qu'il est réglé par l'article 9 de la section 1^{re} du tit. II de la 3^e partie du Code pénal. S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit la peine établie par la loi à une punition correctionnelle qui, en aucun cas, ne peut excéder deux années d'emprisonnement (art. 646). »

Cette disposition, un peu vague dans son énoncé, il faut le reconnaître, donna lieu à de nombreuses divergences d'interprétation. D'après quelques interprètes, l'art. 646

n'aurait eu en vue que l'excuse de provocation ; cela résulte, disent-ils, du renvoi qu'il visait au code du 25 septembre 1791. L'innovation n'eût consisté, dès lors, qu'en ce que cet article étendait à tout délit ce que le code de 1791 avait restreint au seul cas de meurtre. Selon d'autres, au contraire, l'art. 646 avait voulu créer un moyen général de réduction éventuelle des peines, en autorisant à prendre en considération tel fait d'excuse qu'aurait allégué l'accusé, dès que le jury, libre à cet égard dans son appréciation, l'aurait jugé acceptable. Le tribunal de cassation avait d'abord sanctionné la seconde interprétation en cassant des procédures qui s'en étaient écartées. Plus tard, il revint sur sa première doctrine, et décida qu'il ne pouvait être proposé d'autres faits d'excuse que ceux déclarés tels par la loi ; et que, à ceux-là seuls, les magistrats devaient donner effet, quelle qu'ait été, au surplus, la déclaration du jury (1).

92 — Le code de 1810 vint mettre fin aux incertitudes et aux embarras causés par ces revirements de jurisprudence, en consacrant la dernière interprétation donnée à l'art. 646 du code de brumaire. « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable (art. 65). Dès-lors le mot excuse prend un sens technique et positif ; il signifie une circonstance atténuante spécialement définie par le législateur.

Mais, tant est puissante la logique des faits, c'était alors retomber dans les inconvénients signalés sous les codes

(1) Voir sur ce point, Ortolan, *op. cit.*, nos 1095 et 1096.

de 1791, à l'époque où les circonstances accessoires, ne pouvant se manifester que dans les questions intentionnelles, avaient une influence exagérée ou nulle : pas d'intermédiaire entre une justice aveugle ou l'impunité. Il est vrai que le danger était devenu moindre sous le code de 1810, qui avait étendu à presque toutes les peines criminelles le principe de la divisibilité. Mais le jury n'avait aucun moyen d'influer sur la fixation de la peine dans les limites laissées facultatives ; et l'incertitude où il se trouvait sur le point de savoir ce que ferait la Cour à cet égard, en le laissant dans l'inquiétude sur les conséquences de sa décision, le jetait toujours dans un excès d'indulgence, parce qu'il n'était pas sûr d'échapper à un excès de sévérité.

93 — Il fallait nécessairement arriver à une distinction. Il y a, en effet, des excuses qui influent sur l'imputabilité absolue, parce qu'elles résultent de particularités constitutives de l'infraction ; le législateur peut et doit les prévoir, et en déterminer la portée. Il y en a d'autres qui n'influent que sur la culpabilité individuelle, parce que, étrangères au fait, elles ne résultent que de la position de l'accusé ; le juge de la culpabilité peut seul en reconnaître la valeur. Elles échappent, en effet, à toute détermination générale, et exigent une appréciation spéciale dans chaque affaire. Limiter la faculté d'atténuation aux cas prévus par la loi, c'est donc ne donner qu'une satisfaction incomplète aux exigences combinées de l'équité et de la répression.

La nécessité de cette classification des causes d'atténuation fut comprise par le législateur de 1810, mais il ne

l'appliqua qu'aux matières correctionnelles. Là, dans certains cas, à côté des excuses proprement dites, énumérées et définies par la loi, figurent les circonstances atténuantes pour causes non prévues et abandonnées à la discrétion des juges. « Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement est portée par le présent code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende même au-dessous de seize francs (Code pén., art. 463). »

Aucune restriction ne limitait le nombre ni la nature des causes d'atténuation ; il était seulement entendu qu'elles ne pourraient être puisées que dans « les circonstances et modalités du fait (1). »

94 — Pourquoi l'art. 463 ne fut-il pas alors déclaré applicable aux matières criminelles ? C'est ce qu'il est difficile de dire. Le motif qui le fit admettre en matière correctionnelle fut nettement indiqué par M. Faure : « c'est que sans cela les juges se trouveraient placés dans l'alternative fâcheuse d'user envers le coupable d'une rigueur dont l'excès leur paraîtrait injuste, ou de le renvoyer absous, en sacrifiant le devoir du magistrat à un sentiment inspiré par l'humanité (2). » Mais en quoi cette perspective est-elle moins à redouter en matière criminelle ? Les probabilités du compromis signalé par M. Faure y sont même doublées ; car, outre que la cour, après le verdict, pourrait

(1) Loqué, t. 31, p. 163.

(2) *Id.*, *loc. cit.*

avoir la tentation d'y accéder, le jury, dans l'incertitude de ce que fera la cour, peut, de son côté, préférer rendre un verdict négatif, afin de ne pas laisser possible une peine dont la rigueur inquiéterait sa conscience. Les faits vont tout-à-l'heure donner raison à cette prévision.

De toutes les causes alléguées pour justifier, ou pour expliquer au moins, le système incomplet du code de 1810, une seule nous paraît plausible, celle indiquée par M. Collard (1); c'est le peu de sympathie qu'avaient pour le jury la plupart des législateurs de l'époque. Puisqu'il était entendu que l'atténuation, aux termes de l'art. 463, ne pourrait être motivée que sur les circonstances du fait, c'était au jury, juge du fait, qu'il eût fallu, au grand criminel, concéder le droit de la provoquer. Or, après les indécisions qui s'étaient manifestées sur le maintien de l'institution, on dut craindre de donner une nouvelle attribution à un pouvoir contre lequel s'élevaient des défiances si nombreuses. C'est à peu près ce que laissait entendre M. Faure quand il voulut expliquer cette anomalie : « C'est, disait-il, parce que la substitution de peine qu'entraînerait l'admission des circonstances atténuantes au criminel serait plutôt une véritable commutation qui n'est que dans les attributions du souverain. » Raison parfaitement insuffisante au criminel, si elle n'est pas jugée suffisante au correctionnel.

95 — Aussi, le code pénal ne fut pas plutôt mis en vigueur, que, de toutes parts, on réclama un article additionnel à ce code qui donnât aux cours d'assises l'autori-

(1) *Système des circonstances atténuantes*, p. 22.

sation accordée par l'article 463 aux tribunaux correctionnels. « La chose mûrement examinée dans les bureaux du grand juge, dit M. Carnot, auquel nous empruntons ce détail, il avait été décidé que la proposition en serait faite au Conseil d'État, ce qui avait eu lieu; et cette proposition avait reçu du Conseil d'État une approbation générale. Il ne restait plus même qu'à la rédiger en projet de loi, lorsque les événements de 1814 vinrent occuper tellement les esprits que ce projet fut perdu de vue, malgré son importance. La question fut de nouveau soumise à M. le chancelier; et elle avait aussi reçu son approbation, lorsque M. Dambrai quitta le ministère de la justice (1). »

Jusqu'à l'année 1824 il ne paraît pas que ce projet ait été repris. Le système du Code de 1810 restera donc en vigueur jusqu'à la loi du 25 juin, époque à laquelle il sera reconnu incomplet et défectueux.

III.

96 — Après quinze années d'essai, la critique allait renouveler les mêmes plaintes, le pouvoir subir les mêmes préoccupations. Comme en l'an VIII, comme en 1803, comme en 1810, l'opinion s'effraie des progrès toujours croissants de l'impunité, et doute de la valeur du jury, en voyant se perpétuer, en dépit des réformes, les dangers que l'on avait essayé de conjurer. « Les condamnations

(1) *Commentaire sur le code pénal*, 2^e édit. t. II, p. 534.

deviennent chaque jour plus rares, disait M. de Peyronnet, dans l'exposé des motifs présenté à la Chambre des députés ; et la justice ne cesse de gémir sur son impuissance (1). » Ne croirait-on pas relire les considérants de la loi de frimaire an VIII, ou les doléances de la Cour de cassation en 1803 ?

Une fois encore, l'institution ne devra son salut qu'aux craintes qu'inspirent les juridictions sédentaires ; une fois encore, le législateur va tenter d'obtenir une répression plus sûre, en diminuant la sévérité des peines, et s'écarter, pour cela, de plus en plus des principes primitifs du jury.

97 — Personne ne se faisait plus illusion sur l'invraisemblance de la fiction qui avait fait croire à la Constituante que le jury rendrait son verdict sans en peser les conséquences légales. En supposant même que cette soumission aveugle ait jamais été possible, l'état des esprits, à cette époque de la Restauration, ne permettait pas de compter sur elle : l'opinion publique cédait alors, presque avec entraînement, à cette espèce de protestantisme politique, le fléau du XIX^e siècle, qui prétend réserver à la volonté individuelle son indépendance d'action, même en présence de la volonté collective et socialement convenue.

Cette tendance subversive se manifestait, dans l'administration de la justice criminelle, par d'incessantes insurrections contre la loi pénale. Ceux-là mêmes qui étaient chargés de son application, s'ingéraient de la soumettre au contrôle de leur propre jugement ; et, s'ils

(1) *Moniteur* du 28 mai 1824.

n'en approuvaient pas la décision, d'en paralyser l'action. Or, ces résistances irréfléchies déroutaient tous les calculs comme toutes les prévisions du législateur. De là l'énervation et l'impuissance de la répression que signalait M. de Peyronnet, et que, d'accord sur ce point avec le sentiment unanime, il imputait au jury « qui, préférant la justice à la vérité, niait volontairement l'évidence et se félicitait de pouvoir échapper par le mensonge au regret d'avoir provoqué des condamnations qui ne seraient pas équitables (1). »

98 — L'abus n'étant pas contesté, on crut que l'on parviendrait à lui ôter tout prétexte, et dès-lors à l'écartier, en donnant plus de latitude à la Cour dans l'application de la peine. Ce qui avait fréquemment porté le jury à reculer devant une condamnation, malgré l'évidence de la culpabilité, c'était la crainte d'une répression jugée, à tort ou à raison, excessive. Cette préoccupation semble ne plus devoir altérer la sincérité du verdict, si la peine devient assez mobile aux mains de la Cour pour que la perspective de sa sévérité ne puisse raisonnablement plus empêcher le jury de rester dans le vrai. Tel est si bien l'esprit de la réforme que M. de Peyronnet terminait l'exposé des motifs en disant : « Nous osons espérer que les magistrats feront usage de ce pouvoir avec tant de discernement et de prudence que les jurés, plus rassurés désormais sur les conséquences de leurs décisions, céderont moins souvent au désir d'altérer le caractère des faits (2). »

(1) *Moniteur* du 28 mai 1824.

(2) *Idem.*, *loc. cit.*

Là est tout le système de la loi du 25 juin : ramener le jury au respect de la vérité et de la loi, en lui laissant entrevoir même un excès d'indulgence. En 1810 on avait déjà, dans ce but, autorisé la Cour à faire varier la peine dans les limites d'un maximum et d'un minimum ; cette fois on l'autorise à reconnaître l'existence de circonstances atténuantes dont l'effet est d'abaisser la peine d'un degré, et quelquefois même de deux. Seulement, elle ne le peut que pour certains crimes : l'infanticide, les coups et blessures entraînant incapacité de travail de plus de vingt jours, et diverses sortes de vols qualifiés. C'est l'extension, encore incomplète, de l'article 463 du code de 1810 aux matières criminelles. Le procédé avait réussi quand la même déviation s'était manifestée en matière correctionnelle ; tout en ne dissimulant pas une grande défiance contre les tendances auxquelles il cédait, le législateur suivait les mêmes errements, comptant obtenir les mêmes résultats.

99 — Inutiles et vaines tentatives ! La cause du mal n'est pas dans la sévérité réelle ou prétendue des peines, pas plus que dans le mode de leur fixation ; elle est dans le mécanisme même de la procédure par jurés, dans l'isolement, aux mains de deux pouvoirs distincts, de la décision du fait et de l'application de la loi. Toute réforme qui n'attaquera pas de front ce principe fondamental de l'institution, trompera l'attente du législateur ; celle de 1824 ne devait être qu'une œuvre éphémère et stérile.

100 — Ce qui frappe d'abord quand on soumet à l'examen le procédé de la loi du 25 juin, c'est le peu de concordance entre le but proposé et l'expédient employé

pour l'atteindre. Le but était avoué ; et , sur ce point, nul doute n'est possible. Ce qui avait dicté les dispositions proposées, ce n'était pas une pensée de philanthropie ou d'indulgence ; on se proposait exclusivement de raffermir la répression ébranlée par de scandaleux acquittements. C'est pour cela que le prétendu bénéfice des circonstances atténuantes n'était étendu qu'à certaines accusations, celles dans lesquelles l'impunité fréquente et notoire avait amené une augmentation de criminalité. L'expédient fut un adoucissement dans la pénalité. Il y a là quelque chose qui étonne, et qui explique les protestations dirigées, pendant la discussion, contre le procédé de la loi. « Quoi, disait M. Séguet, et, quelques jours après, MM. Clausel de Coussergues et Duplessis de Grénedan, la France, par l'organe des conseils généraux, vous demande une loi qui arrête un crime effrayant par sa nature et sa multiplicité, l'infanticide ; un cri unanime, une expérience constante vous indiquent le remède ; on l'attend de vous : le législateur se lève, et c'est une amnistie qu'il proclame (1). »

La conséquence, en apparence tout au moins, n'était pas naturelle ; et l'on comprend la difficulté qu'éprouvaient quelques députés à saisir l'esprit du projet. Pour leur faire comprendre, il eût fallu avouer, ce que les auteurs de la loi ne s'avouaient peut-être pas à eux-mêmes, c'est qu'ils modifiaient la loi pénale, non pas en vue de son perfectionnement réel, mais pour remédier aux effets que produisait le mécanisme de la procédure par jurés,

(1) *Moniteur* des 15 et 17 juin 1824.

et surtout le dédoublement des deux éléments de toute décision judiciaire : le fait et le droit. Or il y avait là une déviation fâcheuse dans les vues législatives. La procédure criminelle doit être la conséquence et l'instrument de la pénalité ; la loi pénale , au contraire , obéit, dans ses évolutions, à des considérations qui lui sont propres. Intervertir les rôles , c'est méconnaître les conditions élémentaires de ces deux parties de la législation criminelle ; et , dès-lors , les compromettre toutes deux. Il n'y avait rien de bon à attendre de cette lutte d'éléments déclassés. La précipitation, avec laquelle le projet de loi avait été élaboré et fut voté, explique seule qu'on n'ait pas tenu compte de ces principes que révèle forcément la saine appréciation des doctrines, et qui furent d'ailleurs mis en lumière pendant la discussion, par M. Duplessis de Grénedan. « Tous ces moyens, disait-il, ont le vice commun d'altérer la législation criminelle , et conséquemment , de corrompre les mœurs ; de céder au mal, au lieu de le corriger ; de faire fléchir les règles de justice pour les accommoder aux vices des institutions et des hommes. Ainsi, le crime ne portera plus la peine qu'il mérite , la peine la plus efficace pour le prévenir ou le réprimer : ce sera celle que de mauvais juges ou des formes vicieuses permettront de lui infliger (1). »

102 — Il est rare que ce qui n'est pas rationnel puisse réussir ; et sous ce rapport, la loi était condamnée. Il y a plus, au point de vue purement pratique, son inefficacité était certaine, et fut prévue. Mais une réforme quelconque

(1) *Moniteur* du 17 juin 1826.

était urgente ; le temps manquait pour de plus longues méditations : on passa outre.

Ce que l'on voulait obtenir, en rendant la peine mobile, même quant à son degré, c'était que le jury cessât de nier la culpabilité par crainte d'une répression qu'il jugeait hors de proportion avec le crime. Or, pour atteindre ce but, il était indispensable que la réduction de la peine fût assurée au moment de la déclaration de culpabilité et par le même pouvoir. Si le jury s'était ingéré d'acquitter sous le prétexte que la peine prononcée par la loi était trop sévère, il était probable qu'il persisterait dans la même voie, tant que le coupable resterait exposé à la même peine, à la discrétion de la cour ; on ne s'en remet pas à un peut-être, quand il s'agit d'intérêts aussi graves que ceux qui s'agitent aux assises. « En laissant aux magistrats seuls, disait fort bien M. Chenevaz, le pouvoir d'apprécier les circonstances atténuantes pour pouvoir réduire la peine, vous manquez le but que vous vous proposez. Tout le monde est d'accord que la sévérité des peines entraîne le résultat affligeant de l'impunité. Les jurés, prévoyant la peine que leur déclaration va attirer sur la tête du coupable, préfèrent l'impunité plutôt que d'être l'instrument d'une condamnation qui répugne à leur cœur comme elle fatigue leur conscience. Pour remédier à ce mal, le projet de loi autorise la réduction de la peine, mais les jurés ne sont point appelés à s'expliquer sur les circonstances atténuantes ; ce sont les juges seuls que le projet investit de ce pouvoir. Vous laissez donc les jurés dans la même position où ils étaient auparavant ; ils préféreront encore, comme auparavant,

l'impunité, dans l'incertitude de savoir si les juges trouveront qu'il y ait des circonstances atténuantes (1). »

Quelques années plus tard, ces prévisions s'étaient réalisées; et pour justifier, en 1832, le projet de loi qui allait transporter de la cour, au jury, le droit d'atténuation, M. Barthe ne faisait que reproduire les considérations qu'avait inutilement présentées M. Chenevaz (2). Mais, en 1824, on hésitait encore à briser ce qui restait de l'ancien système de la séparation des pouvoirs, et une grave question d'attribution se présentait, qui finit par être momentanément résolue en faveur de la cour.

102 — Tout, dans ce débat qui s'agite encore de nos jours, dépendait de la manière d'envisager le rôle réservé aux circonstances atténuantes au grand criminel. Sur ce point, la pensée du législateur n'apparaît qu'incertaine et enveloppée de nuages, quelque soin qu'ait apporté M. de Peyronnet à la formuler. « Qui prononcera ces réductions? s'était-il demandé. Sera-ce le juré ou le juge? Ce sera le juge. Et pourquoi? parce que la réduction est une modification de la peine, et que, dans notre système judiciaire, le choix et l'application de la peine sont exclusivement dans les attributions du juge (3). »

C'est net et précis; mais il est fort contestable que, dans ce passage, l'argument justifie la thèse. Que la réduction, considérée comme modification à l'application ordinaire de la peine, par suite des circonstances atté-

(1) *Moniteur* du 16 juin 1821.

(2) *Infrà*, n° 110.

(3) *Moniteur* du 28 mai 1821.

nuances, rentre naturellement dans les attributions de la cour, ce n'est pas douteux. Mais autre chose est réduire la peine, c'est-à-dire déduire les conséquences légales des circonstances atténuantes, autre chose est déclarer qu'il y a des circonstances atténuantes; et de même que l'application pure et simple de la peine n'intervient que comme conséquence de la déclaration de culpabilité émanant du jury, de même la réduction, modalité de l'application de la peine, ne devrait intervenir que comme conséquence de la déclaration qu'il y a des circonstances atténuantes, modalité de la culpabilité. D'où la double conclusion que la déclaration des circonstances atténuantes devrait, comme la déclaration de culpabilité, émaner du jury; et le soin d'en déduire les conséquences légales, comme celui d'appliquer la peine, être confié à la cour; ce qui est le contrepied de la proposition de M. de Peyronnet.

103 — La question était évidemment mal posée. L'attribution du droit d'atténuation, à tel ou tel pouvoir, ne peut dépendre des effets que sont appelés à produire les circonstances atténuantes reconnues; elle doit être déterminée par la nature des faits qui peuvent en motiver l'admission. S'il est entendu qu'elles sont destinées à faire valoir les nuances de culpabilité, qu'elles ne peuvent dès lors être admises que par suite « des circonstances et des modalités du fait, » ainsi que cela était constant sous le Code de 1810 (1), leur existence ne peut être déclarée que par le juge du fait, c'est-à-dire par le jury. La déduction est irrésistible; et, pour éviter la conclusion

(1) *Suprà*, n° 93.

qu'elle impose, il aurait fallu attribuer un rôle tout nouveau aux circonstances atténuantes.

M. de Peyronnet le pressentit. Aussi ajoutait-il, en insistant : « Comment soumettre au jury, essentiellement juge du fait... des questions... le plus souvent *relatives à des considérations morales et par conséquent étrangères à toute circonstance de fait.* » Mais quelles sont donc ces considérations morales, étrangères à toute circonstance de fait, qui peuvent motiver une atténuation ? Si l'infraction, qui donne lieu aux poursuites, se présente telle qu'elle a été définie par la loi, sans que rien, ni dans la personne de l'accusé, ni dans les circonstances externes, en modifie le caractère prévu, la peine légale doit être rigoureusement appliquée. Où donc le juge puiserait-il le droit de dire qu'il est équitable de la changer ? Il est difficile de suivre ici la peine du célèbre garde des sceaux. Peut-être entrevoyait-il déjà la concession qui sera faite au jury, en 1832, de réviser la loi pénale, comme organe intérimaire du pouvoir législatif, s'inspirant alors des considérations absolues qui président à l'organisation de la répression. Ce qui tendrait à le faire croire, c'est la portée que, dans son rapport au nom de la commission de la chambre, M. Jacquinet Pampelune, donnait à la loi du 25 juin. « Il est question, disait-il, de créer un système de réduction facultative de permettre de diminuer, de changer même, s'il y a lieu, la nature des peines que le code pénal a taxativement infligées (1). » Mais alors il s'agit d'une prérogative qui n'appartient qu'au pouvoir

(1) *Moniteur* du 16 juin 1824.

législatif; et il n'y a pas plus de raison de la déléguer à la cour qu'au jury. A tout prendre même, la compétence du jury serait encore plus naturelle, par suite des liens qui le rattachent à l'élément populaire, en qui réside l'autorité législative.

104 — Tout cela est assez vague; et il n'est pas certain même que le législateur ait clairement perçu sa propre pensée. Ce qui déterminait sa décision, ce fut principalement un respect instinctif des règles primitives de la procédure par jurés, et une défiance mal déguisée contre la juridiction populaire.

Le but pratique des circonstances atténuantes, que l'atténuation dût être motivée sur des éléments de fait ou sur toute autre considération, était de donner au pouvoir judiciaire un moyen de proportionner la peine à l'infraction avec une exactitude plus spéciale que ne le peut faire la loi générale. Or, pour établir un rapport entre deux termes, il faut évidemment les connaître tous deux. En restant dans la théorie primitive de la procédure par jurés, ni l'un ni l'autre des pouvoirs qui se partagent aux assises l'autorité judiciaire n'avait compétence pour procéder à cette opération : le jury, d'après la doctrine de la Constituante, devait ignorer la peine; la cour devait ne pas se préoccuper des faits. Mais à la longue, nous l'avons vu, il était devenu indispensable d'élargir les attributions de la cour et de la faire intervenir dans l'examen du fait; elle se trouvait donc, en 1824, et seule encore, à même de comparer le fait et la peine. Pour ceux qui voyaient avec peine s'évanouir un à un tous les éléments de la doctrine primitive, il était naturel de

profiter des dérogations déjà accomplies, sans les élargir encore ; à la cour donc devait être attribué le droit d'atténuation. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut comprendre ce que disait M. Chenevaz, quand, après avoir exprimé les doutes de ses collègues qui, ainsi qu'il en avait eu lui-même la pensée, voulaient investir le jury du droit nouveau, il ajoutait : « Le moyen proposé n'est pas admissible. Il intervertirait le rôle des jurés et des juges : il contrarierait essentiellement l'institution du jury dans le cercle de ses attributions (1). »

105 — Quoi qu'il en soit, il reste avéré que, si l'on réservait à la cour le droit de déclarer les circonstances atténuantes, c'est exclusivement parce qu'elle seule est réputée connaître la peine, et qu'elle seule dès-lors peut la comparer au fait pour savoir s'il n'y a pas lieu de la modifier.

Or, là est déjà un élément de solution décisif à l'appui de la thèse de droit positif qui fait l'objet de cette étude. La loi du 28 avril 1832 va transporter au jury les attributions d'abord réservées à la cour. Si la cour, en 1824, ne pouvait pas remplir la mission qui lui était confiée sans connaître la peine et porter spécialement son attention sur elle, comment en serait-il autrement du jury chargé, sous la loi nouvelle, des mêmes attributions ?

Mais ce ne sont là que des présomptions sur lesquelles il est superflu d'insister ; la thèse qu'elles établissent déjà d'une manière péremptoire va recevoir la consécration solennelle et formelle du législateur.

(1) *Moniteur* du 16 juin 1824.

IV.

106 — Huit années d'application avaient justifié les prévisions de ceux qui, dès 1824, avaient annoncé l'inefficacité de la loi du 25 juin.

L'institution du jury, malgré les réformes apportées à sa constitution, ne cessait d'exciter les réclamations. Des acquittements inexplicables, jugés tels par l'opinion publique, appelaient de nouveau l'intervention du législateur ; le mal n'avait fait que se développer. Une fois encore, et toujours sous l'empire des mêmes préoccupations, le droit pénal ainsi que le mécanisme de la procédure par jurés vont être modifiés.

107 — La doctrine de l'omnipotence du jury était alors à l'apogée de son éphémère succès ; les préoccupations politiques, égarant l'opinion, avaient pénétré jusque dans l'enceinte des tribunaux. Au milieu de la lutte engagée contre les idées libérales à la fin de la Restauration, l'esprit de parti comprenait que ce serait une conquête inappréciable que l'établissement d'un pouvoir irresponsable et omnipotent. Comme on désespérait de la loi, on voulut placer au-dessus d'elle une institution qui pût la modifier et le faire impunément ; c'était une voie d'opposition, un moyen d'intervention indirecte, mais tout puissant, dans l'exercice du pouvoir législatif. Au nom de l'indépendance du jury, qui est une vérité, on réclama l'omnipotence, c'est-à-dire l'oubli des devoirs qu'imposent

la mission confiée ainsi que la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire.

C'était le temps de la loi du 25 juin 1825, sur le sacrilège, loi qu'avait frappée une réprobation universelle, et dont on cherchait, par tous les moyens, à éluder l'application. Sous le plausible prétexte de tempérer la loi par l'équité, on réclama pour le jury le droit de prononcer sur la culpabilité, non en fait, comme il appartient à l'autorité judiciaire de le faire, mais au point de vue moral et social, ce qui n'appartient qu'au pouvoir législatif. La confusion était volontaire et sciemment proposée; mais la loi l'autorisait pleinement depuis le Code de 1808 (1). D'ailleurs, laissant de côté la question de légalité, les partisans du système n'y voyaient qu'une tactique de parti, s'abritant sous le voile des intérêts publics; et, à ce titre, ils méconnaissaient ou feignaient d'ignorer les dangers de ce pouvoir constitué à la fois juge, juré et législateur.

108 — Le mode de formation des listes du jury favorisait le succès de ces tendances, en achevant de donner à l'institution un caractère politique. A ne consulter que les traditions primitives et pures, tous les citoyens devraient faire partie du jury. C'est pourquoi, en Angleterre, le jugement par jurés s'appelle le jugement par le pays. Par qui voulez-vous être jugé, demande-t-on à l'accusé? Par Dieu et mon pays : telle est la réponse dont la formule s'est perpétuée d'âge en âge. Si l'on n'admet qu'un personnel choisi, ce n'est plus la *vox populi* qui prononce,

(1) *Suprà*, n^o 45, 46 et 47.

c'est une corporation; ce qui altère les éléments essentiels de la justice populaire. Ce système cependant n'a jamais été jugé praticable en France; et par une assimilation qu'il est au moins permis de trouver forcée et dangereuse, on y a toujours confondu le droit d'être juré avec celui d'être électeur, voyant deux formes d'exercice du même droit, dans ces deux modes d'intervention de l'individu dans les rouages du gouvernement représentatif. M. de Tocqueville élève même cette pratique à la hauteur d'un principe : « Le jury, dit-il, forme la partie de la nation chargée d'assurer l'exécution des lois, comme les chambres sont la partie de la nation chargée de faire les lois; et pour que la société soit gouvernée d'une manière fixe et uniforme, il est nécessaire que la liste des jurés s'étende ou se resserre avec celle des électeurs (1). » De là la similitude, sinon l'identité, des conditions d'aptitude aux deux fonctions, depuis la loi des 16-29 septembre 1791 jusqu'à celles du 2 mai 1827 et 4 juin 1853.

Il devait résulter de là une altération croissante du caractère du jury. Appelés par le même titre, puisant leur double aptitude dans les mêmes conditions, le juré et l'électeur sont, pour ainsi dire, conviés à confondre leurs fonctions, et à se croire appelés tous deux à prononcer sur des intérêts publics, jugeant les besoins de l'État et la marche des affaires sociales. Pour ceux qui, comme M. de Tocqueville, ne voient dans le jury qu'une institution politique, une dépendance du dogme de la souveraineté populaire, il n'y a, en cela, rien qui ne soit rationnel et

(1) *De la démocratie en Amérique*, chap. XVI, 13^e édit., t. 1, p. 330.

même désirable; mais il est difficile que le même jugement soit accepté par ceux qui se préoccupent de l'action du jury comme pouvoir judiciaire. Aussi, dans un travail riche de faits et d'idées, M. Faustin-Hélie a-t-il vivement blâmé cette assimilation de fonctions distinctes au moins par leur but; il voit en elle un écueil pour l'institution, et voudrait, à tout prix, ne pas altérer les fonctions judiciaires, en y laissant pénétrer l'élément politique (1). Quelque parti que l'on prenne dans ce débat, l'assimilation est un fait; et l'on comprend quelle influence elle pouvait exercer sur les tendances qui cherchaient à constituer le jury juge de la loi, à le conduire à la théorie de l'omnipotence, en affectant de ne voir que deux formes du pouvoir politique dans la représentation nationale et judiciaire.

109 — Est-il étonnant que, incité par la doctrine de l'omnipotence, trompé par l'origine confuse de sa délégation, le jury ait, de plus en plus, étendu ses pouvoirs, et soit arrivé à subordonner ses verdicts à l'appréciation du mérite et de l'opportunité de la peine. L'année 1831 vit se multiplier des abus inquiétants. Les prescriptions de l'art. 342 étaient chaque jour méconnues et trahies; et faute de pouvoir se produire dans des limites convenables, la préoccupation de la peine conduisait à des verdicts négatifs. Ici, ayant à prononcer sur une accusation d'association illicite, le jury rendait un verdict négatif, sous

(1) *Revue de législation*. t. 15, p. 325. — *Traité de l'Inst. crim.* t. 8, p. 253. — Voir aussi le remarquable rapport de M. Langlois de la Sarthe, sur le projet de loi du 4 juin 1853; Dalloz, *Rép.* t. 38, p. 341,

prétexte que les dispositions de la loi, à cet égard, étaient contraires à la liberté. Là, il prononçait l'acquiescement d'un imprimeur qui avait exercé sans brevet, sous prétexte que, depuis la révolution de juillet, cette profession ne devait plus rencontrer d'entraves. On peut voir, dans les journaux du temps, le ridicule dont l'abus des acquiescements de ce genre couvrait la justice.

Ce n'est pas seulement dans les causes présentant quelque caractère politique que la loi perdait ainsi son empire pour faire place à l'arbitraire. Les insurrections du jury n'étaient pas moins fréquentes, quoique par suite de préoccupations d'un autre genre, dans les poursuites relatives aux crimes de droit commun. Le sentiment public avait accepté à cette époque, comme une vérité incontestable, l'idée que les peines étaient exagérées. On songeait alors à l'indulgence et à la moralisation bien plus qu'à la répression. Les publicistes les plus éloquents préconisaient systématiquement la modération des peines, et venaient de créer l'école philanthropique moderne. L'idée d'une réforme était descendue dans les mœurs; et le jury, prenant pour des résultats acquis ce que les publicistes ne faisaient souvent qu'étudier et proposer aux méditations du législateur, soustrait en fait à la règle qui lui défendait de se préoccuper des conséquences de son verdict, s'attribuait le droit de proportionner la répression à ses vues, de paralyser la loi quand il n'en approuvait pas les dispositions. L'impunité sortait encore de cette lutte des sentiments d'humanité et de justice que la division des pouvoirs empêchait de s'accorder par des concessions réciproques; chaque jour la société s'alarmait de décisions hautement

désavouées par l'évidence des faits. La cause du mal, c'était toujours la propension du jury à ne pas se renfermer dans son rôle de juge et à s'octroyer le privilège de contrôler la loi. « Le jury, disait M. Barthe dans l'exposé des motifs de la loi du 28 avril, s'habitue à faire peu de cas de sa propre sincérité; il se réfugie dans des fictions, c'est-à-dire dans le mensonge; il se parjure, de peur d'être cruel.... Il est notoire qu'il recule souvent devant les conséquences de sa déclaration..... L'expérience démontre que son penchant est d'assurer, par l'effet même de sa déclaration, les atténuations qu'il croit justes. » (1)

110 — La question se présentait donc de nouveau telle qu'elle avait été posée en 1824. Seulement un élément de plus était désormais acquis qui éclairait l'œuvre de la réformation : l'insuffisance évidente, pour ramener le jury au respect de la vérité, de la perspective de l'atténuation permise à la Cour après le verdict, et la nécessité de faire statuer sur cette atténuation au moment de la déclaration de culpabilité et par le même pouvoir. « Si la déclaration des circonstances atténuantes, ajoute M. Barthe, restait dévolue à la Cour, l'incertitude du jury sur le point de savoir si la Cour les déclarerait, en le laissant dans l'inquiétude sur les conséquences de sa décision, le jetterait dans un excès d'indulgence parce qu'il ne serait pas certain d'échapper à un excès de sévérité (2). »

De là la première disposition de la loi qui, modifiant, au point de vue de l'organisation de la procédure, la

(1) *Code pénal progressif*, p. 13 et 18.

(2) *Idem*, p. 13.

répartition des attributions, transfère de la cour au jury le droit de déclarer l'existence des circonstances atténuantes. Pendant quarante ans, de 1791 à 1832, le pouvoir législatif a vainement essayé de sauver les principes de l'organisation primitive ; il cède enfin, et, ne cherchant plus à lutter contre une usurpation que l'usage a pour ainsi dire légitimée, il déchire le voile qui était censé couvrir les dispositions de la loi aux yeux des jurés. Les faits avaient rendu ce sacrifice nécessaire ; car « sans cela, disait plus loin M. Barthe, et les termes méritent d'être médités, le jury serait hors d'état de se rendre compte à l'avance de la portée de sa déclaration, et cependant il faut le soustraire à l'incertitude, si on veut le rattacher au respect de la vérité (1). »

Désormais, c'est donc au jury qu'il appartient de proportionner la peine à l'infraction avec une exactitude plus spéciale que n'a pu le faire la loi générale. Il est, à cette fin, investi du droit de juger la loi pénale, de la réviser s'il le juge à propos, et d'assurer dans son verdict, au moyen des circonstances atténuantes, la réduction qu'il croit juste. Cette faculté lui est accordée dans toutes les poursuites criminelles sans distinction, parce que les écarts qui, en 1824, n'avaient été signalés qu'à propos de certains crimes, l'étaient maintenant dans toutes les accusations.

111 — Ainsi envisagé, une objection grave s'opposait à l'adoption du projet : celle qui, en 1824, avait arrêté M. de Peyronnet et les chambres. La question d'attri-

(1) *Code pénal progressif*, p. 350.

bution, au point de vue théorique, subsistait telle qu'elle avait été résolue à cette dernière époque : on admettait encore que le droit d'atténuation, impliquant la connaissance et l'examen de la peine prononcée par la loi, ne pouvait régulièrement, par suite du mécanisme de la procédure par jurés, appartenir qu'à la cour. On passa outre cette fois, et par suite de la plus péremptoire de toutes les raisons, c'est qu'on ne pouvait empêcher les faits de se produire tels qu'ils étaient.

M. de Bastard, dans son rapport à la chambre des Pairs, aborda sans équivoque la difficulté, soulevée au sein de la commission par un de ses membres. Il reconnut l'objection fondée; «mais, ajoutait-il, cette opinion, appuyée sur les principes mêmes de l'institution du jury, sur l'exacte séparation des pouvoirs qui, dans tout procès criminel, se divisent entre les jurés et les magistrats, présentait de telles difficultés dans son application, que votre commission a cru ne pas devoir s'y arrêter. Tout en avouant ce que cette opinion a de vrai, il faut ajouter que le législateur ne peut méconnaître la puissance des faits, des mœurs, et même des préjugés de l'époque dans laquelle il vit (1)... » A la chambre des députés, M. Barthe n'avait pas été moins explicite : « L'initiative des circonstances atténuantes donnée au jury, avait-il dit, n'aura d'autre effet que de légitimer un pouvoir qu'il exerce déjà. Il y a toujours un avantage dans la vérité; et quand même le projet de loi aurait pour résultat unique de rattacher les atténuations non à de pieux parjures, mais à des verdicts consciencieux,

(1) *Code pénal progressif*, p. 28.

ce serait déjà une importante amélioration (1). » Ailleurs il avait donné d'un mot le caractère de la réforme, en disant que l'attribution au jury du droit qu'elle lui confère ne faisait que « rendre régulier l'usage d'un pouvoir dont il est en possession.....; attendu qu'il vaut mieux le lui donner que le lui laisser prendre (2). »

112 — Si la loi du 28 avril n'eût consacré que cette innovation, elle eût été déjà une mesure grave, une des plus graves sans contredit qui se soient produites depuis longtemps dans notre législation criminelle. Cependant ce n'est là qu'un des côtés, je dirais presque le côté secondaire de la réforme. La loi de 1832 n'a pas seulement transféré de la cour au jury le droit d'atténuation; elle a, de plus, modifié le caractère des circonstances atténuantes, ou plutôt elle a formulé, et reconnu légitime, une cause générale d'atténuation qui, jusque-là, n'avait été qu'imparfaitement définie.

Sous le code de 1810, alors que les circonstances atténuantes ne pouvaient être reconnues qu'en matière correctionnelle, il était formellement prescrit de ne les admettre que par suite, « des circonstances et modalités du fait (3). » Elles étaient alors destinées à faire valoir dans la répression ces nuances d'imputabilité morale qui peuvent, dans chaque espèce, et quoique le fait incriminé soit matériellement le même, modifier la culpabilité individuelle. Lors de la loi de 1824, de vagues insinuations

(1) *Code pénal progressif*, p. 19.

(2) *Idem*, p. 349.

(3) *Suprà*, n° 93.

laissent entrevoir déjà que le législateur tend à élargir le cercle. L'atténuation peut être motivée, selon M. de Peyronnet, sur « des considérations morales, étrangères à toute circonstance de fait (1) ; » circonstances dont la nature ne fut pas clairement dévoilée, mais qui ne pouvaient évidemment se rattacher qu'à l'état de la loi pénale et aux problèmes qu'elle soulève. La loi de 1832 vint mettre fin aux incertitudes. Quelque inexcusable en lui-même que soit le fait incriminé, et quand même il se présenterait tel que la loi générale l'a prévu, sans que rien en atténue la gravité absolue, le jury peut abaisser la peine au moyen des circonstances atténuantes, par cela seul qu'il trouve vicieuse l'incrimination de la loi ou inopportune la peine prononcée. Il est investi d'un droit de contrôle et de révision sur la loi; il est convié à s'élever à ces hautes considérations politiques et morales qui président à l'organisation de la répression : on lui confie, ainsi que le proclamait M. de Bastard, « des pouvoirs que le législateur s'était réservés jusque là à lui-même (2). »

C'est la deuxième innovation introduite par la loi du 28 avril ; les raisons qui la conseillèrent vont nous en dire le caractère et la portée.

443 — Les progrès avérés de l'omnipotence n'étaient pas dus seulement aux résistances du jury à s'en remettre à la Cour du soin d'effectuer les atténuations jugées par lui équitables, par suite des circonstances de fait; cette fausse et dangereuse doctrine trouvait encore son explica-

(1) *Suprà*, n° 103.

(2) *Code pénal progressif*, p. 28.

tion, sinon sa justification, dans l'exagération réelle de quelques peines.

Le droit pénal est, de toutes les parties de la législation, la plus variable et la plus mobile. Les lois criminelles ne peuvent être, en effet, qu'un expédient, sans autre restriction que les nécessités variables du moment. Toutefois, et la part faite de ces nécessités, il est constant que la répression n'ayant qu'un but : la conservation de l'ordre social et de la sécurité publique, dès que le châtiment cesse d'être nécessaire, il devient inique et doit disparaître. Or, la marche progressive de l'esprit humain, l'adoucissement des mœurs, en développant la sensibilité morale et même physique de l'homme, amènent tout naturellement la modération graduelle de la peine, sans que pour cela l'intensité des punitions change de niveau. C'est par application de cette loi de l'histoire que le temps a successivement emporté dans son vol les tortures de l'instruction, et tout cet appareil de supplices atroces que pouvait expliquer, peut-être même rendre nécessaires, les mœurs rudes des temps passés, mais dont les descriptions indignent et révoltent, de nos jours, les plus endurcis partisans de la sévérité. Cependant, tant les craintes personnelles ou les cris de l'égoïsme peuvent obscurcir longtemps les conseils de l'équité, le Code de 1810 n'avait pas encore recueilli tous les enseignements du XVIII^e siècle, dont la réforme criminelle avait été une des œuvres de prédilection. Des peines inutiles et barbares s'y rencontraient encore : la marque, la mutilation du poing, le mode d'exécution du condamné pour parricide ; des incriminations désavouées par l'opinion y

figuraient. Le vœu public sollicitait une réforme ; l'application journalière de la dangereuse doctrine de l'omnipotence, était l'expression de ce besoin. La magistrature elle-même subissait l'impulsion commune ; des souvenirs personnels pourraient attester que le ministère public provoqua souvent des acquittements, malgré l'évidence de la culpabilité, dans des cas d'incendie par exemple, à cause de la loi qui punissait de mort l'incendie d'une botte de paille. La légende du Palais se transmet ces souvenirs comme un hommage à l'indépendance de ces hautes fonctions.

114 — Un tel état de choses ne pouvait être vu avec indifférence. La loi perdait son empire ; la justice sociale faisait place à l'arbitraire et au caprice : la réforme était urgente. « L'humanité la réclame, disait M. Dumon ; la prudence la conseille ; la magistrature est d'accord avec l'opinion (1).

De là les dispositions de la loi de 1832, qui toutes s'inspirent d'une pensée de modération et de mansuétude. La peine de mort est supprimée dans neuf cas ; trois peines barbares sont effacées : la mutilation du poing, la marque et le carcan ; plusieurs incriminations reconnues vicieuses sont rectifiées : celles de la tentative, de l'attentat et du complot, de l'incendie, du faux témoignage, des attentats à la pudeur, etc. ; la surveillance de la haute police est modifiée ; une peine spéciale aux crimes politiques, la détention, est créée.

115 — Ces modifications de détail, les seules qui furent

(1) *Code pénal progressif*, p. 14.

alors positivement consacrées, ne répondaient qu'en partie à la tâche annoncée. Elles donnaient satisfaction à l'opinion sur certains points que la controverse philosophique ou la pratique avaient pour ainsi dire déjà résolues ; mais laissaient en dehors la partie vive : la théorie même du droit pénal, telle que les temps modernes l'ont peu à peu édifiée. En ceci, la loi de 1832, respectant la loi existante, introduisit seulement un mode de réformation progressive, qui voilait les imperfections de la loi s'il ne les redressait pas et qui, avant tout, présentait l'avantage d'exonérer momentanément le législateur de la responsabilité que fait peser sur lui l'élaboration de la loi criminelle.

Elle est lourde cette responsabilité ; et l'on comprend que, en présence des théories encore mal assises du droit de punir, le pouvoir ait été tenté de décliner une tâche si laborieuse. Il serait, en effet, bien léger, celui qui apporterait à la remplir la liberté d'esprit et la sécurité de décision qu'autorise la discussion spéculative ; car pas un principe qui ne se traduise ici par des questions de vie ou de mort, d'honneur et d'infamie pour les uns, de sécurité ou d'alarme pour les autres. Une seule chose peut donner sécurité à la conscience du législateur et résolution à ses décisions : c'est la certitude d'être soutenu par l'opinion publique. Or, en 1832, l'opinion désirait ardemment une réforme ; elle en comprenait la nécessité, sans en avoir cependant dégagé la formule. Quelques points, dès longtemps étudiés, étaient disposés à recevoir une solution ; ils furent l'objet de modifications positives. Mais le temps manquait pour de plus longues méditations,

et, en présence de la nécessité acclamée d'une réforme générale, le législateur voulut, sur les points encore mal résolus, réunir à ses lumières celles du pays. Il chercha un pouvoir qui pût, selon les temps, les lieux et les circonstances, suivre les vicissitudes de l'opinion, si l'on ne veut pas dire les progrès de l'esprit humain, afin de maintenir sans cesse la répression d'accord avec les mœurs. Le jury s'offrait et fut choisi pour exercer sur le droit pénal ce contrôle de chaque jour, que les préteurs avaient exercé d'une manière si fructueuse sur le droit civil de Rome. Qu'on ne voie pas, en ceci, une flatterie à l'endroit des vanités populaire ; ce n'était que la prudence d'un pouvoir sollicité par d'autres préoccupations, et qui, consacrant formellement les innovations dont la valeur était acquise, conviait le pays à compléter son œuvre.

116 — Les circonstances atténuantes deviennent ainsi un moyen, non plus de proportionner la peine au fait, d'après le plus ou moins de culpabilité individuelle, mais de réviser les incriminations de la loi, de remédier à l'insuffisance de ses gradations, de contrôler enfin les pénalités sous l'empire de ces hautes considérations morales et sociales qui président à l'organisation de la répression. Elles « contiennent, selon l'expression de M. Dumon, un adoucissement éventuel, il est vrai, mais complet du code pénal (1). » Les pouvoirs du jury, sous ce rapport, le séparent profondément de toutes les autres juridictions. Habituellement, les juges, par la nature

(1) *Code pénal progressif*, p. 15.

même de leur mission, apprécient les faits et doivent appliquer la loi sans la discuter; le jury, au contraire, apprécie la loi avant de l'appliquer, et la réforme s'il le juge à propos. Il participe, à la fois, du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, qui a voulu trouver en lui une sorte de commission d'enquête et de surveillance intérimaire.

Ce caractère des nouvelles fonctions conférées au jury est annoncé par M. Barthe dès les premiers mots de l'exposé des motifs. « En même temps, dit-il, que l'on renonçait à tenter, quant à présent, la codification de toute notre législation criminelle, il fallait toutefois trouver un moyen d'étendre à toutes les matières la possibilité d'adoucir les rigueurs de la loi, autrement que par une révision minutieuse des moindres détails. Pour atteindre ce but, le projet de loi a introduit dans les affaires de grand criminel la faculté d'atténuation que l'article 463 du Code pénal ouvre pour les matières correctionnelles..... Une pareille latitude n'est que justice. Les divers faits incriminés par le Code, sous une même dénomination générique, sont loin de peser du même poids, soit dans la vérité de leur appréciation morale, soit pour le mal qu'ils produisent et les dangers qu'ils font courir à l'ordre social... La conscience se révolte contre ces assimilations; le jury s'habitue à faire cas de sa propre sincérité; il se réfugie dans des fictions, c'est-à-dire dans le mensonge; il se parjure de peur d'être cruel. Les devoirs d'humanité se concilieront avec ceux que le respect de la vérité impose, lorsque le jury sera laissé maître de déclarer les circons-

tances atténuantes (1). » Même manière de voir dans le rapport de la Commission. « Il n'y a pas d'autre remède aux inconvénients signalés, dit M. Dumon, que d'introduire, dans chaque accusation, un droit absolu d'atténuer le crime et la peine, et de rectifier ainsi par l'appréciation circonstanciée de la conscience, l'appréciation générale de la loi (2). »

117 — C'était là une atteinte grave aux prérogatives comme aux devoirs du pouvoir législatif. C'est au législateur, attentif aux besoins de la société, d'observer le moment où les mœurs publiques lui permettent de modifier la loi ; n'est-ce pas étrangement se méprendre que de confier ces hautes questions à l'intelligence de douze citoyens réunis au hasard ?

L'objection était trop naturelle pour ne pas être relevée ; elle le fut vivement, il paraît, au sein de la commission de la Chambre des Pairs. M. de Bastard le rapporte en ces termes, après avoir constaté, toutefois, l'adhésion de la commission au projet présenté : « Nous devons dire, cependant, qu'un de ses membres, qui s'est fort occupé de la théorie des lois pénales et du jugement par jury, est convaincu que ce ne sera pas sans grand dommage pour la société, sans grand péril pour l'institution même du jury, que les juges ou les jurés seront investis du droit de se prononcer sur l'appréciation des circonstances atténuantes, appréciation qu'il ne lui paraît pas impossible que le législateur fasse d'avance en multipliant davantage les subdivi-

(1) *Code pénal progressif*, p. 13.

(2) *Id.*, p. 16.

sions dans lesquelles rentrent tous les délits.... Il n'hésite pas à penser que le législateur seul est placé assez haut pour assumer la responsabilité de l'application de la peine de mort, de l'exposition et des travaux forcés à perpétuité, dont il ne conteste ni la justice ni l'efficacité, mais peines indivisibles que le juge ne peut ni modifier ni restreindre, et que, selon lui, le législateur peut seul infliger. » Mais les faits sont parfois plus forts que les meilleures raisons et les principes les plus orthodoxes.

« Cette opinion, ajoute aussitôt le rapporteur, appuyée sur les principes mêmes de l'institution du jury, *sur l'exacte séparation des pouvoirs qui, dans tout procès criminel, se divisent entre le législateur, les jurés et les magistrats*, présentait de telles difficultés dans la pratique, que votre commission a cru ne pas devoir s'y arrêter; car, en avouant tout ce que cette opinion a de vrai, il faut ajouter que le législateur ne peut méconnaître la puissance des faits, des mœurs, et même des préjugés de l'époque dans laquelle il vit (1). »

C'est après ces explications que le projet fut adopté; et M. de Bastard le caractérisait plus énergiquement encore, quelques lignes plus bas, en disant qu'il attribue au jury « des pouvoirs que le législateur s'était jusque-là réservés à lui-même. » Le jury peut donc, c'est incontestable, contrôler les incriminations de la loi, et réformer les pénalités s'il le juge à propos. Dans cette interversion des règles de l'ordre politique, le législateur voit un moyen de mettre la loi pénale en harmonie permanente avec l'opinion

(1) *Code pénal progressif*, p. 27.

publique, appelée à se manifester dans chaque poursuite(1).

118 — Ainsi, lorsque se présenta, lors de la révision, l'accablant problème de la peine de mort, le législateur ne voulut ni le résoudre, ni même l'aborder. Des voix puissantes, dont l'écho fait durer encore le retentissement, avaient dit que les jugements de l'homme sont sujets à l'erreur, et rappelé de sinistres histoires auxquelles on ne songe qu'en pâlisant ; elles avaient dit combien il est dangereux de justifier au nom de l'utilité ce que la conscience réprouve, de compenser l'horreur du crime par l'horreur du châtiment, d'attirer la pitié et la sympathie sur le coupable. Mais, d'un autre côté, les intérêts de la répression, les exigences de la sûreté publique, mis en avant par des esprits trop craintifs peut-être, balançaient les griefs. La peine de mort, supprimée dans un grand nombre de cas, resta dans la loi, mais accompagnée d'un expédient qui laisse à la justice la faculté d'en écarter toujours l'application. « La loi abdique sa puissance, disent, à ce sujet, MM. Adolphe Chauveau et Faustin-Hélie; le législateur se dépouille du

(1) M. Bascle de Lagrèze avait sans doute oublié toute cette partie de la discussion du projet quand il écrivait les lignes suivantes : « Si chaque décision devait être une révision du Code pénal, si le jury avait la faculté, au lieu d'assurer l'exécution de la loi, de la faire, ... ne serait-ce pas l'accumulation monstrueuse des attributions les plus disparates, celles de déclarer le fait avec celle d'appliquer la peine et de la fixer ? Ne serait-ce pas le bouleversement complet de l'institution du jury ? » (*Le droit criminel des jurés*, p. 32). Que la loi de 1832 ait été imprudente et irréfléchie, qu'elle ait employé un procédé plein de périls pour l'avenir, nous le concéderions volontiers, mais de ce que une loi ne répond pas aux exigences de la raison, a-t-on pour cela le droit de ne pas lui obéir ?

droit de résoudre cette haute question sociale. C'est au tribunal de douze jurés que cette grave cause de la politique et de la philosophie vient se plaider... Il en abandonne la solution aux simples citoyens qui tour à tour sont appelés aux fonctions de jurés ; il leur dit : Ecartez la peine de mort si vous la croyez illégitime ou inutile ; si vous la croyez indispensable et légitime, laissez appliquer la loi. Ainsi, c'est une véritable enquête relativement à cette question, la statistique en proclamera les résultats (1). »

L'assentiment de tous ceux qui exposèrent, soit à la chambre des Députés, soit à la chambre des Pairs, l'esprit de la réforme, atteste sans équivoque que telle en était réellement la pensée. Les jurés peuvent si bien, à leur gré, laisser subsister ou écarter la peine de mort, selon qu'ils l'approuvent ou la blâment, indépendamment de toute considération puisée soit dans les éléments du fait, soit dans la position de l'accusé, que c'est sur eux seuls, d'après M. de Bastard, qu'en pèsera désormais la responsabilité ; la loi la décline et s'en remet au sentiment public. « Il faut reconnaître, dit-il, que les jurés, sur qui seuls pèsera la responsabilité d'une condamnation capitale, se décideront avec peine à la prononcer. » Le seul abus que craigne l'honorable rapporteur, c'est que les jurés n'aillent « jusqu'à méconnaître le droit que la loi leur laisse » de la prononcer. Encore ne s'effraie-t-il que peu de cette éventualité dont la perspective présente « l'immense avantage d'abolir ainsi par le fait, et

(1) *Théorie du Code pénal*, t. 1, p. 88. — Voir aussi Mittermaier, *Etat actuel de l'opinion sur la peine de mort*. — *Revue de législation*, t. 2, p. 119.

graduellement, la peine de mort, sans l'effacer encore de la loi. La peine de mort menacera sans cesse, et cette menace ne sera pas toujours illusoire : il est des crimes si atroces que, dans ces cas rares et exceptionnels, les jurés, voisins des lieux où le crime a été commis, encore tout émus de l'effroi qu'il a causé, n'arrêteront pas la juste rigueur de la loi (1). » Devant la chambre des députés, M. Dumon n'avait pas été moins explicite. « Votre commission, y disait-il, n'a pas soulevé la question de la légitimité de cette peine, question redoutable qui trouble la conscience et embarrasse la raison, mais que résout contre les doutes de la philosophie et de l'humanité la pratique de tant de peuples et de tant de siècles. Votre commission s'est associée de tous ses vœux aux efforts philanthropiques qui poursuivent l'abolition de cette peine. Mais l'intérêt même de cette cause sacrée, que le mauvais succès d'une tentative hasardée pourrait compromettre... nous a déterminé à penser qu'une abolition graduelle était seule raisonnable et possible. Et nous avons cru marcher assez en avant dans cette voie par l'admission des circonstances atténuantes (2). »

(1) *Code pénal progressif*, p. 31.

(2) *Id.*, p. 81. — On peut juger ici à quels écarts peut conduire l'abus des formules générales, et combien l'on est exposé à substituer, dans la pratique, ses propres idées à celles du législateur, quand on se contente des données de la théorie pour résoudre les questions de détail. Voici en quels termes M. Bascle de Lagrèze commente les passages ci-dessus rapportés, dans un livre vis-à-vis duquel la critique a le droit d'être sévère, car il est destiné principalement à éclairer les jurés sur leurs droits et leurs devoirs, et le talent de l'auteur entraîne aisément la conviction. « Le législateur a voulu trancher lui-même une question terrible qui divise encore le monde philo-

119 — Que l'on ne croie pas que ce procédé de la loi fût spécial à la peine de mort. On l'eût compris, à la rigueur, appliqué à la solution de cette question exceptionnelle ; car, en réfléchissant à ce que la peine capitale a de terrible, les plus sévères ont hésité, les plus fermes ont frémi : qui serait assez sûr de son opinion sur elle pour oser contraindre le jury à suivre sur ce point un sentiment qui ne serait pas le sien ? Cependant il y aurait erreur à restreindre à cette seule application le système de la loi de 1832. On retrouve les mêmes idées, énoncées, plus explicitement encore, s'il est possible, à propos de chacun des problèmes que soulève la législation pénale et qu'agita la réforme de 1832.

« Le système des circonstances atténuantes, disait M. Dumon, sert à éluder de très graves questions qui se présentent dans la législation criminelle. Il résoudra en pratique les plus fortes objections contre la peine de mort, la théorie de la récidive, de la complicité, de la tentative. Qu'importe, en effet, que la peine de mort soit une peine égale pour tous, et qui ne peut par conséquent pas s'appli-

sophique, politique et judiciaire ; et il s'est gardé d'en remettre la solution à des esprits divers qui ne l'avaient pas étudiée » (*Le droit criminel des jurés*, p. 342). « Le juré ne saurait dire : Je suis contre la peine de mort ; pourquoi ? parce qu'il ne lui est pas permis de dire : je suis contre la loi » (*op. cit.*, p. 319). « Les jurés, malgré la répugnance de leur raison individuelle, ne peuvent paralyser les rigueurs de la loi par une résistance arbitraire » (*op. cit.* p. 339). « Entre les doutes qui pourraient obscurcir une question dont l'examen leur est refusé, et la certitude d'un parjure, doivent-ils hésiter ? » (*op. cit.*, p. 342.) « Le contraire serait un mensonge qui blesse la conscience publique aussi bien que la conscience du juge » (*op. cit.*, p. 293).

quer à des crimes souvent inégaux, si l'admission des circonstances atténuantes permet de l'écarter dans les cas les plus favorables ? Qu'importe que la récidive ne procède pas toujours d'un progrès d'immoralité, et, par conséquent, ne mérite pas toujours une aggravation de peine... ; qu'importe que la complicité... ne puisse pas toujours être équitablement assimilée au crime principal .., si l'admission des circonstances atténuantes rétablit les différences..... que l'assimilation générale... a négligées... Qu'on y pense bien : toutes ces questions si ardues, si controversées.... peuvent se résoudre avec autant de facilité que de justice, par le système des circonstances atténuantes confiées à la droiture du jury. »

Ailleurs, on se demande s'il faut punir la tentative comme le crime lui-même, ou bien si, la gravité du crime se mesurant en partie aux résultats qu'il a produits, il ne vaudrait pas mieux varier les deux incriminations ; et l'on se décide à les assimiler, laissant au jury la faculté de ne pas adhérer à cette solution, et d'abaisser la peine d'un degré, s'il trouve l'assimilation forcée.

« Qu'importe, en effet, que la loi égale dans tous les cas la tentative à l'exécution....., si l'admission des circonstances atténuantes permet au jury de tenir compte à l'accusé du bonheur qu'il a eu de ne pas pouvoir commettre son crime. » En un mot, « ce système admet la gradation et la mesure, et par là se plie merveilleusement, non seulement à la diversité des circonstances, mais encore à la variété des lieux et des mœurs (1). »

(1) Rapport à la chambre des députés, *Code pénal progressif*, p. 19.

C'est toujours le même procédé. Le législateur n'a ni voulu ni pu réviser toutes les dispositions du Code pénal ; le jury est convié à compléter la réforme comme un délégué du pouvoir législatif. Chaque verdict contient, en réalité, deux solutions : la solution d'une question de fait, et celle d'une question de législation pénale.

V.

120 — En résumé, le jury reçoit de la loi de 1832 deux pouvoirs qui, jusque-là, lui avaient été refusés : d'une part, il hérite d'attributions précédemment dévolues à la Cour, et obtient le droit de proportionner la peine à l'infraction, en donnant une influence légitime aux modalités du fait et aux nuances de culpabilité ; d'autre part, il hérite d'attributions jusque-là réservées au pouvoir législatif, et obtient le droit de contrôler les incriminations de la loi pénale, et de réviser la fixation taxative des peines, dans les limites des circonstances atténuantes.

Ces deux attributions sont distinctes ; et c'est pour les avoir confondues que l'on n'a pas donné à la loi de 1832 tout l'effet qu'elle était appelée à produire. Toutes deux sont venues augmenter, en même temps, et à l'instigation des mêmes motifs, les pouvoirs du jury ; mais elles pro-

et 20. — M. Bascle de Lagrèze ne s'écarte-t-il pas encore ici des principes vrais de la loi de 1832, quand il écrit : « il ne faut pas que la pénalité varie selon le temps, les lieux, les systèmes, les impressions, au lieu d'être égales pour tous ceux qui sont également coupables ? » (*Le droit criminel des jurés*, p. 341).

cèdent d'origine différente, et s'annoncent avec des caractères distincts. Toutes deux se rencontrent cependant en un point : elles donnent au jury le droit d'examiner la peine et de la modifier, l'une, par suite des éléments de fait, l'autre, par suite d'appréciations morales et législatives, étrangères à toute circonstance de fait. Il reste toujours constant que, lorsqu'il s'agit de répondre à la question principale de culpabilité, les jurés « manquent à leur premier devoir... en considérant les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire; » à cet égard, rien n'a été changé, et l'art. 372 du Code de brumaire subsiste. Mais quand ils en viennent à la seconde partie de leur mission, à l'examen des circonstances atténuantes, c'est les yeux fixés sur la peine qui attend l'accusé qu'ils doivent délibérer et voter. Pour proportionner la répression, il faut qu'ils l'examinent dans ses rapports avec l'infraction; pour exercer sur la loi le contrôle qui leur est confié, il faut qu'ils examinent la peine en elle-même, en pèsent la valeur, en discutent l'opportunité. « Pour fortifier la puissance du jury, dit M. Lacuisine, on le dégage des entraves de la magistrature et de l'esclavage de la loi; plus fort qu'aucun des pouvoirs de la société, il est devenu, tout à la fois, juge et législateur : il acquitte l'homme quand il est trop faible, il brise la loi quand elle lui semble trop dure (1). »

421 — C'est le résultat auquel était promptement arrivée la pratique anglaise au moyen de la théorie du pieux parjure, et par usurpation; avec cette différence cependant

(1) *De l'administration de la justice criminelle*, p. 17.

que , resté à l'état d'abus chez nos voisins, il recevait chez nous l'honneur de la légalité.

Seulement, en faisant cette concession, la loi nouvelle interdit comme sans excuse, comptant d'ailleurs le rendre dorénavant improbable, un compromis trop large. Le pouvoir ôte habituellement le prétexte et même le désir de l'abus. Si le jury avait maintes fois, et malgré sa conviction, rendu des verdicts négatifs désavoués par l'évidence, c'est qu'il n'y avait pas de milieu pour lui entre un acquittement et une répression exagérée, et que la perspective de la peine n'était pas admise à exercer une influence limitée mais certaine. Or, dès l'instant qu'il peut rendre un verdict affirmatif mitigé, sa pensée peut se manifester toute entière ; et le recours aux partis extrêmes, qui ne pouvait manquer d'inquiéter sa conscience, devient sans raison, partant sans excuse et improbable. Ainsi les jurés n'auront plus besoin de recourir à ces ressources désespérées de l'arbitraire et du mensonge, connues sous le nom de pieux parjures. En étendant les limites de leurs droits, on leur permet de rester dans le vrai, tout en écoutant les suggestions de leur conscience : la liberté de leur appréciation profite à la sincérité de leur décision.

En un mot l'omnipotence est régularisée, et, dans des limites assignées, elle devient légitime : voilà toute la réforme de 1832. Proscrite comme violation du serment prêté, quand elle prétend au droit d'acquitter, quoique l'accusation soit établie, l'omnipotence est consacrée comme légitime quand, au nom de l'intérêt qu'inspire l'accusé, ou de la désapprobation qu'excite la loi, elle ne

réclame que le privilège d'atténuer la condamnation. La théorie des circonstances atténuantes, si je ne craignais de transporter ici une expression insolite, devient, pour ainsi dire, une soupape de sûreté qui protège contre un éclat violent le mécanisme de la procédure par jurés, et lui assure un fonctionnement régulier.

122 — Il n'était pas besoin d'un grand effort d'imagination pour trouver ce moyen de redresser une pratique dévoyée. L'expédient a-t-il apporté un remède aux déviations signalées, ou n'a-t-il que sauvé les apparences ? A-t-il résolu le problème, ou n'a-t-il que « éludé » les difficultés, ainsi que l'avouait franchement M. Dumon (1) ? Il est difficile de le dire. Tel qu'il est, les résultats positifs et immédiats qu'on en attendait sont au nombre de trois : faire disparaître les occasions de parjure que suscitaient les limites inconsidérées du rôle assigné au jury ; remédier à l'inégalité de répression causée par la pratique indécise et inavouée de l'omnipotence ; arrêter enfin les progrès de l'impunité, dûs à la résistance apportée par le jury à ne pas se préoccuper des conséquences de son verdict.

Voici, en effet, comment M. Dumon résumait les résultats espérés du projet. « Ainsi l'initiative des circonstances atténuantes donnée au jury, n'aura d'autre effet que de légitimer un pouvoir qu'il exerce déjà, et qu'il exerce avec fruit. Il y a toujours un avantage dans la vérité ; et quand même le projet de loi aurait pour résultat unique de rattacher les atténuations non à de pieux parjures, mais à des verdicts consciencieux, ce serait déjà une

(1) *Code pénal progressif*, p. 13.

importante amélioration. Ce ne sera pas la seule. Le jury exerce son omnipotence d'une manière bien inégale. Tantôt forcé d'opter entre l'impunité et une peine qui lui paraît excessive et qu'il ne peut atténuer..., il opte pour l'impunité; tantôt, s'emparant d'accusations subsidiaires, il réduit le meurtre à des coups et blessures, l'infanticide à un homicide par imprudence, etc..... Le système du projet de loi remédie à ces inégalités de répression, à ces brusques alternatives d'excessive sévérité et d'excessive indulgence. Il admet la gradation et la mesure, et, par là, se plie merveilleusement à la diversité des circonstances, ainsi qu'à la variété des lieux et des mœurs (1).

123 — Ainsi, au terme de cette longue série de tentatives, dont nous avons suivi l'enchaînement historique, l'œuvre de la réforme reprochait encore à la procédure par jurés les griefs que l'examen spéculatif de l'institution nous avait dit devoir être la conséquence forcée de son organisation, et que la voix de l'expérience a depuis sans cesse relevés. Le dernier effort, comme tous ceux qui l'ont précédé, cherche encore à neutraliser l'influence de cette combinaison qui isolait la décision du fait de l'application de la peine, et réputait la loi pénale inconnue des jurés : est-il étonnant qu'il se résume dans la suppression de cette fausse combinaison, et qu'il consacre définitivement l'intervention du jury dans l'application de la peine.

124 — Les conséquences pratiques de cette extension des pouvoirs du jury s'imposent irrésistiblement.

(1) *Code pénal progressif*, p. 19.

Tout d'abord, la réforme de 1832 a virtuellement entraîné l'abrogation de l'art. 342 du Code d'ins. crim., au moins de la partie qui défend aux jurés de se préoccuper des suites légales de leur déclaration; car la mission qu'elle leur confie nécessite qu'ils se livrent désormais à des appréciations que cet article avait précisément pour but de leur interdire. Il est vrai que les prescriptions de cet article 342 n'avaient limité les pouvoirs du jury qu'à l'occasion de la réponse à faire à la question de culpabilité, la seule qui, en 1808, dût être résolue par lui; et, d'un autre côté, que la faculté de peser les suites de leur déclaration, c'est-à-dire d'examiner la peine, n'a été attribuée aux jurés, en 1832, qu'au point de vue de l'admission des circonstances atténuantes. On est donc strictement dans le vrai en soutenant que l'art. 342 n'a pas été abrogé, si on n'en réclame l'application que dans les limites prévues lors de sa rédaction, c'est-à-dire pour la partie de la délibération consacrée à la question de culpabilité. Mais, observe très judicieusement M. Paringault, « comme on ne scinde pas le débat, comme il roule tout ensemble sur la déclaration de l'innocence ou de la culpabilité, et, dans le cas d'une réponse affirmative, sur l'éventualité de l'atténuation de la culpabilité de chaque affaire; comme la mission du jury est aujourd'hui en partie double : c'est méconnaître l'esprit et les termes de la loi nouvelle, incorporée à titre d'accessoire raisonné dans la loi ancienne, que d'interdire la discussion de la peine (1). Donc l'art. 342, antérieur et étranger à la théorie des

(1) *Revue critique de législation*, t. 18, p. 145.

circonstances atténuantes, doit être écarté d'une manière absolue, depuis que le jury a été appelé à remplir cumulativement deux fonctions, dont l'une est incompatible avec son maintien. C'est le résultat que consacrait textuellement l'art. 62 du projet d'organisation judiciaire rédigé en 1848 (1); mais l'abrogation de l'art. 342 du Code d'inst. crim. y était plutôt constatée que prononcée : le projet ne la réitérait formellement que afin d'empêcher à l'avenir l'application illégalement maintenue d'une lettre morte.

Et cependant, chaque jour, au début de chaque affaire, le président des assises, sous peine de nullité des débats (2), fait prêter serment aux jurés d'obéir encore aux prescriptions de cet article 342 ! Chaque jour le chef du jury relit à ses confrères, afin qu'ils n'en ignorent, l'instruction qui leur traçait autrefois leurs devoirs, instruction qui reste au surplus affichée en gros caractères dans l'endroit le plus apparent de la chambre des délibérations ! Jamais recommandations ou injonctions furent-elles plus contraires aux droits de ceux auxquels elles s'adressent ?

125 — Cette application posthume et systématique d'un principe que le temps a renversé s'explique cependant. La théorie primitive du jury est séduisante par la régularité de son mécanisme ; elle plaît à l'esprit comme tout ce qui lui offre quelque image de l'absolu auquel il aspire sans cesse ; elle se prête à quelques formules générales auxquelles tous les détails sont subordonnés. De là la

(1) *Suprà*, n° 32.

(2) Dalloz, v° *Instruction criminelle*, n° 1950.

propension habituelle à se retrancher derrière les formules de ce genre, sans tenir compte des éléments accidentels qui les font vieillir et les ont modifiées. C'est un des écueils de la codification, dans les matières dont les principes n'ont pas encore reçu leur dernière expression. L'esprit de la loi disparaît sous les textes ; et les plus habiles sont parfois pris en défaut, à moins d'une vigilance continuelle qui fasse rejaillir, sur tous les détails, les effets d'une modification qui, prise isolément, paraît secondaire. Le Code d'instruction criminelle expose particulièrement à ce genre d'erreurs ceux qui l'étudient. De tous ceux qui contiennent notre législation, il est celui qui a reçu, depuis sa promulgation, les plus nombreuses modifications ; et l'on peut, sans témérité, prévoir qu'il sera bientôt indispensable d'en coordonner de nouveau les textes dans une refonte générale. Combien d'articles de l'édition de 1808 figurent encore au texte que des lois postérieures ont abrogés ou modifiés !

L'article 342 est de ce nombre. Ses prescriptions étaient logiques et nécessaires sous les lois de 1791 et de l'an IV, alors que l'isolement absolu des deux pouvoirs des assises était la base fondamentale de l'institution. Les principes dont elles sont l'expression étaient même, à cette époque, tellement inhérents à l'organisation du jury, que le Code de 1791 n'avait pas songé à les exprimer ; ils sont formulés pour la première fois dans l'article 372 du Code des délits et des peines, qui devint l'article 342 du Code de 1808 : l'esprit philosophique de Merlin savait traduire en préceptes mis à la portée de tous les déductions logiques de la théorie. Mais la pratique y a-t-elle bien

songé quand, malgré la réforme de 1832, elle en a perpétué l'application ?

126 — Tous les auteurs sont d'accord sur les principes de l'abrogation tacite. « L'abrogation est tacite, disent MM. Aubry et Rau avec leur précision habituelle, lorsque la loi nouvelle contient des dispositions contraires à celles de la loi ancienne.... Lorsque cette contrariété porte sur le principe même qui servait de base à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à toutes les dispositions indistinctement. Au cas contraire, on ne doit considérer comme abrogées que les dispositions de la loi ancienne qui sont absolument incompatibles avec celles de la loi nouvelle.... Toutefois, il est bien entendu que l'abrogation tacite d'une disposition de la loi ancienne, emporte celle de toutes les autres dispositions qui n'en étaient que des corollaires ou des développements(1). » Or, la loi nouvelle convie les jurés à se préoccuper de la peine à un double point de vue, nous l'avons amplement démontré ; d'après l'article 342, ils manquent à leur premier devoir en s'immisçant dans cet ordre de considérations : que conclure de cette anomalie, sinon que cet article, conforme aux principes du Code de 1791 et de l'an IV, n'est plus qu'une contradiction sous la loi nouvelle, et qu'il se trouve, dès-lors, virtuellement abrogé avec la combinaison dont il était une conséquence.

Vainement on objecterait que la loi du 28 avril énumère dans son article 104, les articles du Code d'instruction criminelle qu'elle modifie, et que l'article 342 n'y figure

(1) *Droit civil français*, 3^e édit. t. 1, p. 50.

pas ; l'article 104, en effet, ne pouvait faire allusion qu'à ceux dont l'on modifiait ou remplaçait la rédaction, et non à ceux qui disparaissaient tacitement abrogés par l'esprit des règles nouvelles. N'est-ce pas le cas de dire avec les lois romaines : *in fraudem legis facit qui, salvis legis verbis, sententiam ejus circumvenit* (1)? Qui veut la fin veut les moyens ; était-il donc nécessaire d'écrire dans la loi cette règle vulgaire qui exige que les conséquences ne puissent subsister quand le principe disparaît ?

127 — De cette première conséquence en découle une seconde : la réforme de 1832 a modifié les articles 311 et 363 Inst. crim., dans la partie au moins qui défend toute discussion de la pénalité, tant que le fait est encore en question, c'est-à-dire jusqu'au prononcé du verdict ; car, destinée à éclairer la conscience des jurés, cette discussion doit précéder désormais l'acte qui met fin à leurs fonctions.

Or, de là, et par une déduction forcée, résulte pour la défense de l'accusé la faculté de citer la loi pénale aux jurés, d'en examiner l'esprit, d'en discuter au besoin les décisions, de prévenir enfin le jury du droit de contrôle et de révision dont il est investi. C'est pour elle plus qu'un droit ; c'est un devoir strict qui engage sa responsabilité morale, puisque le sort de l'accusé en dépend. Le défenseur qui hésite fait preuve de faiblesse dans l'exercice de la profession et trahit sa mission : c'est à lui, homme spécial, qu'il appartient de faire connaître aux jurés, étrangers à toutes ces questions, ce qu'ils doivent connaî-

(1) L. 29, ff. de legibus.

tre pour prononcer en parfaite connaissance de cause. Plus la théorie est invraisemblable, plus il est nécessaire de ne pas la laisser ignorer; et si le conseil de l'accusé ne fournissait à cet égard que des développements insuffisants, le ministère public ou le président des assises devraient les compléter. L'intérêt de la répression l'exige, non moins que celui de l'accusé; car si les jurés ne sont pas prévenus qu'ils sont autorisés à faire ostensiblement valoir leurs impressions sur la peine dans la partie du verdict relative aux circonstances atténuantes, ils les feront valoir subrepticement, comme autrefois, dans le verdict tout entier. Sous le code de brumaire an IV, le débat ne pouvait pas être porté sur ce terrain : c'est qu'alors la peine devait rester inconnue des jurés; la conséquence s'évanouit, puisque le principe auquel elle se rattachait est écarté.

128— On pourrait croire que ce dernier résultat, obtenu à l'aide de déductions et d'interprétations, dépasse la pensée mal arrêtée de la loi; que, incertain dans ses projets, le législateur a pu émettre quelques propositions sans en prévoir toutes les conséquences; qu'il ne serait dès-lors pas conforme à ses vues d'en argumenter pour arriver, par des inductions plus ou moins forcées, à des règles que la théorie condamne. Il y aurait, dans cette manière de voir, erreur de fait et injustice vis-à-vis des promoteurs de la loi de 1832. Ce que l'on peut à bon droit leur reprocher, c'est d'avoir imprudemment abdiqué au profit du jury les attributions du pouvoir législatif; mais ils le firent sciemment, et furent conséquents avec leur doctrine en adoptant ce bizarre système : ils savaient qu'en concédant

au jury le droit de réviser la peine, ils concédaient aussi à la défense celui de la discuter, et qu'elle ne manquerait pas d'user de cette faculté.

129 — C'était surtout à propos de la peine de mort que l'on devait prévoir, et peut-être craindre ces résultats ; mais le système général forçait à ne pas reculer dans une hypothèse isolée. « Il faut reconnaître, dit M. de Bastard, que les jurés sur qui pèsera seuls la responsabilité d'une condamnation capitale, se décideront avec peine à la prononcer. Embarrassés dans tous les systèmes de philosophie spéculative que l'on plaidera devant eux, ils iront même quelquefois jusqu'à méconnaître le droit que la loi leur laisse ; et au milieu des doutes qu'on parviendra à élever dans leur esprit, ils repousseront souvent l'application légitime et juste de la peine capitale. Mais tandis que ce résultat possible de la loi proposée par le gouvernement paraît à quelques esprits mettre en péril la société, d'autres, au contraire, ne pensant pas qu'il soit besoin, pour conserver la paix publique, du remède extrême de la peine de mort, trouvent dans le projet l'immense avantage de l'abolir ainsi par le fait et graduellement, sans l'effacer encore de la loi (1). »

Les adversaires du projet songent aussitôt à la latitude qu'il va donner à la défense « contenue, jusqu'ici, par l'expérience et le pouvoir des magistrats, et qui va s'abandonner à tous les écarts, sans que les juges... puissent l'arrêter (2). » — « C'est à tort, répond M. de Bastard,

(1) *Code pénal progressif*, p. 31.

(2) *Id.*, p. 29.

qu'on s'effraie des écarts possibles de la défense. Le juge, investi du droit et chargé du devoir de faire respecter l'ordre et la morale, saura bien maintenir l'ordre et la décence dans la discussion des circonstances d'atténuation, comme dans l'examen de l'accusation principale (1). » D'où il résulte que, sauf les convenances de forme nécessaires à la discussion d'intérêts aussi graves et aussi élevés, l'avocat peut aborder tout ordre d'aperçus qu'il croit nécessaire pour éclairer les jurés sur leurs droits, et leur fournir les éléments du travail qui doit précéder le verdict. N'est-elle pas terrible la responsabilité de celui qui, par une pratique abusive, empêche la défense d'avertir le jury du droit qui lui appartient, et fait ainsi tomber une tête quand la loi ne l'exige pas impérieusement ou laisse aux juges un moyen de l'éviter? Je ne sais pourquoi cette scène saisissante de Schiller me revient en mémoire, où le poète fait dire à son héros : je ne tue pas, je laisse mourir !

130 — Ces considérations sont puissantes; je dirais presque qu'elles sont péremptoires, si je n'étais effrayé d'avoir raison contre trop de monde, et surtout contre une pratique si généralement et si rigoureusement maintenue (2). Puisées presque exclusivement dans les exposés

(1) *Code pénal progressif*, p. 31.

(2) On peut voir cependant comme adoptant, en tout ou en partie, nos solutions, ou du moins les principes dont elles sont les corollaires : Chauveau Adolphe, *Code pénal progressif*, introduct. p. 13 et 14. — Paringault, procureur impérial à Beauvais, *De l'indication de la peine dans la discussion devant le jury*, *Revue critique*, t. 18, p. 137, n° de février 1851. — Faustin-Hélie, *Théorie du code pénal*, t. 6, p. 247; *Traité de l'instruction criminelle*, t. 8, p. 835; plus spécialement *Encyclopédie Sebire et Carteret*, t. 7,

de motifs et les rapports qui préparèrent la loi du 28 avril 1832, elles ne pouvaient échapper à aucun criminaliste. Ainsi ont-elles été fréquemment présentées, sans l'avoir encore été, nous le croyons au moins, sous leur véritable jour et dans toute leur force. Plusieurs auteurs cependant n'y attachent qu'une importance secondaire. « Il faut

p. 52. — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n^{os} 1123 et 1124. — Achille Morin, *Répert. du droit criminel, vis jury*, n^o 87, et *circonstances atténuantes*, n^o 3. — Trébutien, *Cours de droit criminel*, t. 2, p. 413. — Haus, *Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux Chambres belges*; voir au t. 3 de la contrefaçon belge de la *Théorie du Code pénal*, publiée par M. Nypels, p. 125. — Cubain, *Procédure devant les cours d'assises*, n^o 236, p. 135. — De Molènes, *Traité pratique des fonctions du procureur du roi*, t. 1, p. 415. — Molinier, *du droit de punir et de la peine de mort*, p. 29. — Collard, *Système des circonstances atténuantes*, p. 16 et 29. — Dalloz, *Rép. v^o défense*, n^o 134; *Journal du droit criminel*, passim et spécialement, t. 8, p. 103.

Nous ignorons quel est, sur la question spéciale de notre dissertation, le sentiment de l'honorable président de la cour de cassation, M. Berenger; cependant, malgré la jurisprudence constante de la chambre criminelle, nous serions portés à croire qu'il approuve nos solutions. Voici en effet comment il s'exprime, en parlant de la loi du 28 avril 1832, dans son rapport à l'Académie des sciences morales sur *la répression pénale, ses formes et ses effets*: « Conformément à la proposition faite par le roi, on associa le jury à l'indulgence du législateur, en l'autorisant à déclarer l'existence des circonstances atténuantes (t. 1, p. 218). On crut devoir offrir aux jurés la facilité d'obtenir par ce moyen l'abaissement de la peine, lorsqu'elle leur paraissait trop sévère (t. 1, p. 264). » Or pour cela ne faut-il pas que les jurés se préoccupent des conséquences de leur verdict, qu'ils examinent la peine et qu'on la leur fasse connaître? Voir aussi t. 1, p. 259, 266, etc., etc. — On peut voir, comme s'exprimant dans le même sens: Lacuisine, *De l'administration de la justice criminelle*, p. 17. 25, etc. etc. Voir cependant, *Traité du pouvoir judiciaire dans la direction des débats criminels*, p. 394 et s., où le même auteur se prononce formellement contre nos solutions. Ferdinand Jacques, *Études sur le droit pénal*, p. 6; Tempier, *Étude sur le jury*, p. 67 et 71.

reconnaître, dit par exemple M. de Fréminville, qu'il y aurait grand danger à interpréter une loi par quelques paroles prononcées dans le cours de la discussion. Les observations présentées par le ministre sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs entre la cour et le jury (1). »

L'aperçu est exact en soi, et comme règle générale d'interprétation; mais, dans l'espèce, la conclusion qu'en tire le savant conseiller repose sur une erreur de fait. Ce n'est pas au hasard et dans l'imprévu d'une discussion que les paroles rappelées dans le cours de cette étude ont été prononcées; c'est dans un exposé de motifs et des rapports aux chambres, rédigés dans le calme de la méditation, officiellement présentés, destinés à constater l'esprit de la réforme, et à en être le commentaire officiel. Il y a, dans ces documents, plus d'un passage obscur, plus même d'une contradiction apparente; mais cela tient d'abord à la précipitation avec laquelle le projet fut élaboré et voté, et surtout à la pluralité des points de vue sous lesquels le système des circonstances atténuantes était alternativement envisagé. Et puis ne fallait-il pas, pour calmer les susceptibilités que devaient heurter les hardiesses du projet, avoir parfois recours aux artifices de langage et à de feintes réserves? Quant aux points capitaux, M. Barthe dans l'exposé des motifs, M. Dumon dans son rapport au nom de la commission de la chambre des Députés, M. de Bastard dans son rapport à la chambre des Pairs, sont d'accord dans leurs assertions. Où M. de Fréminville

(1) *De la procédure criminelle devant le jury*, p. 435.

cherchera-t-il la portée de la loi, s'il récuse l'assentiment unanime de ceux qui furent officiellement chargés de la faire connaître?

Dans de telles conditions, si les observations présentées par le garde-des-sceaux sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que le reconnaît M. de Fréminville, il n'y a qu'une conclusion possible à en tirer : c'est que ce principe a été écarté. Or la thèse que nous soutenons au point de vue du droit positif, et réserve faite de notre jugement à un point de vue plus général, n'a pas d'autre prétention.

CHAPITRE IV.

Examen de la jurisprudence.

I.

131 — On peut juger maintenant quelles modifications profondes ont subies les principes du jury depuis 1791 ; et si nous avons raison de dire, au début, que ceux-là se trompent qui, pour découvrir le caractère actuel de l'institution, n'interrogent que sa théorie primitive.

Il est contestable que la loi progresse ; il ne l'est pas qu'elle marche et se transforme. A la théorie si nette et si précise qui, pour assurer l'application invariable de la loi pénale, isolait la décision du fait de toute préoccupation de la peine, et le prononcé de la peine de toute influence du fait, a succédé un système à tendances toutes différentes : autant, à l'origine, le législateur s'était montré jaloux d'une justice uniforme et purement légale, autant ensuite on l'a vu chercher à rendre possible et large l'influence des appréciations personnelles. Les réformes successives, dont les faits rapportés dans le chapitre précédent permettent d'embrasser l'ensemble, tendent toutes à ce but ; et M. Dumon en exposait le résultat dernier quand il

disait, en 1832, que « les attributions du jury et de la cour se rapprochent et semblent se confondre (1). »

132 — Cependant ces changements sont loin d'avoir été acceptés, soit dans la doctrine, soit surtout dans la pratique. L'influence tenace de la tradition a rendu vaine l'apparition des principes nouveaux; et M. Bascle de Lagrèze, dont nous avons souvent déjà signalé les opinions trop absolues, a pu écrire tout récemment : « les attributions du jury et de la Cour ne sont jamais confondues. Ce sont deux lignes parallèlement tracées : l'une, dans le domaine du fait; l'autre, dans celui du droit. Ces deux lignes se rapprochent sans se confondre jamais (2). »

L'intervention de la Cour, dans l'examen du fait, résulte de textes trop positifs et se réalise par des procédés trop simples pour que ces résistances involontaires ou réfléchies aient pu en paralyser l'efficacité (3). Il n'en a pas été de même de l'intervention du jury dans la fixation de la

(1) *Code pénal progressif*, p. 17.

(2) *Le droit criminel des jurés*, p. 20.

(3) On peut voir cependant la singulière anomalie qu'amène, dans la pratique, la persistance de l'ancien système, *suprà* n° 82 note. — L'idée que la cour reste étrangère à l'examen et à l'appréciation du fait est encore tellement enracinée, que, en 1848, le 2^e projet d'organisation judiciaire (art. 7) proposait, pour cette cause, l'abrogation de l'art. 257 Inst. crim. qui exclut des assises les membres de la cour d'appel qui ont voté sur la mise en accusation. Le préjugé résultant d'impressions antérieures ne serait, en effet, d'aucun danger appréciable si la cour n'était en réalité chargée que de l'application de la loi. — *Exposé de motifs* présenté par M. Marie, *Moniteur* du 28 octobre 1848. — Bonnier, *Revue française et étrangère*, t. 5, p. 732.

peine : une jurisprudence constante et sans variation en a jusqu'ici contesté la légalité et entravé les conséquences. Pendant les premières années qui suivirent la loi du 28 avril 1832, la lutte fut vive et soutenue. Mais l'on commençait déjà à prévoir quels dangers allait causer la propension du jury à atténuer l'effet des verdicts affirmatifs; et l'autorité judiciaire crut devoir réprimer avec fermeté tout ce qui pouvait contribuer à les laisser se produire. Les efforts isolés, au nom d'intérêts privés, pour rompre la tradition, ont échoué devant l'omnipotente résistance des présidents d'assises et du ministère public. Aujourd'hui l'on n'est plus même admis, au barreau, à contester la légalité de la pratique.

133 — La citation de la peine au jury est une contravention. Le président des assises, chargé de la police de l'audience (art. 267, 270, 311, Inst. cr.), doit rappeler à l'observation de la loi l'avocat qui tenterait d'élargir les limites assignées au droit de la défense; le ministère public, chargé de veiller à ce que les lois et règlements soient observés dans les cours (décret du 30 mars 1808, art. 79), a la même faculté. Si la défense résiste à ces premières et officieuses injonctions, faisant ainsi dégénérer en atteinte volontaire à la loi, ce qui pouvait d'abord n'être qu'un oubli, elle doit être punie d'une peine disciplinaire prononcée par la Cour sur la réquisition du ministère public, depuis l'avertissement jusqu'à la radiation du tableau, selon la gravité que les circonstances donnent à cette contravention. Ce sont les modes de répression autorisés par les art. 18 et 43 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 pour toute attaque

dirigée par la défense contre les lois de l'Etat ou les autorités établies.

Cette pratique a reçu, à plusieurs reprises, la consécration de la jurisprudence. Si la cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, dans son arrêt du 29 novembre 1836, refusa de faire droit aux réquisitions du ministère public, demandant l'application d'une peine disciplinaire, ce ne fut que par un motif subsidiaire : « Attendu qu'après l'avertissement paternel du président, Me ***, tout en se déclarant convaincu d'avoir usé d'un droit, et même d'avoir rempli un devoir, n'a pas moins entièrement cessé d'entretenir les jurés de la peine ; d'où il suit qu'il n'a opposé aucune résistance active à ce qu'exigeait de lui le magistrat chargé de la direction des débats, ... etc. (1). » Un arrêt de rejet, du 25 mars 1836, formule d'ailleurs ouvertement cette doctrine : « Attendu que si le conseil de l'accusé s'écarte... son infraction ne peut avoir d'autre effet que de provoquer contre lui soit une injonction du président qui, en vertu des droits de police de l'audience, le rappelle à l'observation de ses devoirs ; soit, en cas d'insuffisance, l'application d'une peine disciplinaire... (2) »

134 — On a essayé d'aller plus loin, et voulu trouver dans la citation de la peine une cause de nullité des débats, une ouverture en cassation. Devant la Cour d'assises du Finistère, un défenseur s'était hasardé à discuter la pénalité. Sommé de s'abstenir, il posa des

(1) *Journal du palais*, 1827-1-631.

(2) *Id.*, 1836-2-177.

conclusions ; la Cour rendit un arrêt qui refusait d'y faire droit. Mais au milieu de la discussion sur ce point, la pénalité avait frappé l'attention du jury ; le but de la défense était atteint : l'accusé fut acquitté, malgré l'évidence des charges réunies contre lui. Pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le ministère public soutenait que l'acquiescement n'avait eu d'autre cause que la discussion incidente de la pénalité, sur laquelle l'arrêt de la Cour n'avait fait qu'appeler plus directement l'attention du jury. Le pourvoi fut cependant rejeté par arrêt du 25 mars 1836. M. Dupin, après avoir admis l'illégalité des prétentions de la défense, avait conclu au rejet par les considérations suivantes : « Maintenant, quelle est la sanction du principe que nous venons de poser ? Est-ce la nullité du débat ? Non certainement ; car, en règle générale, il ne peut dépendre d'un fait purement volontaire du défenseur ou de l'accusé de frapper une procédure de nullité. La sanction est dans le droit du Président qui a la police de l'audience, qui doit écarter des débats tout ce qui est inutile, et, à plus forte raison, dangereux ; dans le droit de la Cour, s'il y a persistance, conclusions posées ; enfin, dans le pouvoir disciplinaire. Mais il n'y a pas nullité (1). »

On pourrait bien, malgré la gravité de ces motifs, reprocher à cette solution de ne pas être complètement logique. Toute prétention exagérée, dès qu'elle se traduit par des faits, appelle une répression ; et la prohibition de l'art. 342 devient singulièrement illusoire, s'il suffit d'un peu d'audace, ou d'esprit de sacrifice de la part de l'avocat,

(1) *Journal du palais*, 1836-2-177.

pour soustraire l'accusé aux conséquences qu'elle peut avoir pour lui. Mais c'est le propre des principes équivoques de conduire à des inconséquences.

Quoi qu'il en soit, l'état de la jurisprudence est, en résumé, fort simple : droit de réprimande de la part du Président des assises et du ministère public, peines disciplinaires, s'il y a lieu ; voilà la sanction des prétendus devoirs de la défense.

135 — Un motif unique se rencontre dans toutes les décisions intervenues. Le voici dans son expression la plus nette et la plus forte ; nous transcrivons littéralement un arrêt de la Cour d'assises du Cher du 26 janvier 1837.

« La Cour, considérant qu'il est écrit dans l'art. 342 Ins. crim., que les jurés manquent à leur premier devoir lorsque, pensant aux dispositions de la loi pénale, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils auront à faire ; et que permettre au défenseur de l'accusé de rappeler aux jurés une chose que leur premier devoir est de tâcher d'oublier, serait aller contre le vœu évident de la loi : autorise Me à lire les articles dont il dit avoir besoin pour sa discussion, mais en retranchant ce qui a trait à la peine. (1). » La Cour du Finistère avait exprimé la même pensée d'une manière plus nette encore et plus précise, s'il est possible, dans l'arrêt qui donna lieu plus tard à l'arrêt de rejet du 25 mars 1836. « Attendu qu'il ne saurait être permis d'appeler l'attention des jurés sur une peine dont il leur est défendu de s'occuper ; que, en le faisant, l'avocat man-

(1) *Journal du palais*, 1837-1-632.

querait au respect dû aux lois, et contreviendrait aux prescriptions formelles de l'art. 311 Ins. crim. : la Cour enjoit à Me de ne plus entretenir le jury des peines encourues.... (1)

Les déductions sont logiques. Si le jury ne peut avoir égard à la peine, il est inutile de la lui faire connaître; s'il doit s'interdire d'y songer, il ne saurait être permis de le convier à l'oubli de ce devoir. Or, il a prêté serment d'écartier cette préoccupation; l'avocat manque donc au respect dû à la loi, s'il le provoque à trahir la foi jurée.

136 — Cette argumentation n'est pas nouvelle; c'est celle que nous avons présentée plus haut en étudiant, sous l'empire du Code du 3 brumaire an IV, la question qui nous occupe ici. Aussi doit-on s'attendre à la retrouver formulée, dans des termes analogues, antérieurement à la loi du 28 avril 1832.

Cependant, sous le Code des délits et des peines, dont l'art. 372 était si formel, le tribunal de cassation condamna d'abord la prétention de renfermer exclusivement la défense dans le domaine du fait. Ce ne fut qu'à la longue, et après des indécisions nombreuses, que la doctrine actuelle prévalut. Le 28 pluviôse an VIII, sur le pourvoi, mais contrairement aux conclusions du ministère public, fut rendu l'arrêt suivant : « Le tribunal, attendu, sur le moyen proposé par le réclamant, que l'art. 353, dont il parle en son Mémoire, ne prohibe pas à l'accusé le droit naturel de parler dans sa défense de la gravité de la peine qui serait prononcée contre lui s'il

(1) *Journal du palais*, 1836-2-177.

était jugé coupable du délit dont il est accusé ; que cet article ne limite pas la défense de l'accusé, auquel les lois laissent la faculté de se défendre, comme il le juge utile à ses intérêts, rejette (1). »

Les premiers symptômes sérieux d'un revirement se manifestèrent, si nous ne nous trompons, dans l'arrêt de rejet du 29 mars 1816. Rien n'était pourtant changé dans la loi : l'art. 172 du Code de brumaire était devenu l'art. 342 du Code de 1808. Néanmoins, la jurisprudence inclina promptement vers la solution qui, depuis, a été adoptée d'une manière constante. « La Cour : attendu qu'aucun article du Code d'instruction criminelle ne s'oppose à ce que la Cour d'assises interdise au conseil de l'accusé de continuer de plaider ce qu'elle estime être contraire à la décence et au respect dû aux lois, ou renvoie après la déclaration du jury, une partie de la défense qu'elle juge n'avoir trait qu'à l'application de la peine, rejette (2). »

437 — C'était là, il faut l'avouer, un prétexte assez peu plausible ; et l'on peut douter que la question ait alors été posée d'une manière irréprochable. En effet, de ce que la loi n'enlève pas à la cour la faculté de s'opposer à ce que la défense s'occupe de la peine, il était au moins téméraire de conclure que cette faculté lui fût reconnue. Il y avait en 1816, comme sous le Code de brumaire, des motifs autrement concluants à invoquer à l'appui de la doctrine de l'arrêt ; ils ne tardèrent pas à être mis en lumière.

(1) Dalloz, *Répert. v^o défense*. — n^o 131.

(2) *Id.*, *loc. cit.*

Le sieur Louis Ravel, condamné à la peine de mort pour fabrication de fausse monnaie (Code 1810, art. 132), s'était pourvu en cassation, se fondant, entre autres moyens, sur ce qu'on ne lui avait pas laissé toute la liberté dont il devait jouir pour sa défense, et particulièrement sur ce que le défenseur avait été empêché d'exposer aux jurés la diversité des effets résultant de l'émission de la fausse monnaie. Sur les conclusions conformes du célèbre Marchangy, la cour, par arrêt du 26 décembre 1823, déclara que l'interdiction faite à la défense, loin d'être contraire à la loi n'en était que la juste application ; « que la cour d'assises avait fait une juste application de la loi en ne permettant pas au défenseur de l'accusé de mettre sous les yeux des jurés le texte de la loi pénale, de leur expliquer l'influence des faits sur l'étendue de la peine et les modifications qu'elle pouvait subir (1). »

Deux ans plus tard, la cour de cassation était de nouveau appelée à se prononcer sur le même point. L'accusé avait arrêté deux voitures sur un chemin public, et su imposer aux voyageurs en leur demandant, selon l'usage, la bourse ou la vie. Puis ce bandit débonnaire avait ensuite restreint ses prétentions à la somme de six francs, qu'il se fit donner, promettant aux voyageurs de la leur rendre la première fois qu'il les retrouverait sur sa route. Il était pour ce fait sous le coup de l'art. 383 du Code pénal, c'est-à-dire menacé des travaux forcés à perpétuité. Le défenseur voulut faire valoir, en faveur de son client, la disproportion existant entre l'énormité de la peine et

(1) *Journal du palais*, t. 18, p. 289.

la modicité du corps du délit, puis cette pusillanimité d'hommes mis par la peur hors d'état de comprendre que la menace n'est pas sérieuse quand elle tourne à la plaisanterie. Le président s'y opposa, et l'accusé fut condamné, les circonstances atténuantes n'existant pas encore, aux travaux forcés à perpétuité. Pourvoi fondé sur l'atteinte apportée à la liberté de la défense. Mais la cour, sur les conclusions de M. de Vatimesnil, rejeta par arrêt du 31 mars 1825 : « Attendu qu'en interdisant au conseil du demandeur la faculté d'exposer au jury une prétendue disproportion entre la durée de la peine encourue et le peu de gravité du crime imputé, le président de la cour d'assises n'a nullement entravé le droit de la défense, et qu'il s'est borné à interdire l'abus de ce droit, en rappelant le conseil du demandeur à l'exécution des art. 311 et 342 Inst. crim. (1). » Les mêmes idées se retrouvent dans les arrêts de rejet des 20 mars 1825, 8 décembre 1826, 18 février 1832, et dans l'arrêt de la cour d'assises de la Seine du 2 février 1830 (1).

438 — La similitude des décisions intervenues avant et depuis la réforme de 1832, l'identité des motifs invoqués aux deux époques, indiquent assez l'origine de cette jurisprudence. Jusqu'à la loi du 28 avril, le principe de la séparation des pouvoirs, évanoui en fait, existait encore légalement; et la doctrine de la cour de cassation était parfaitement fondée. Mais, si l'état de choses antérieur est maintenu sans modification, que devient la réforme de

(1) *Journal du palais*, t. 19, p. 370.

(2) Dalloz, *vis Répert. Défense*, nos 131 et 132, Instr. crim. n° 2306.

1832, et tout ce que le législateur de l'époque attendait des dispositions nouvelles? Les art. 372 du Code de brumaire et 342 de celui de 1808 étaient la conséquence forcée du système admis, alors que le jury n'avait à prononcer que sur la culpabilité; mais nous avons établi la nécessité et la légalité de leur abrogation, depuis qu'il a été appelé à prononcer sur l'admission des circonstances atténuantes. A quel titre maintenir dès-lors la prohibition qui résulterait de leur disposition, soit à l'égard du jury, soit à l'égard de la défense? N'est-ce pas perpétuer indûment l'application d'une règle dont la raison d'être a disparu?

Cette observation si simple et si concluante ne pouvait manquer d'être relevée dans les discussions que souleva notre thèse après 1832. Elle le fut en effet; mais, quoique nous n'ayons pu nous procurer les détails de ces discussions, nous pensons qu'elle ne le fut que subsidiairement. La défense n'insista sans doute que sur les motifs invoqués déjà avant 1832; car si elle eût puisé les éléments de ses réclamations dans les travaux préparatoires de la loi de 1832, elle y eût trouvé des arguments sans réplique. Tel n'est pas cependant le sentiment de M. Dupin. Voici comment il appréciait la question, dans les conclusions qui précédèrent l'arrêt du 25 mars 1836: « On prétend que la réforme du Code pénal, en introduisant les circonstances atténuantes, même dans les procès criminels, a permis aux jurés de se préoccuper de la pénalité et d'entrer dans l'appréciation du droit. C'est un sophisme, en ce que, quand la loi a permis de reconnaître des circonstances atténuantes, le législateur a posé un prin-

cipe général ; mais il a prévu que dans l'application il pourrait y avoir des nuances de nature à modifier le fait lui-même. Il en est des circonstances atténuantes comme des aggravantes ; elles se groupent autour du fait principal, le modifient, l'atténuent ou l'aggravent, mais toujours sans qu'il soit permis de confondre cette appréciation du fait avec la discussion de la loi pénale (1). »

139 — La vérité a un singulier privilège : à quiconque la méconnaît, même de ceux que sa reconnaissance comble d'ordinaire, elle envoie l'incertitude de la pensée et le vague de l'expression. Si nous comprenons l'argumentation du célèbre procureur-général, elle établit, en premier lieu, que les éléments d'atténuation ne peuvent être pris que dans les circonstances du fait, et jamais dans l'état du droit. N'est-ce pas donner la thèse pour raison ? Il en a été ainsi à l'origine des circonstances atténuantes ; la loi seule pouvait fixer la peine, et l'influence des circonstances de fait pouvait seule, par là même, motiver une atténuation dans les limites fixées par la loi. Mais, en relevant ces principes, en 1835, M. Dupin avait-il sous les yeux ces passages si nombreux et si concordants, soit de l'exposé des motifs, soit des rapports aux chambres, dans lesquels il est dit que les jurés pourront reconnaître des circonstances atténuantes s'ils jugent la peine de mort illégitime, s'ils trouvent que l'on a eu tort d'assimiler la tentative à l'exécution, que l'on a puni trop sévèrement la récidive : en un mot, si la répression leur paraît exagérée ? S'est-il rappelé

(1) *Journal du palais*, 1836-2-177.

ce passage frappant et caractéristique qui appelle le jury à opérer, dans chaque affaire, une révision que le législateur a volontairement laissée incomplète, et qui lui confie un droit de contrôle que le législateur s'était, jusque-là, réservé à lui-même ? Comment soutenir que les éléments de fait peuvent seuls motiver l'admission des circonstances atténuantes, quand tous ceux qui prirent part à la discussion de la loi du 28 avril disent formellement que l'atténuation peut être motivée sur l'exagération ou l'inopportunité de la peine, c'est-à-dire, en un mot, sur l'état de la loi pénale !

La loi, ajoute M. Dupin, n'autorise les circonstances atténuantes que dans le but de donner aux nuances de culpabilité le moyen de se produire, et d'amener, dans la répression, une gradation que ne peut avoir établie la loi générale. Mais, pour compléter ainsi le travail législatif, pour adapter à l'infraction, d'après les nuances qu'elle présente, une peine qui n'est prononcée que abstraction faite de ses particularités, est-il possible de ne pas envisager la peine ? Peut-on donc établir un rapport entre deux termes si l'on est condamné à n'en connaître qu'un seul ? Vainement l'on dira que les nuances ne modifient que le fait ; d'une part, les nuances n'ont d'effet que par l'importance que leur donne la perspective de la peine à modifier ; et, d'ailleurs, mille passages de travaux préparatoires établissent formellement que c'est en contrôlant les rapports de l'infraction avec la peine prononcée par la loi que le jury doit graduer la répression. M. Dupin, malgré lui, le reconnaît comme nous. « On argumente aussi, dit-il, de l'omnipotence du jury, doctrine exagérée... que les bons

esprits n'ont jamais soutenue, et qui a été abandonnée partout depuis la réforme de 1832, qui a permis au jury de modifier ses déclarations, mais non pas de se jouer de ses convictions. » Oh ! sans doute, le jury ne peut plus se jouer de sa conviction ; mais c'est précisément parce que la loi nouvelle donne aux considérations illégales qui lui dictaient un verdict négatif, un moyen de se produire désormais légalement. Or, c'était la perspective et l'examen de la peine, tout le monde en convient, qui avaient, avant 1832, motivé des acquittements regrettables ; c'est donc là encore que les jurés doivent pouvoir puiser les motifs de l'atténuation.

140 — Dans l'arrêt rendu conformément aux conclusions de M. Dupin, la Cour de cassation invoque des considérations qui ne sont pas moins discutables. « Attendu, dit-elle, que la loi du 28 avril 1832, en appelant les jurés à déclarer, s'il y a lieu, l'existence des circonstances atténuantes, n'a pas changé la nature de leurs attributions puisqu'elle a réservé à la Cour d'assises le droit d'apprécier et de déterminer la modification qui, par suite de cette déclaration, devait être apportée à la peine. »

Comment ! la loi du 28 avril n'a pas changé les attributions du jury, quand M. de Bastard déclare qu'elle lui a transféré « des pouvoirs que le législateur s'était réservés à lui-même jusque-là ! » Quand elle lui a donné, après bien des scrupules, « attendu, disait M. Barthe, qu'il vaut mieux les lui donner que de les lui laisser prendre, » des attributions qu'on ne lui avait refusées, en 1824, que sous l'influence de causes dont on méconnaît aujourd'hui le caractère et l'existence ! Nous avouons ne pas com-

prendre la raison alléguée par la Cour. Les attributions du jury n'ont pas changé, dit-elle, puisque la loi « réserve aux magistrats le droit d'apprécier et de déterminer la modification qui, par suite de cette déclaration, doit être apportée à la peine. » Est-il exact d'abord de dire que c'est la Cour qui détermine les effets de la déclaration, et que fait donc l'art. 463 Cod. pén. ? D'ailleurs, quel rapport y a-t-il entre ces deux choses ? La loi fixe la peine; la Cour l'applique sur les éléments fournis par le verdict : de ce que les magistrats sont chargés de déduire les conséquences légales de la déclaration, qu'en résulte-t-il, quant à la nature des faits qui ont pu motiver cette déclaration de la part des jurés ? Ce droit de la Cour, qui n'est, en réalité, que l'application de ses attributions ordinaires, est si peu la négation de celui que peut avoir le jury d'examiner la peine, et de forcer la Cour à la modifier, que M. Barthe, après avoir indiqué les motifs qui exigeaient que l'on confiât au jury la déclaration des circonstances atténuantes, ajoutait : « Toutefois, la Cour *aussi* doit conserver une grande latitude dans l'application de la peine (1). » A cet égard, les attributions du jury et celles de la Cour sont de même nature ; seulement, elles s'exercent dans des sphères différentes : au jury l'appréciation des causes qui peuvent motiver l'atténuation, à la Cour l'appréciation, dans les limites de l'art. 463, des effets que doit produire l'admission des circonstances atténuantes.

144 — Enfin, faut-il répondre à ceux qui voient, dans

(1) *Code pénal progressif*, p. 13.

la faculté que nous réclamons pour le jury et la défense, la consécration nouvelle de l'omnipotence? Ici encore nous allons trouver un imprudent oubli des vues capitales de la réforme de 1832.

D'abord nous avons établi que, depuis 1808, et quelque regrettable que soit ce résultat, il est difficile de ne pas être forcé d'admettre la légalité de la doctrine de l'omnipotence (1). De plus, et ceci suffirait à la rigueur, M. de Bastard, dans son rapport à la chambre des pairs, reconnaît formellement que « l'omnipotence est consacrée par le projet de loi (2). » Mais il faut aller plus loin : la doctrine que nous défendons diffère à tous égards de l'omnipotence, telle qu'on l'entendait à la fin de la Restauration. Autre chose, en effet, est la prétendue faculté de pouvoir acquitter malgré l'évidence de la culpabilité, autre chose la faculté de pouvoir mitiger un verdict affirmatif sincère. La doctrine adverse s'obstine à méconnaître le caractère complexe des attributions du jury depuis 1832. D'une part, il doit statuer sur la culpabilité, et, sous ce rapport, il lui est toujours interdit, comme autrefois, de se laisser influencer par la perspective du châtement; mais, d'autre part, il doit prononcer sur les circonstances atténuantes, et, sous ce rapport, il est de son devoir de se préoccuper de la peine et d'examiner s'il n'y a pas lieu de la modifier. Or c'est là l'omnipotence, telle que l'entendait M. de Bastard, et telle que l'a consacrée la loi de 1832. Un abus régularisé, une appréciation légitime substituée à une appréciation

(1) *Suprà*, nos 45, 46 et 47.

(2) *Code pénal progressif*, p. 29.

illégal, la perspective de la peine admise à pouvoir ouvertement motiver l'atténuation afin qu'elle ne puisse plus amener clandestinement des acquittements : voilà toute la réforme. C'est ce que résumait si bien M. Barthe quand, parlant de l'influence, impossible à éviter, qu'exerce la préoccupation de la peine, il disait : « il vaut mieux lui faire une juste part, que de s'exposer à l'impunité. » Et alors sur quoi repose le grief allégué ? On comprend que, avant 1832, le droit pour le jury d'examiner la peine, et pour la défense celui de la citer, n'aient pu être réclamés qu'au nom de l'omnipotence complète ; ils n'avaient alors aucun autre moyen de se produire. Aussi nous approuvons sans réserve l'arrêt rendu par la Cour d'assises de la Seine, le 2 février 1830, qui, se fondant sur l'art. 342, s'opposait à ce qu'un pareil système fût plaidé. Mais les mêmes motifs ne peuvent plus être acceptés comme pertinents depuis que la loi, par une concession limitée, et précisément afin d'ôter tout fondement aux prétentions de l'ancienne omnipotence, a rendu légitime une appréciation qu'un défaut de latitude suffisante avait seul fait dégénérer en abus.

142 — La cour d'assises d'Ille-et-Vilaine s'est cependant spécialement appuyée sur cet argument, dans son long arrêt du 29 novembre 1836, se refusant énergiquement à admettre la transaction que la loi de 1832 avait consacrée en termes si formels. « Considérant, dit-elle, qu'interpréter autrement l'art. 341 Inst. cr. dans ses rapports avec les art. 311 et 342 du même code, ce n'est pas seulement confondre le fait et le droit et ériger le juré en juge, c'est bien pis encore, c'est en faire un despote n'ayant d'autre

guide que ses caprices, et d'autre loi que ses volontés, ce qui n'irait à rien moins qu'à vicier la base même de l'institution constitutionnelle du jury, première sauvegarde de la paix et des libertés publiques.... (1)

Ce sont là des propositions dont nous admettons volontiers la sagesse économique, mais dont nous avons surabondamment démontré l'inexactitude historique. A tout prendre, si l'une des deux doctrines en présence mérite le reproche d'aboutir à l'omnipotence, c'est incontestablement celle que nous combattons : nous en avons pour preuve les affirmations unanimes des législateurs de 1832, qui ne crurent pouvoir lutter contre cette doctrine désastreuse qu'en faisant une juste part, afin de le rendre sans excuse, à un abus dont l'intensité menaçait alors la sécurité sociale et l'institution du jury.

143 — De quelque côté donc que l'on examine la jurisprudence, elle n'offre qu'oubli de la portée qu'aurait dû avoir, et qu'avait entendu avoir, la réforme de 1832. Elle a obéi, en se perpétuant, ou à l'influence de souvenirs se rattachant à un état de choses qui n'est plus, ou à celle de préoccupations sociales qui excèdent les limites assignées à l'autorité judiciaire. Qu'on la rattache à l'une ou à l'autre de ces causes, elle accuse une déviation regrettable ; et la raison conseille et exige un retour à une pratique plus conforme à la loi : « *Non dubium est in legem committere eum qui, verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem.....* » (2) La jurisprudence invoque

(1) *Journal du palais*, 1837-1-631.

(2) L. 5, C. de legibus.

l'art. 342 : pétition de principe, car la question est précisément de savoir si cet article a jamais été applicable à la décision relative aux circonstances atténuantes, et si, même dans les limites où le renfermait le code de 1808, il n'a pas été abrogé; elle invoque le souvenir de la séparation des pouvoirs : pétition de principe, puisque la question est de savoir si la loi de 1832 ne l'a pas supprimée sous ce rapport; elle soutient que l'admission des circonstances atténuantes ne peut être motivée que sur les nuances de culpabilité : pétition de principe, puisque la question est de savoir si la loi de 1832 n'a pas eu pour effet principal de permettre de la motiver sur l'état de la loi pénale; elle évoque enfin le fantôme de l'omnipotence : pétition de principe, puisqu'il s'agit de savoir si la loi de 1832 n'a pas consacré, en la régularisant pour en limiter les abus, cette doctrine condamnée.

Les allégations de ce genre peuvent éluder la difficulté, mais ne la résolvent pas; car il ne suffit pas d'affirmer une proposition pour qu'elle puisse servir de base à une augmentation. L'emploi des formules générales, s'inspirant d'une théorie abstraite, rend la critique difficile et périlleuse, parce que ces formules ont toujours au moins l'apparence de la vérité, surtout quand elles ont présidé à l'organisation première d'une institution : tout notre travail s'est proposé de préparer les éléments d'une réfutation, en groupant les faits qui attestent les modifications intimes qu'a subies l'organisation du jury, et dont la jurisprudence persiste à ne tenir aucun compte.

II.

144 — En dépit de l'usage qui veut perpétuer l'application de l'article 342 Inst. crim., la pratique, chaque jour, donne raison à nos conclusions. Nous avons dit plus haut quelles puissantes considérations rendaient irréalisable la prétention d'imposer aux jurés l'ignorance de la loi pénale. Si cette prétention était illusoire quand la loi lui prêtait son appui, combien ne doit-elle pas l'avoir été, à plus forte raison, depuis que la loi a cédé aux exigences qu'elle n'avait pu dominer ? Aujourd'hui, personne n'en doute, l'application de l'art. 342 Inst. crim. n'est qu'apparente. Il paraît même, et j'emprunte cette indication à M. Paringault, procureur impérial à Beauvais, que certains présidents d'assises, tout en veillant à ce que les prescriptions de l'art. 342 soient respectées à l'audience, en font volontiers bon marché à huis-clos dans les conférences intimes qu'ils ont avec les jurés pendant la délibération. « Au début de la session, dit cet honorable magistrat, au moyen d'une instruction particulière adressée aux jurés dans leur chambre, les présidents d'assises commencent par leur exposer d'une façon générale le mécanisme des circonstances atténuantes, leur influence sur les limites et la décroissance de la pénalité ; puis ils font plus : ils leur annoncent que, lorsque dans une affaire ils désireront être éclairés spécialement sur les conséquences légales de leur déclaration, le magistrat direc-

teur des débats criminels se mettra à leur disposition pour se faire leur initiateur à cet égard, et pour venir leur fournir à domicile tous les éclaircissements qu'ils pourront souhaiter (1). »

Sauf que les éclaircissements sont ici fournis à huis-clos, au lieu de l'être publiquement, cette manière de procéder équivaut à celle qui est ouvertement adoptée par la pratique anglaise (2). On pourrait croire dès-lors que nous nous sommes proposé un but stérile, notre thèse, en supposant qu'elle obtint l'adhésion de la pratique, ne devant rien changer à l'état de choses existant : ce serait une erreur. Il y a toujours un avantage dans la vérité. Les principes équivoques conduisent, tôt ou tard, à des conséquences fâcheuses; et nos conclusions, fussent-elles n'avoir pour effet que de rattacher la pratique à la légalité, produiraient déjà un important résultat. Mais elles nous semblent avoir une toute autre portée : la jurisprudence que nous critiquons a eu des conséquences funestes qui attestent, à elles seules, la fausseté de ses principes.

145 — Cette persistance d'une lettre-morte a eu pour résultat, en dernière analyse, d'annuler les effets directs que le législateur de 1832 avait cru découler de ses prescriptions, et de paralyser les effets ultérieurs qu'il attendait de l'ensemble de la réforme. C'était inévitable. La loi du 28 avril n'avait, en réalité, consacré qu'une innovation : la faculté pour le jury de laisser se produire, dans la

(1) *Revue critique de Législation*, t. 18, p. 140.

2) *Suprà*, n° 58.

limite des circonstances atténuantes, l'influence qu'exerce, dans sa pensée, la préoccupation de la peine. Nier le principe, c'est entraver radicalement la réforme en paralysant son moyen d'action. Aussi, car les faits ont leur logique comme les idées, les appréhensions et les craintes qui avaient fait regarder comme impérieuse la loi de 1832 se reproduisent de nos jours, avec la même vivacité et la même unanimité.

La réforme avait espéré, en levant pour tous l'incertitude, mettre un terme à l'inégalité de répression provenant de l'influence inégale qu'exerçait la connaissance inavouée de la peine : tentative avortée, puisque l'on persiste à tenir voilées les dispositions de la loi pénale. Elle avait voulu, en n'exigeant plus un sacrifice reconnu impossible, faire cesser cette habitude de pieux parjures que déploraient à la fois la morale et la justice : tentative avortée, puisque l'on persiste à faire prêter serment aux jurés de ne pas songer aux conséquences de leur déclaration. Elle avait voulu, par une concession partielle, arrêter les abus de l'omnipotence : expédient infructueux, qui n'empêchera pas l'omnipotence de renouveler ses anciennes prétentions, puisque l'on paralyse le procédé par lequel on avait espéré les écarter. Elle avait voulu connaître l'opinion du pays, en lui permettant de se manifester dans les verdicts, sur certaines questions de droit pénal encore mal résolues dans la doctrine : enquête stérile, puisque l'on fait un crime aux jurés de songer aux appréciations sur lesquelles la loi les consulte (1). Elle

(1) Dans un travail publié en 1848, notre honorable collègue

s'était reposée sur la surveillance journalière du jury du soin de compléter une révision des peines qu'elle n'avait qu'ébauchée : expédient réduit à l'impuissance, puisque l'on interdit aux jurés de s'immiscer dans l'examen de la pénalité, palliatif infructueux qui devient ainsi pour le droit pénal une cause de stagnation d'autant plus funeste qu'il est supposé suffire à remédier aux imperfections de la loi.

Enfin, et ce n'est pas sa conséquence la moins à déplorer, cette jurisprudence a gravement compromis le jury lui-même, en rendant certains verdicts inexplicables en apparence, et en l'exposant ainsi au plus grave danger que puisse craindre une institution : le blâme de l'opinion publique.

146 — Sans qu'il soit besoin de recourir aux documents fournis par les journaux judiciaires ou les statistiques officielles, on sait combien sont fréquentes, et parfois

M. Molinier invoque, en faveur du maintien de la peine de mort, l'assentiment des jurys qui, pouvant écarter cette peine au moyen de circonstances atténuantes, laissent libre cours à la sévérité de la loi (*Du droit de punir et de la peine de mort*, p. 31). Cette considération est puissante ; et il entra dans la pensée des rédacteurs de la loi de 1832 qu'elle fût présentée comme élément déterminant par la solution de cette grande question. Mais que prouve la statistique, et comment en induire un assentiment de l'opinion publique, si l'on défend aux jurés de songer à la peine ? Si, quand l'avocat appelle leur attention sur ce point et veut les prévenir que, même les faits étant pertinents, il leur est permis d'écarter cette terrible expiation, la cour, malgré les réclamations du conseil de l'accusé, déclare « que c'est à bon droit qu'en résumant l'affaire le président a prémuni les jurés contre l'erreur où pouvait les induire cet écart de la défense » (*Assises d'Ille-et-Vilaine*, arrêt du 29 novembre 1836, *Journal du palais*, 1837-1-631) ? Si enfin la cour de cassation ajoute « que la cour d'assises et son président ne font en cela que se conformer à la loi » (*Arrêt du Rejet* du 25 mars 1836, *id.* 1836-2-177) ?

imprévues, les déclarations de circonstances atténuantes. Citer des exemples serait superflu ; chaque jour en porte à la connaissance de tous (1). Il n'est pas rare, surtout dans les accusations qui appellent une répression sévère, d'en voir attribuer le bénéfice là où les éléments du fait semblent écarter toute idée d'atténuation. On voit des verdicts qui attristent et révoltent, saisissent à la fois d'étonnement et de douleur, en abritant d'une parole d'excuse l'attentat le plus froidement prémédité ; en réunissant, par exemple, ces deux mots dont le rapprochement consterne presque autant que le crime qu'il s'agit de punir : parricide, circonstances atténuantes ! Sous l'impression de stupeur que répandent de telles déclarations, que de fois ne s'est-on pas demandé s'il a bien pu être dans la pensée de la loi, d'étendre au parricide le bénéfice de l'atténuation, quand elle le déclare inexcusable.

Ces résultats ont paru, à beaucoup, accuser un abus grave en lui-même, et plus encore par ses conséquences possibles. L'opinion qui, même dans ses égarements, s'irrite toujours de l'injustice, s'en est émue souvent ; maintes fois, cherchant les causes d'une atténuation et ne les trouvant pas, ne l'a-t-on pas vue manifester sa désapprobation jusque dans l'auditoire des cours d'assises, en présence des juges et des jurés ? La presse se faisant,

(1) Dans le compte-rendu rétrospectif publié en 1850 par M. Abatucci, il est dit que le bénéfice des circonstances atténuantes est accordé en moyenne à 72 accusés sur 100 (Rapport, p. 42). Les années suivantes offrent toujours une proportion, qui encore tend à augmenter, de plus des deux tiers : en 1852, 672 sur 1000 ; en 1853, 693 sur 1000 ; en 1854, 674 sur 1000, en 1855, 682 sur 1000 ; en 1856, 696 sur 1000, etc., etc.

sans assez de réflexion peut-être, l'écho de ces indignations, en répand le sentiment. Je ne sais plus où, parlant d'une décision du jury du Haut-Rhin qui, venant de reconnaître l'accusé coupable d'avoir assassiné sa sœur et coupé le cadavre en morceaux, lui accordait cependant des circonstances atténuantes, Alphonse Karr se demandait plaisamment : je voudrais bien savoir où sont les circonstances atténuantes : est-ce parce que la victime était sa sœur, ou parce que les morceaux étaient petits ? Le moindre effet de ces résultats imprévus est de faire douter et désespérer de la justice. Ils ont fait accuser le jury de pusillanimité, d'indulgence aveugle jusqu'à fausser la vérité, de tendances d'atténuation systématique, « pente rapide qui conduit à l'altération du sens moral, aux défiances d'un scepticisme injurieux pour les arrêts de la justice... dont l'effet inévitable est de déverser sur un corps de magistrats permanents le discrédit et la déconsidération (1). »

147 — Nous partageons les inquiétudes, mais n'adhérons nullement au jugement porté. Elle peut paraître singulière, pour le moins, la loi qui permet l'accouplement de ces deux mots que tout sépare : parricide, circonstances atténuantes, quoique la contradiction soit plus dans les mots qu'au fond des choses ; mais, légalement parlant, ce résultat est tout naturel ; il entrerait même dans les prévisions du législateur de 1832 qu'il se produisît. Si l'on s'en étonne, c'est que l'on persiste à

(1) Caze, *op. cit.* p. 151 et 170. — V. aussi Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 573. — Lacuisine, *De l'administration de la justice criminelle*, p. 19 et s.

oublier l'une des deux concessions faites au jury en 1832, à méconnaître la possibilité de motiver les circonstances atténuantes sur la nature de la peine, sa légitimité et son opportunité, abstraction faite de toute considération tirée du fait. La réponse à la question que se posait le spirituel feuilletonniste, est facile à trouver. Oh ! sans doute la loi aurait dû enrichir la langue judiciaire d'une expression spéciale pour qualifier cette atténuation motivée sur l'état de la loi ; car en la confondant, sous la même qualification, avec celle qui peut résulter des circonstances de fait, et qui se présente bien plus naturellement à l'esprit, elle expose à des appréciations mal fondées : le peuple, qui ne lit pas dans la pensée des jurés, est porté à croire que leur intention est peut-être d'excuser le forfait ! Ainsi se corrompt le sentiment de la justice distributive ; ainsi se perd la dignité des débats judiciaires ! Cela est si vrai, que M. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté de Dijon, a longuement écrit sur les circonstances atténuantes et les mille incidents qui peuvent les motiver, sans songer même à cette acception du mot, qui, en fait, est celle qu'il a dans l'immense majorité des cas (1). »

C'est, à coup sûr, un grand défaut pour une loi que d'être exposée, par excès de complication scientifique, à n'être comprise que des hommes spéciaux. Les masses ne se rendent jamais bien compte de ces théories, profondes si l'on veut, mais qui se traduisent en résultats au sens desquels elles se trompent, et qui provoquent naturel-

(1) *Revue critique de Législation*, t. 13, p. 305 et 345.

lement des récriminations. Toutefois l'insuffisance du langage ou l'ambiguïté des termes n'autorisent pas l'oubli des prescriptions de la loi; elles ne sont qu'une raison de plus de compléter, par une pratique franche et ouverte, ce qui manque sous le rapport de la clarté. La jurisprudence a dissimulé les causes de l'état de choses dont l'on s'inquiète; qu'y a-t-elle gagné? A coup sûr elle ne l'a pas empêché de se produire: les faits de chaque jour le prouvent; seulement elle l'a rendu inexplicable, et sous le plausible prétexte de maintenir le jury dans la prétendue limite de ses attributions, elle a suscité contre lui les apparences d'un scandale qui le discrédite. Qu'il soit bien avéré que le jury a le droit de manifester son opinion sur la peine, d'en modifier la fixation absolue, dans les limites de ce qu'on appelle, à tort dans ce cas, les circonstances atténuantes: tout devient régulier; et si la science peut encore douter de la valeur du procédé législatif, au moins la justice n'assumera plus la responsabilité d'injustes suspicions. C'était là un des effets qu'attendaient de la loi de 1832 ceux qui en avaient combiné les dispositions: « Il y a toujours un avantage dans la vérité, disait M. Barthe, et quand même le projet n'aurait pour résultat que de rattacher les atténuations, non à de pieux parjures, mais à des verdicts consciencieux, ce serait déjà une importante amélioration (1). » Ici encore la pratique a déroulé les prévisions du législateur!

148 — N'avions-nous pas raison d'imputer à la jurisprudence d'avoir paralysé toute la réforme de 1832, et

(1) *Code pénal progressif*, p. 19.

d'avoir maintenu intacte la situation que, d'un accord unanime, on reconnut alors défectueuse. Qu'on ne s'y trompe pas, l'extension des pouvoirs du jury n'a pas été, en France, le résultat de quelques empiétements de fait, ne pouvant invoquer d'autre titre qu'une tolérance d'usage. Si telle en était l'origine, il vaudrait mieux couvrir du voile de l'oubli une déviation regrettable, que de mettre en lumière la succession de ses progrès. Mais les procédés d'intervention du jury dans la fixation de la peine n'ont ni cette origine, ni ce caractère : ils ont été législativement consacrés ; ils constituent l'état actuel de notre organisation judiciaire ; c'est de leur application, à tort ou à raison, que le législateur a fait dépendre l'avenir de la procédure par jurés. Il faut donc hautement les divulguer, et en réclamer énergiquement la libre application.

Sans doute il faut voir, dans la pensée de ceux qui repoussent la doctrine que nous avons exposée, le désir de lutter contre des concessions imprudentes, et de soustraire le jury aux atteintes dont elles le menacent. Mais, nous l'avons déjà dit : c'est entraver les réformes utiles que de dissimuler les imperfections de la loi sous une pratique abusive. Si les vues du législateur de 1832 ont été bien inspirées, il n'appartient à personne d'en repousser l'application ; si elles ont erré, il faut les laisser se produire au grand jour, et ne pas s'endormir sur une amélioration qui ne serait qu'apparente. D'ailleurs, la loi est là ; et quelque jugement que l'on porte sur elle, qu'on la blâme ou qu'on la loue, il est de devoir strict de s'incliner : toute résistance serait inconstitutionnelle.

CONCLUSION.

149 — Il serait bien difficile, après soixante-neuf ans d'expérience, de dire, avec exactitude, quelle est aujourd'hui l'opinion du pays sur le jury. Tel qu'il fonctionne, malgré les sympathies populaires qu'il éveille, les espérances qu'il fait naître et soutient, réunit-il les conditions de stabilité nécessaires pour que son sort ne puisse plus inspirer d'inquiétude ?

150 — Abstraction faite de tout jugement sur la valeur réelle de la procédure par jurés, cette incertitude de l'opinion ne doit pas étonner : elle est la conséquence naturelle des vicissitudes si nombreuses qu'a subies le jury depuis son introduction dans notre pays. Une institution n'est définitivement adoptée par l'opinion que le jour où elle fonctionne avec suite et régularité. La confiance, comme la foi, ne se prend qu'à ce qui est stable et incontesté ; et à voir le jury livré à des oscillations incessantes, qui n'eût appréhendé pour lui l'influence qu'exerce le doute sur tout ce qu'il atteint, et le discrédit qui en est la suite inévitable ? L'exemple, en France peut-être plus qu'ailleurs, a une singulière puissance d'impulsion : comment le jury aurait-il conservé son prestige, les voix les plus graves et les plus autorisées venant chaque jour constater l'insuccès de sa pratique, et réclamer quelque modification dans ses procédés ?

Ce sentiment d'indécision et de réserve que l'esprit public subit à son insu, et sans le contrôler, est d'ailleurs justifié; ses progrès correspondent à un affaiblissement graduel et réel du jury. La mobilité dans la loi, comme l'irrésolution dans les caractères, énerve et affaiblit. Aux yeux même de ceux qui n'écoutent les impressions que si la raison les approuve, la périodicité des réformes, en rendant douteuse la possibilité d'obtenir les résultats entrevus et espérés, devait diminuer, sinon détruire, la confiance première. Or, que l'on jette un coup-d'œil sur l'histoire du jury en France, quelle partie de son organisation n'a pas été maintes fois modifiée? Jury d'accusation et de jugement, composition de la cour et du jury, mode de votation, délimitation des fonctions respectives des deux pouvoirs : tout a été l'objet d'incessantes variations. Qu'est-ce donc que cette institution qui flotte incertaine et mobile au gré des événements, et reçoit une forme nouvelle chaque fois qu'un régime nouveau s'établit? Les essais infructueux usent à la longue les ressorts de la machine, comme les émondages trop multipliés interceptent la sève et font mourir la plante : comment la vitalité du jury n'aurait-elle pas été compromise par l'action de ces réformes nombreuses venant successivement altérer les éléments de l'organisation primitive.

154 — Ainsi s'est discréditée une institution dont tout semblait présager le succès, puisqu'elle appelle à être ses organes tous ceux qui ont intérêt à sa réussite. L'intervention du peuple dans la justice criminelle offre, en effet, l'image et réalise les résultats d'une société générale d'assurance mutuelle contre le crime ; et, fût-on

abstraction des règles de la justice absolue pour ne parler que du mobile tiré de l'intérêt personnel, comment une telle société n'atteindrait-elle pas son but, appelant pour agents ceux qui, ayant à craindre l'effet du crime, ne peuvent rester indifférents à sa répression? Qui oserait dire, malgré cela, que cette institution, si favorable d'ailleurs à l'indépendance et à la dignité de l'homme, rencontre aujourd'hui autant d'amis que de détracteurs? Elle compte encore des partisans nombreux et décidés; car si les dissidences dans les jugements dont elle est l'objet sont, de nos jours, moins vives et moins tranchées qu'à d'autres époques, elles sont loin d'avoir cessé. Néanmoins, peut-être est-il permis de se demander si le jury, tel au moins qu'il fonctionne aujourd'hui, n'est pas plus dans nos habitudes que dans nos mœurs; si les apologies ne sont pas dues aux préoccupations de l'esprit de parti et à des appréhensions rétrospectives, autant au moins qu'à une conviction raisonnée et précise? Avertir une institution qu'elle périlite et se perd est chose dangereuse, surtout quand elle a pour elle les sympathies populaires; cependant, à bien réfléchir à la situation actuelle, je croirais volontiers plus vrai que jamais ce que disait M. de Rémusat, dans une publication qui date déjà de loin : « Tout le monde vante le jury, et je ne sais si tout le monde l'approuve. Le concert de louanges dont il est l'objet semble suspect, et l'unanimité, cette fois comme tant d'autres, pourrait bien n'être qu'en paroles (1). »

Pour lutter avec succès contre ces défaillances de

(1) *De la procédure par jurés*, p. 5.

l'opinion et ces ferments de dissolution, il est urgent de remettre à l'étude cette importante partie de notre organisation judiciaire; de rechercher, sans craintes ni préventions, si elle ne réclame pas de graves modifications; de mettre surtout un terme à cette série d'expédients qui n'ont jamais voilé le mal que pour le faire surgir ailleurs et sous une autre forme.

152 — Le seul moyen de ne pas s'égarer dans cette voie, est de reprendre de loin la chaîne des évolutions législatives, et de demander au passé les données du problème à résoudre. La tradition n'enchaîne pas la pensée, toujours libre, dans ses spéculations, de s'élever jusqu'aux régions de l'absolu; mais elle enchaîne l'action, dont les efforts ne peuvent être féconds que si on les subordonne aux conditions accidentelles et variables du temps.

Or, en écartant les incidents secondaires qui compliquent l'histoire du jury en France, un phénomène se manifeste et s'affirme hautement. Les modifications dont l'institution a été l'objet n'apparaissent pas comme une suite de scènes et de changements conduits par le hasard; elles se succèdent avec une unité de direction persistante et poursuivent un résultat qui ne varie pas. Leur caractère constant, c'est la tendance, chaque fois que les cris d'alarme deviennent plus menaçants, à s'écarter, et toujours en vain, des principes que la Constituante avait regardés comme constitutifs de la procédure par jurés, comme essentiels à son existence.

153 — L'équilibre du système primitif reposait sur un principe unique : la séparation absolue et l'isolement

des attributions respectives du jury et de la cour ; et, comme corollaire nécessaire, l'usage de peines fixes et invariables. Toute la préoccupation de la loi avait été d'organiser la justice criminelle de manière à être aveuglément obéie, et à ce que toute appréciation pouvant entraver ou modifier ses prescriptions fût rendue matériellement impossible ; c'était, d'après les idées de l'époque, l'idéal de la justice humaine. Or, si le jury statue sur le fait sans connaître ni prévoir la peine, si la cour prononce ensuite la peine sans avoir égard aux circonstances de fait, le résultat désiré ne peut échapper : toute appréciation, et dès-lors tout arbitraire, est impossible ; la loi est forcément appliquée.

154 — Ces deux idées : la séparation des pouvoirs comme règle de l'organisation judiciaire, et l'immutabilité des peines comme règle du droit pénal, formaient la double base de la procédure par jurés ; elles étaient inséparables. Modifier la conséquence, c'est-à-dire l'exclusion de toute influence du fait sur la peine et de la peine sur le fait, en maintenant le procédé d'action, c'est-à-dire l'isolement de la déclaration de culpabilité et de l'application de la loi, ce serait d'une part ébranler l'institution en attaquant ce qui constitue son essence, d'autre part la frapper de stérilité en proscrivant les effets, en vue desquels son mécanisme a été combiné.

Mais c'était une prétention irréfléchie qui s'était ingérée d'organiser la justice criminelle au moyen de rouages disposés d'après des procédés presque mécaniques, de manière à dispenser les juges d'intelligence, et à ne leur confier qu'une fonction matérielle pour l'accomplissement

de laquelle, ainsi que le voulait Montesquieu, il ne leur fallût que des yeux. Les réduire à n'être plus qu'une machine d'application, selon l'expression du grand juge Regnier, substituer la puissance aveugle de la forme à une application intelligente, était une conception naturelle à la philosophie militante du XVIII^e siècle ; c'était la doctrine matérialiste entrant dans la science sociale, et par là dans le domaine de la justice criminelle. De longs siècles d'abus avaient fait douter de la raison, abri complaisant de tant de prétentions : on cherchait dans la forme le moyen de fuir le danger des vues individuelles et de l'arbitraire. Le matérialisme politique, sous ce rapport, avait sa raison d'être ; mais c'était une doctrine temporaire et d'expédient. Aussi commença bientôt contre le jury, tel que l'avaient organisé les lois de la révolution, une lutte qui dure encore.

155 — Au début, tant que dura la ferveur d'espérance qui avait animé la Constituante, l'enthousiasme de la conviction put dissimuler la vérité ; mais bientôt le voile tomba. L'on s'aperçut que, en subordonnant la justice criminelle à des idées conçues *à priori*, la Constituante avait méconnu des influences dont l'expérience apprend qu'il faut tenir compte ; et qu'elle allait susciter une lutte qui ne pouvait manquer d'être fatale à ses combinaisons : la lutte de l'intelligence contre le formalisme.

De là les remaniements presque annuels qu'a subis depuis soixante ans l'organisation du jury ; de là ces tentatives de réforme sans cesse jugées impuissantes et sans cesse reprises : c'est le propre de la vérité d'agiter l'esprit de l'homme tant qu'il ne la perçoit qu'imparfaitement.

Autant à l'origine le législateur s'était montré jaloux d'une justice uniforme et aveuglément égale, autant il se montre ensuite préoccupé de rendre possible et large l'influence des appréciations personnelles. Les peines afférentes à chaque infraction deviennent divisibles quant à leur durée et à leur intensité, variables parfois quant à leur degré ; la cour est investie du droit d'apprécier directement le fait, en dehors des éléments fournis par le verdict, afin de pouvoir faire une juste part aux nuances de criminalité dont la loi générale n'a pu tenir compte ; le jury reçoit la faculté de se préoccuper des suites de sa déclaration et d'assurer dans le verdict les modifications qu'il croit juste d'apporter, pour le cas particulier, à la peine qui attend l'accusé : voilà le résumé de toutes les vicissitudes du jury, en France, depuis soixante ans. C'est-à-dire que les réformes ont toutes essayé d'approprier la procédure par jurés, autant que faire s'est pu, à des vues que ses principes constitutifs écartaient impérieusement et que le mécanisme de son organisation avait eu pour but avoué de rendre irréalisables.

156 — Cependant, ce serait étrangement se méprendre que de croire qu'il soit possible, au gré des événements et sous prétexte d'amélioration, d'introduire dans une institution, sans la frapper à mort, des changements incompatibles avec son esprit. Altérer la pureté des principes ne saurait jamais être un moyen efficace d'éluder les difficultés d'exécution ; et il ne faut pas chercher ailleurs que dans ces fausses manœuvres la cause de l'affaiblissement du jury en France. L'harmonie comme l'équilibre manque à l'organisation nouvelle ; la théorie, composée d'éléments

disparates, s'égare; les faits, en un mot, ne sont plus d'accord avec les principes. De là les indécisions de la doctrine et les inconséquences de la pratique; il est inutile de rien ajouter, sous ce rapport, à ce que nous avons relevé dans le cours de cette étude.

Il est vrai qu'il n'a pas été possible au législateur de procéder autrement. Ces innovations ne lui ont pas été arrachées par surprise; elles ne sont pas le produit de révisions précipitées ou irréfléchies: elles ont surgi sous la pression irrésistible des faits, elles ont été consacrées sciemment, malgré les tristes présages que nul ne se dissimulait. Lors de la loi du 25 juin 1824, une des étapes de cette réaction, le général Foy, critiquant les mesures proposées, disait vainement qu'elles renfermaient « le symptôme et le germe de la destruction du jury (1); » on lui répondait comme devait le faire plus tard M. de Bastard à la chambre des pairs, en 1832: « le législateur ne peut méconnaître la puissance des faits, des mœurs et même des préjugés de l'époque dans laquelle il vit (2). » C'est que l'absolu des doctrines n'a jamais répondu aux exigences sociales; et que la Constituante avait manqué son but par l'énergie excessive qu'elle avait mise à l'atteindre: la pratique démontrait chaque jour que l'omnipotence sortait forcément des procédés qui avaient été destinés à faire radicalement cesser l'arbitraire.

457 — Il y a un enseignement à tirer de cette réaction lente, mais irrésistible, qui emporte un à un tous les

(1) *Moniteur* du 16 juin 1824.

(2) *Code pénal progressif*, p. 28.

éléments regardés d'abord comme essentiels à la procédure par jurés. Une tendance si persistante, qui se produit dès le début de l'existence du jury, et se développe ensuite sans interruption, mérite bien que l'on compte avec elle ; la tradition ne se perpétue pas avec une telle sûreté et une telle opiniâtreté quand elle n'est que l'expression de l'arbitraire, et ne se rattache pas en quelque chose à la vérité.

Aujourd'hui, car les institutions ont aussi leur logique, il est devenu indispensable d'opter entre deux principes inconciliables, à l'un desquels il faut dès-lors sacrifier l'autre : la mobilité et la divisibilité des peines, au point de vue de la loi pénale, ou l'isolement de la décision sur le fait et de l'application de la loi, au point de vue de l'organisation judiciaire. Ou il faut maintenir le système des peines fixes, et renoncer, ce que l'équité exige cependant d'une manière impérieuse, à ce que le juge puisse, dans chaque affaire, rectifier l'appréciation nécessairement générale de la loi par l'appréciation circonstanciée du fait ; ou il faut que le même pouvoir vérifie le fait et applique la peine, afin qu'il puisse comparer les rapports de l'un à l'autre et graduer la répression. Cette nécessité s'impose avec une irrésistible autorité, non comme un système, mais comme un fait. L'histoire, que l'on a si souvent appelée un plaidoyer en action au profit de l'avenir, y conclut formellement. En effet, avant 1789, les peines avaient été arbitraires ; la Constituante, en haine de la partialité, inaugure le système des peines fixes, et, afin de courber les justiciables sous l'inflexible niveau d'une répression invariable, isole la décision du

fait de l'application de la peine; plus tard, on reconnaît que des classifications préétablies ne peuvent présenter qu'une gradation insuffisante des crimes, et qu'il faut nécessairement laisser au juge une certaine latitude dans l'application : est-il possible de conserver le mécanisme de l'organisation primitive, si l'on veut faire revivre ce qu'il avait été destiné à proscrire? Pas plus qu'on ne peut suivre la même voie, quand l'on veut atteindre un but opposé.

158 — Dans les premiers temps, on avait compris l'impossibilité d'une transaction entre ces deux idées inconciliables. L'immutabilité de la peine, et l'absence de toute latitude dans l'application, étaient regardées comme tellement inhérentes à la procédure par jurés, que la loi du 25 frimaire an VIII voulant, *pour d'impérieuses raisons*, soustraire à ces principes quelques infractions, ne crut pouvoir le faire qu'en en transportant la connaissance à la juridiction correctionnelle (1).

Cette démarcation a été depuis méconnue. Depuis soixante ans le législateur essaie vainement de combiner la procédure par jurés avec le système des peines divisibles. Faute d'avoir abordé franchement le problème, il a mutilé l'institution en déformant tour-à-tour chacun des anneaux qui composaient la chaîne; mais le but poursuivi lui a sans cesse échappé. Finalement il est arrivé à demander à des modifications plus ou moins ingénieuses du droit pénal, un remède aux imperfections de l'organisation judiciaire, oubliant que, étant destinée à mettre

(1) *Suprà*, n° 68.

la loi en action, la procédure doit être au service de la pénalité, et non la dominer. Il n'y avait rien de bon à attendre de cette lutte d'éléments déclassés : l'alliance de principes hétérogènes est une tentative désespérée qui n'a jamais produit de bons résultats. Aussi la situation n'a pas changé; seulement, en devenant chronique, le mal n'a fait que s'aggraver. N'est-il pas temps de se demander si l'intérêt même du jury ne réclame pas l'avènement de tendances plus décidées; et s'il ne serait pas opportun de compléter l'œuvre du passé en introduisant dans l'organisation du jury des vues qui, jusqu'ici, n'ont été que timidement avouées ou imparfaitement essayées.

159 — Il paraît toujours téméraire de remonter le cours des idées et d'attaquer un principe généralement regardé comme n'appartenant plus à la discussion. Ce n'est point une raison d'hésiter; et puisque les misères de l'humanité et de la civilisation ont fait de ces théories compliquées de la répression une impérieuse nécessité, comment serait-on blâmé d'apporter à l'œuvre son tribut, quelque modeste qu'il soit? Sans doute la discussion de ces graves intérêts exige discrétion et réserve. Il serait téméraire, en effet, de condamner une institution par cela seul que la critique y signale des défauts, car la perfection n'est pas de ce monde. Mais il y a un autre danger, plus à craindre peut-être, car il se dissimule habituellement sous les apparences de la sagesse et de la prudence : c'est la routine, cette force de l'habitude, qui enveloppe parfois les hommes les plus éclairés, et les empêche d'ouvrir les yeux sur les symptômes de l'avenir. Cependant retoucher l'œuvre du législateur, ce n'est pas néces-

sairement la corrompre; c'est souvent la conduire à son plein développement, la perfectionner à l'aide d'éléments que le passé a pu ignorer ou méconnaître.

Or, il ressort sans équivoque, de toute cette étude, que l'isolement des attributions du jury et de la cour est le point autour duquel se sont agitées sans succès toutes les tentatives de réforme. La théorie de la séparation des pouvoirs et la bonne opinion de leur antagonisme ne sont pas encore sorties de tous les esprits; il n'est pas loin le temps où un orateur, plus connu qu'illustre, disait : « S'ils se jalourent, c'est ce qu'il faut; s'ils se disputent, tant mieux; voilà la garantie de nos libertés! » Toujours est-il que, appliquée à la justice criminelle, cette théorie n'a pas répondu à ce que l'on attendait d'elle. La spéculation nous a montré qu'elle ne peut se justifier au point de vue rationnel, et devait forcément conduire à la désastreuse doctrine de l'omnipotence; l'histoire nous a dit qu'il n'a jamais été possible d'en obtenir sérieusement l'application; l'observation enfin nous a révélé que son maintien apparent dans la pratique a exercé une influence néfaste sur la justice criminelle : comment ne pas croire que là est le vice organique contre lequel viennent échouer toutes les tentatives de réforme? Et qui avait raison, de Duport et de Tronchet qui regardaient l'attribution à deux pouvoirs distincts du soin de décider le fait et d'appliquer la loi comme « le plus grand avantage du jury, » ou du duc de Massa qui, quelques années plus tard, y voyait au contraire « le plus grand inconvénient de l'institution (1)? »

(1) *Suprà*, n^{os} 22 et 28.

160 — Au surplus, supprimer cette distinction du fait et du droit, appeler juges et jurés à délibérer et à prononcer en commun sur tous les points, ainsi que cela se pratique de nos jours avec succès dans les colonies, serait une réforme bien moins radicale qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord. Le système des lois de 1791 et de l'an IV n'existe plus qu'en apparence ; en fait la cour et le jury agissent le plus souvent de concert. Les formes de l'organisation primitive subsistent ; mais l'esprit qui l'animait s'est perdu : il n'en reste aujourd'hui qu'un mécanisme trompeur et un vain appareil. Ne serait-il pas conforme aux intérêts d'une bonne justice de rentrer ouvertement dans la vérité.

Il serait curieux et instructif de comparer à cet égard la législation des colonies à celle de la métropole ; mais ces recherches sortiraient du cadre que nous nous sommes tracé pour le moment. Nous n'avons eu qu'une pensée dans cette étude : soumettre à la critique historique une question qui, tôt ou tard, appellera l'attention des pouvoirs publics. Ce qui vaut au jury sa popularité et la confiance qu'il inspire, c'est, à tort ou à raison, le principe qu'il représente. Or, le mode actuel de notre procédure par jurés n'est qu'une des nombreuses manières d'être de la justice populaire ; c'est le principe qu'il faut sauver : qu'importe un mécanisme dû à des considérations politiques égarées dans le domaine judiciaire ? Il peut paraître difficile, impossible même, de conserver le jury sans laisser subsister la distinction du point de fait et du point de droit ; impossible comme toute chose à trouver, tout simple un jour comme toute chose faite ! La Constituante

s'est égarée, sous ce rapport, entraînée par des idées spéculatives dont les résistances et les emportements d'un temps de lutte expliquent l'influence trop absolue. A nous, dépositaires des vues de cette grande et féconde époque, il appartient de consolider les institutions qu'elle nous a léguées, en les épurant sans craintes ni préventions. Il en est du culte des idées comme de l'amitié des hommes : la sincérité s'y connaît à l'indépendance des avis, non à de complaisantes et stériles adulations.

ERRATA.

- Page viij , ligne 24, ce contrat des deux pouvoirs, LISEZ : *ce contact*.
- 20 — 48, on mûrissait, LISEZ : *où mûrissait*.
- 59 — 8, ces jeux de hasard, LISEZ : *du hasard*.
- 90 — 28, quel titre, LISEZ : *à quel titre*.
- 99 — 20, mathématique établie, LISEZ : *mathématiquement*.
- 403 — 28, apportèrent, LISEZ : *apporteront*.
- 407 — 24, séparation du pouvoir, LISEZ : *des pouvoirs*.
- 424 — 26, à omnipotence, LISEZ : *à l'omnipotence*.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages.
Introduction.	4
CHAPITRE I ^{er} . — Théorie du jury sous les lois des 46 septembre 1794 et 3 brumaire an IV ; séparation absolue des attributions du jury et de la cour.	44
CHAPITRE II. — Appréciation du système des lois de 1794 et de l'an IV ; nécessité de le modifier.	37
CHAPITRE III. — Confusion progressive des attributions du jury et de la cour.	102
§ 1 ^{er} . — Intervention de la cour dans l'examen du fait.	104
§ 2. — Intervention du jury dans la fixation de la peine.	122
CHAPITRE IV. — Examen de la jurisprudence.	184
Conclusion.	212









