

QUALIFICATION ET PEINE JUSTIFIÉE DEVANT LA COUR SUPRÊME DE MADAGASCAR

(A propos de l'arrêt RAVONINTSOA)

par

M. Georges ROUHETTE

*Chargé de Cours à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de l'Université de Madagascar.*

1. — Une cliente paye à la caisse d'une pharmacie sans produire la fiche habituelle, dite de contrôle, qu'une vendeuse négligente a omis de lui remettre. Il se révèle, par la suite, que la somme, ainsi apparemment encaissée, est, en réalité, disparue sans laisser aucune trace dans la caisse. La caissière opportuniste est condamnée, pour vol, à six mois d'emprisonnement avec sursis et à des réparations civiles. Elle forme un pourvoi en cassation, mais n'obtient pas le résultat escompté : la Cour Suprême, en effet, analyse ses agissements en un abus de confiance, mais rejette le pourvoi par application de la théorie de la peine justifiée (1). Sur ces deux points, la décision paraît appeler les plus expresses réserves.

I

L'ADMISSION DE LA THEORIE DE LA PEINE JUSTIFIEE

2. — A vrai dire, le motif du rejet paraît être plus complexe, voir double. La Cour affirme, en premier lieu, qu'il entre dans ses pouvoirs de « restituer » aux faits « leur véritable qualification juri-

1. — (1) Cour Suprême, Chambre de Cassation, Section criminelle, 19 nov. 1962, Bull. 1961-1962, n° 22, p. 41, reproduit ci-après, p. 37.

dique » ; puis — « d'autre part », et donc, à ce qu'il semble, comme un second argument, elle observe que la peine se trouve justifiée.

Une telle motivation n'est pas neuve. Elle est empruntée à un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française, du 25 mars 1927 où l'on retrouve, à peu près textuellement, la première proposition, identiquement, la conjonction de coordination, et, avec quelques adaptations et modifications dans la forme, la deuxième idée (1). Toutefois, il semble que ce précédent soit isolé ; et il est permis de penser que, dans le lot des formules variées proposé par une jurisprudence française particulièrement fournie, la Cour Suprême a fait choix de la moins heureuse, ou de la plus malheureuse, selon le jugement d'ensemble que l'on porte sur cette jurisprudence.

3. — La première proposition, déjà, est contestable : *il rentre dans les pouvoirs de la Cour Suprême de restituer à ces faits leur véritable qualification juridique*. L'expression présente l'inconvénient d'être grosse de deux sens très différents.

Elle pourrait, tout d'abord, vouloir dire que la Cour Suprême se reconnaît le pouvoir de contrôler les qualifications, c'est-à-dire de vérifier l'exactitude de la solution apportée à la question de droit qu'elles posent et, le cas échéant, de venger les vices de qualification en annulant les décisions qui en sont infectées. C'est ainsi, ces points sont bien connus — que la Cour de Cassation française proclame qu'il lui appartient de « restituer » leur véritable caractère, ou leur véritable nature, ou leur véritable portée (1), aux actes de la procédure en général (2), et aux conclusions en particulier (3), et qu'elle exerce naturellement (4) ce pouvoir en cassant les décisions qui se sont aban-

2. — (1) Crim. 25 mars 1927, B. n° 86, p. 185 ; D.H. 1927.287 — Cet arrêt est celui là même que cite DONNEDIEU DE VARRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée* (2 édit., Sirey, 1943), n° 1520, p. 765, pour illustrer le jeu de la peine justifiée en cas d'erreur de qualification ; sa formule était reproduite (incomplètement) au *J.-Cl. Inst. Crim.*, art. 407 à 425, fasc. IV, n° 260.

3. — (1) Nous ne retenons ici que les arrêts où il est question d'un contrôle de la qualification (sur le contrôle en matière d'actes de procédure, comp. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Th. Toulouse 1929, n° 155, pp. 327-328).

(2) V. par ex., *Civ. cass.*, 31 janv. 1912, S. 12.1.312, D. 14.1.316 ; 11 fév. 1918, S. 18-19.1.167, D. 21.1.239 ; 20 juillet 1932, D.H. 32.492 ; 11 avril 1933, S. 33.1.246 ; 2 août 1933, S. 33.1.365.

(3) V. par ex., *Civ. Cass.*, 19 janv. 1908, S. 08.1.88, D. 09.1.211 ; 16 juil. 1912, D. 16.1.47, S. 16.1.62 ; 16 juillet 1912, S. 16.1.62, D. 16.1.47 ; 8 mai 1917, D. 17.1.101, S. 18.19.1.79 ; 29 juin 1925, S. 25.1.134 ; 18 fév. 1930, D.H. 30.194 ; 13 mars 1933, S. 33.1.180, *Gaz. Pal.* 33.1.927 ; 29 juin 1933, D.H. 33.474 ; 16 juin 1937, D.H. 37.517, *Gaz. Pal.* 37.2.578, S. 38.1.99 ; 3 fév. 1942, S. 42.1.50, D.A. 42.81 ; 9 juillet 1952, *Bull. civ.*, I, n° 229, p. 188.

(4) Naturellement, sous deux réserves : a) si l'appréciation des juges du fait

données à une appréciation erronée. C'est ainsi encore qu'elle « restitue » aux faits, actes ou conventions constatés par les juges du fond, leur véritable caractère (5), ou que, usant d'un autre vocable, elle « révise » les appréciations des arrêts frappés de pourvoi (6), par le moyen d'une cassation. Si donc on peut lire qu'il lui appartient de « déterminer » (7) ou de « fixer » (8) le caractère légal des conventions, cela signifie simplement qu'elle exerce son contrôle à cet égard : non pas en opérant un redressement, c'est-à-dire une substitution, de qualification, mais en annulant la décision qui a méconnu le caractère vrai du contrat (9). Dans ce sens, donc, la juridiction de cassation « restitue » la véritable qualification à seule fin de faire apparaître une erreur de qualification qu'elle censure.

Mais la même matière des contrats fournit une autre interprétation du terme « restituer ». Il est également bien connu qu'il appartient au juge du fait de « restituer » aux conventions leur véritable caractère (10) — ou nature (11), ou qualification (12), — malgré la qualification qu'il a plu aux parties de leur donner. C'est-à-dire : de substituer, dans sa décision, une qualification nouvelle estimée correcte à une qualification antérieure jugée inexacte. De ce pouvoir, on rapprochera le pouvoir de disqualification reconnu aux juridictions

a été exacte, le rejet est évidemment prononcé, ainsi par Req. 22 février 1922, *D.22.1.168* ; b) Il peut y avoir lieu à substitution d'un motif de pur droit : civ. rej., 29 avril 1895, *D. 95.1.454*, *S. 99.1.359* (sur ce dernier point, v. *infra*, n° 4). (5) V. par ex., Civ. cass., 7 juillet 1924, *S. 24.1.223* ; 21 juillet 1930, *S. 30.1.365* ; 16 mars 1943, *D.C. 43.121*.

(6) Ainsi Civ., Cass., 21 fév. 1854, *S. 54.1.359* ; 22 oct. 1930, *D.H. 30.554*, *S. 32.1.337*, note ESMÉIN ; 4 avril 1933, *D.H. 33.315*.

(7) Civ., cass., 4 juin 1894, *D. 94.1.555*, *S. 94.1.393*, 2° espèce ; rapp. civ. cass., 25 oct. 1927, *D.P. 29.1.31*, note TROTABAS, et 3 mars 1930, *D.H. 30.266*.

(8) Civ. Cass., 14 fév. 1870, *D. 70.1.394*. N.B. : contrairement à une certaine doctrine, nous n'avons pas éliminé — dans les notes 5 à 8 — les arrêts rendus en matière d'enregistrement. D'une part, parce que, en dépit de motifs particuliers, la Cour de Cassation ne paraît pas suivre des principes différents (comp. la note ESMÉIN, cit.). D'autre part, parce qu'il importe peu que la Cour soit juge du fait en matière fiscale ; elle montre, en cassant, notamment, qu'elle n'est pas juge du fond (cf. id., ibid ; comp. *infra*, n° 11), et c'est ce qui nous importe ici (v. *infra*, n° 13 et 14).

(9) V. Crim., rej., 29 nov. 1966 (motifs), *S. 67.1.188*.

(10) Req. 30 juillet 1895, *D. 96.1.86*, *S. 96.1.353* ; 12 mars 1901, *S. 01.1.408* ; 3 mars 1903, *D. 04.1.257* ; 14 mars 1906, *S. 06.1.317* ; 22 juin 1927, *Gaz. Pal. 27.2.537* ; 5 mars 1935, *D.H. 35.233* ; 19 mars 1935, *S. 35.1.294* ; Civ. Cass., 30 octobre 1945, *D. 46.52*.

(11) T. co. Narbonne, 28 oct. 1935, *Gaz. Pal. 35.2.924* ; rapp. : « rétablir la véritable nature » : T. co. Toulouse, 2 avril 1935, *Gaz. Pal. 35.1.892* ; 29 nov. 1935, *Gaz. Pal. 36.1.236*.

(12) Bordeaux, 31 mars 1960, *J.C.P. 62.12502*.

d'instruction et de jugement, et à propos duquel les arrêts parlent volontiers — précisément — de qualification « substituée » (13).

A ce point, il pourrait sembler que, par la vertu d'une même formule, les juges du fond ont le pouvoir de modifier, et la juridiction de cassation celui de censurer, les qualifications erronées. Et un trouble naîtrait de ce que notre arrêt est un arrêt de rejet, alors qu'il est reconnu que la décision critiquée a « faussement qualifié » les faits.

4. — Toutefois, pour déterminer avec précision le sens du premier motif, il faudrait auparavant pouvoir fixer sa portée, le poids qui a été sien dans la décision de rejet. Le rejet est-il motivé par le fait que la peine serait justifiée, auquel cas notre proposition serait superflue, à moins qu'on ne lui découvre une incidence et donc une signification particulière (1) ? Ou bien notre proposition a-t-elle suffi à entraîner le rejet (auquel cas c'est évidemment l'invocation de la thèse de la peine justifiée qui paraîtrait inutile) ?

Si, délaissant — très provisoirement — le problème de la qualification, on cherche, dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française, une formule par laquelle la haute juridiction se reconnaît un pouvoir de substitution qui l'autorise à rejeter les pourvois, on songe nécessairement à la théorie du motif de pur droit. On sait, en effet, que le dispositif constitue seul les jugements et arrêts (2) ; une décision ne peut donc être cassée que si elle *décide* contrairement à la loi ; par suite, quelque erronés que soient ces motifs, elle doit être maintenue si la loi n'a pas été violée dans le dispositif (3) : il appartient à la Cour de Cassation, en présence d'une décision conforme au vœu de la loi, de « substituer », pour sa défense, à un motif erroné, un motif de droit s'appuyant sur les faits constatés. La proclamation ne paraît se rencontrer qu'en matière civile (4) ; du moins, observe-t-on

(13) Ainsi : Crim. 16 juin 1900, S. 03.1.199 ; 25 nov. 1911, S. 12.1.480 ; 12 janv. 1923, D. 24.1.57. Rapp. Crim. 28 mai 1892, S. 93.1.329 : « modifier ».

4. — (1) Sur ce point, v. *infra*, n° 13.

(2) V. Crim. (irrecev. sur ce point), 24 fév. 1944, B. n° 56, p. 82 ; Crim. irrecev.), 13 oct. 1956, B. n° 424, p. 827.

(3) Nous paraphasons un passage bien connu de E. FAYE, *la Cour de Cassation* (Paris, 1903), n° 113, p. 128 ; aj. n° 126, p. 145 — V. également A. BESSON, *V° Cassation, Rep. Dalloz Proc. civ.*, n° 1265 et n° 2180 et s.

(4) Civ. cass., 14 mars 1894 (motifs), S. 94.1.393, 1^{re} espèce ; Civ. rej. 12 nov. 1913, S. 15.1.78, 1^{re} espèce ; 28 juillet 1925, S. 25.1.305, D.H. 25.606 ; Req., 21 mars 1934, S. 34.1.361 ; Civ., 28 nov. 1950, 3 arrêts, *Bull. civ.*, I, n° 242, p. 185 ; Civ. 2° rej., 26 juin 1953, J.C.P. 53.7801, S. 54.1.41, D. 54.181.

Il est parfois question de motif « substitué » et « suppléé » : civ. rej. 7 janv.

couramment, en matière criminelle, la même insignifiance du motif erroné lorsque le dispositif peut néanmoins être justifié en droit (5).

Or, il est arrivé à la Cour de Cassation d'utiliser la doctrine — au civil — pour rectifier la qualification d'une convention (6) ou de conclusions (7), à partir des constatations de la décision attaquée. Pourrait-on transposer ces principes au pénal, en cas d'erreur de qualification, pour fonder directement les décisions de rejet, ou encore, pour expliquer des solutions dont on rend compte d'autre façon ?

5. — On aperçoit un premier obstacle à un essai d'assimiler l'erreur de qualification à une erreur sur les motifs : la qualification appartiendrait non pas aux motifs, mais au dispositif des jugements. Du moins, en matière pénale, les textes décident que le dispositif doit énoncer les infractions dont le défendeur est déclaré coupable (1). Cependant, la nature des énonciations d'un jugement ne dépend pas de leur place dans la structure formelle de celui-ci, mais bien de leur fonction pratique (2) ; et, de même qu'il est d'apparents motifs en réali-

1929, *D.H.* 11.29.115 (rapp. Req. 16 avril 1929, *D.H.* 29.284).

Par une expression très courante également la Cour de Cassation « supplée » le motif de pur droit : Req. 5 janv. 1875, *D.* 75.1.468 ; 6 avril 94, *S.* 96.1.308 ; Civ. rej. 27 février 1905, *D.* 05.1.381 ; 9 février 1910, *S.* 13.1.150, 1^{re} espèce ; Rep., 8 nov. 1922, *S.* 24.1.313, *D.* 24.1.186 ; civ. rej. 13 fév. 1923, *S.* 23.1.131 ; 24 janv. 1928, *S.* 28.1.150, *Gaz. Pal.* 28.1.544, *D.P.* 29.1.110 ; Req. 14 nov. 1933, *S.* 33.1.376 (rapp. Req., 3 fév. 1864, *D.* 64.1.118 ; 11 juin 1877, *S.* 78.1.308, et 26 janv. 1885, *S.* 86.1.81 : « donner » les motifs...).

Enfin, de nombreux arrêts font application de la doctrine, sans l'énoncer en un motif de principe (v. la note suivante).

(5) *Crim. rej.* 6 nov. 1817, *B.* n° 108, p. 291 ; 2 déc. 1824, *D.* 25.1.16 ; 12 juill. 1845, *S.* 54.1.842 ; 23 déc. 1854, *S.* 54.1.812, *D.* 59.1.185 ; 15 juin 1855, *S.* 55.1.764 ; 9 mars 1866, *D.* 66.1.285 ; 9 nov. 1878, *D.* 79.1.388 ; 7 mai 1915, *B.* n° 88 p. 165 ; 24 janv. 1930, *B.* n° 30, p. 57 ; 26 nov. 1957, *B.* n° 768, p. 1390 ; comp., en matière civile, par ex. : *civ. rej.* 1^{er} juillet 74, *D.* 74.1.483 ; Req. 3 déc. 1878, *D.* 79.1.150 ; *civ. rej.* 5 fév. 1889, *D.* 89.1.198 ; 8 juillet 1891, *D.* 93.1.388 ; Req. 19 déc. 1892, *D.* 93.1.145 ; *civ. rej.* 7 nov. 1893, *S.* 94.1.182, *D.* 94.1.15 ; Req. 13 juin 1895, *D.* 95.1.501 ; 14 juin 1895, *D.* 97.1.294 ; *civ. rej.* 21 avril 1913, *S.* 14.15.

Nous négligeons ici les motifs surabondants, ou qui n'ont exercé aucune influence sur la solution du litige.

(6) Req. 11 nov. 1884, *D.* 85.1.116.

(7) *Civ. rej.* 29 avril 1895, *D.* 95.1.454, *S.* 99.1.359.

5. — (1) Art. 94, al. 3, C.P.P. m. ; 485, al. 3, C.P.P. fr. ; — comp. l'art. 195 de l'ancien C.I.C. aux termes duquel le dispositif devait énoncer non les « infractions », mais les « faits ».

(2) *V. Civ.*, 2^e, 3 fév. 1965, *Bull. civ.* II, n° 109, p. 78 : « attendu que si en principe le dispositif constitue seul le jugement et les motifs ne servent qu'à justifier la décision, il est des cas où certaines parties du dispositif, ayant pris place dans les motifs, c'est au caractère décisoire de ce dispositif, et non à la place qu'il occupe, qu'il faut s'attacher ».

té décisives (3), de même pourraient s'insinuer dans le dispositif - pour des raisons de clarté et de certitude par exemple — des expressions qui participent de la nature des motifs. Aussi bien, les commentateurs sont moins formels que les textes ne sembleraient l'imposer : tel relève que le dispositif indique « le plus souvent » la qualification retenue (4), et tel autre, qui ne souffle mot de la qualification lorsqu'il étudie le dispositif, en parle sous la rubrique dévolue aux motifs (5). De fait, on rassemblerait assez facilement quelques bons arguments à l'appui de l'opinion qui tient la qualification pour une pièce des motifs.

S'agissant d'un jugement de condamnation — et, par hypothèse, ce sont de tels jugements qui nous importent —, ce qui fait le jugement, ce que la décision décide est, précisément, la condamnation, c'est-à-dire la peine ou, plus largement, la mesure prononcée (6). L'acte juridictionnel, en l'espèce, s'identifie à la condamnation pénale (7). Dans cette perspective, la qualification se trouve assez naturellement repoussée vers les motifs : le langage courant, déjà, marque que l'on est condamné *pour* vol, et la préposition exprime la circonstance de cause, l'idée de motif ; l'analyse générale du raisonnement juridique justifie cette intuition, en situant l'opération de qualification dans la mineure du syllogisme judiciaire (8), c'est-à-dire dans une proposition principe dont découle la conséquence que constitue le dispositif. Par ailleurs, les tendances actuelles de la politique criminelle imposent de plus fort cette conception, par l'extension qu'elles entraînent des pouvoirs d'appréciation du juge quant à la fixation de la peine (9). Le jugement sur la personnalité du délinquant, qui s'exprime dans la mesure portée au dispositif, ne résulte pas logiquement et automati-

(3) Ch. réun. Cass. 19 mai 1965, *Bull. civ.* n° 1, p. 1 ; aj. Soc. 24 mai 1966, *Bull. civ.* IV, n° 509, p. 426.

(4) P. LEMERCIER, in *J.Cl. Proc. pén.*, art. 485 et 486, n° 36.

(5) GEGOUT, V° *Jugement*, in *Rep. Dalloz Dr. Crim.* (1° éd.), n° 213.

(6) V. id., *ibid.*, n° 175.

(7) Sans vouloir solliciter les opinions de M. HEBRAUD (*l'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale*, in *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 1949, pp. 131-206), on peut relever que cet auteur, s'interrogeant sur la nature juridictionnelle de la « condamnation » pénale, paraît bien faire de cette dernière, conçue comme l'application de la peine, l'essentiel de la décision du juge répressif : v. d'ailleurs, n° 22, texte et note 2 (in fine), p. 180, et rapp. n° 6, note 1, pp. 142-143.

(8) G. MARTY, *op. cit.*, pp. 11 et 12 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, I (Sirey, 1956), n° 128, pp. 225-227.

(9) Sur cette incidence — du seul point de vue de l'analyse de la fonction juridictionnelle — v. P. HEBRAUD, *op. cit.*, n° 16, p. 166 ; F. RICHAUX, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation* (Bruxelles, 1966), n° 62, pp. 94-97.

quement de la qualification des faits ; dès lors, celle-ci ne serait même plus la prémisse d'où se déduirait fatalement le dispositif mais, si motif il y a toujours, un motif non contraignant, *remotus*. Et l'on notera que, dans notre espèce, la condamnation avait été prononcée avec sursis.

Du moins, la qualification demeure un antécédent nécessaire de la condamnation. Cette remarque entraîne à retirer le plus clair de leur portée aux considérations précédentes ; car la fonction de la qualification dans le jugement pénal est moins une question d'analyse logique que de droit positif. Or, dans un système pénal qui est toujours dominé par le principe de légalité (10), l'idée de typicité, quand bien même elle ne serait pas utilisée explicitement, est à la base de la répression : « il ne suffit pas que le fait envisagé tombe sous l'application de la loi pénale *in genere* ; il faut qu'il soit visé et défini par une disposition particulière qui lui donne sa figure juridique, en fixe la peine, et qui est le fondement de la répression » (11). On n'est pas condamné, pour vol ; on est condamné-pour-vol. Si donc la qualification appartient encore aux motifs, c'est un de ces motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif, s'unissent intimement à lui et ne sauraient en être séparés (12). Ainsi, la qualification pénale, pour des raisons non pas logiques et nécessaires, mais de pur droit positif, contingentes (et dont l'harmonie avec l'orientation moderne de la politique criminelle n'est pas évidente), est justiciable d'une analyse particulière. S'il est relativement indifférent (13), au civil, qu'une qualification soit rectifiée en une autre qui justifie également le dispositif (14), il est de la plus haute importance, sous un régime légaliste, que tel individu soit condamné sous telle qualification, et non sous telle autre : il suffit de mentionner le casier judiciaire et la récidive

(10) Art. 11-2°, Déclar. Univ. des droits de l'Homme, à laquelle se réfère le Préambule de la Const. Rép. Mal. ; ce même Préambule, art. 4, C.P.M.

(11) DONNEDIEU DE VABRES, cité par R. MERLE, *Droit pénal général complémentaires* (P.U.F., 1957), p. 75, et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel* (Cujas, 1967), n° 270, p. 262.

(12) Dont parlent, par ex., à d'autres propos, Crim. 13 mars 1924, *B.* n° 128, p. 220, et 18 janv. 1956, *B.* n° 70, p. 122. — Pour notre point, rapp. LEMERCIER, cité supra, note 4. — En faveur de cette conception, on pourrait invoquer la rédaction de certains arrêts de la Chambre criminelle qui cassent pour erreur de qualification : par ex. 2 avril 1825, *S. Chr.* 1825-27.1.97 : la qualification « devient la base de l'application de la loi pénale ».

(13) Relativement, car la qualification a une importance, en particulier, en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée. Mais on sait que la distinction entre la cause et les moyens est alors effectuée avec un certain empirisme.

(14) Ainsi, qualification d'aveu judiciaire rectifiée en celle de transaction, par Req. 11 nov. 1884, *D.* 85.1.116.

correctionnelle, spéciale. La qualification pénale, à tout le moins, n'est pas un motif comme les autres. Il y a davantage. Une analyse plus profonde de la condamnation pénale (15) a montré qu'on devait nécessairement y distinguer deux décisions, une sur la culpabilité et une sur le choix de la peine ; la *conviction* n'est pas moins décision (nous dirons dispositif), que la *sentence*, et la qualification appartient à la phase de la *conviction* (16). Aussi bien, on avait pu, antérieurement, soutenir qu'en matière répressive l'affirmation du fait et sa qualification constituent l'élément spécifique de la fonction juridictionnelle (17). Sans même que l'on ne tombe dans ces excès légalistes, il apparaîtrait désormais que, conformément aux textes, la qualification pénale est partie du dispositif du jugement de condamnation (18).

S'il en est ainsi, la première proposition de l'arrêt *Ravonintsoa* ne peut s'interpréter comme opérant une substitution de motifs. Elle n'aurait donc pu — en l'état des opinions courantes sur la fonction de cassation — conduire au rejet de pouvoir. C'est dire que ce rejet devrait être imputé à la théorie de la peine justifiée.

6. — C'est dire aussi — préalablement — que la théorie de la peine en cas d'erreur de qualification, ne peut, elle-même, être ramenée à une hypothèse d'erreur de droit dans les motifs, rendue indifférente par le fait que le dispositif se trouve néanmoins justifié. On serait poussé, en effet, à rapprocher les deux groupes de solutions, par deux considérations. La première réside précisément dans la similitude des formules employées par la Cour de Cassation : d'un côté, la peine est dite « justifiée » ; d'autre part, en cas d'erreur sur les motifs, le dispositif, très souvent, est dit également « justifié » (1) ; or,

(15) V. notamment I. STRAHL, *La division du procès pénal en deux phases*, in *Actes du III^e congrès int. de Défense sociale* (Anvers, 1954), pp. 158 et s. ; et M. ANCEL, *La césure du procès pénal*, in *Recueil Huguency* (Sirey, 1964), pp. 205 et s., spec. p. 207.

(16) *Sic.* expressément, MERLE et VITU, *op. cit.*, n^o 68, p. 75.

(17) V. l'opinion du Procureur Général LECLERCO, rapportée par F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 96-97, note 21 — Rapp. Les idées de DUCUIT sur le verdict du jury, discutés par M. HÉBRAUD, *op. cit.*, n^o 6, note 1, pp. 142-143.

(18) On pourrait citer en ce sens les arrêts de la Chambre criminelle qui, cassant pour erreur de qualification (ou insuffisance de motifs, empêchant le contrôle de la qualification), parlent du « jugement » sur (ou : de) la qualification ; ainsi 22 mai 1812, *S. chr.* 1812-14.I.104 ; 5 août 1831, *S.* 32.1.102 ; 18 mars 1843, *S.* 1.377 ; 7 mai 1921, *S.* 22.1.391 ; 7 janv. 1937, *D.P.* 37.1.53, note MIMIN. — Du reste, v. déjà d'un point de vue purement technique, évidemment, FAUSTIN HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, VI, n^o 2949 : le dispositif « est la décision du juge sur les peines qu'il doit appliquer, sur les faits qu'il doit apprécier ».

6. — (1) V. *Crim. rej.*, 23 déc. 1854 ; 9 mars 1866 ; 9 nov. 1878 ; 23 janv. 1930 ; 26 nov. 1957, cités supra, n^o 4, note 5. — *Aj. en matière civile*, Req. 5 janv.

la peine est, incontestablement, une partie au moins du dispositif (2). La deuxième raison d'un rapprochement serait, paradoxalement, l'extrême faiblesse des arguments proposés par les auteurs pour exclure toute assimilation entre les deux hypothèses (3). Mais l'analyse présentée, de la qualification pénale comme une pièce du dispositif, permet de légitimer, et non plus seulement d'affirmer (4), l'autonomie de la théorie de la peine justifiée.

Du même coup, elle découvre le caractère suspect d'une doctrine qui commande le rejet du pourvoi dirigé contre une décision ayant violé la loi dans son dispositif.

7. — Cette peine se trouve donc justifiée.

De quelle façon ? On sait (1) qu'on peut, en schématisant, distinguer deux conceptions de la justification, selon les termes de référence qui sont retenus pour déterminer si la peine a une base légale. On peut, tout d'abord, c'est la solution la plus répressive, rapprocher

1875 ; 11 juin 1877 ; 26 janv. 1885 ; civ. rej. 8 juillet 1891 ; 7 nov. 1893 ; Req. 6 avril 1894 ; 13 juin 1895 ; 3 mai 1899 ; civ. rej. 27 fév. 1905 ; 9 fév. 1910 ; 21 avril 1913 ; 12 nov. 1913 ; Req. 8 nov. 1922 ; civ. rej. 28 juillet 1925, 24 janv. 1928 ; 7 janv. 1929 ; Req. 14 nov. 1933 ; 21 mars 1934 ; civ. 28 nov. 1950, 1^o et 3^o espèces ; civ. 2^o, 26 juin 1953, cités *supra*, n^o 4 et 5.

(2) Le rapprochement pourrait s'établir également, non plus sur le terme « justifié », mais sur la formule « conforme à la loi ». V. d'une part, pour l'erreur sur les motifs : crim. rej., 6 nov. 1817 ; 2 déc. 1824 ; 7 mai 1915 (cités *supra*, n^o 4, note 5), ainsi que : Req. 3 fév. 1864 ; 11 juin 1877 ; civ. rej. 5 fév. 1889 ; rapp. Req. 11 déc. 1892 et 6 avril 1894 (cités *supra*, n^o 4, notes 4 et 5) ; — et, d'autre part, pour la peine justifiée : crim. rej., 19 juill. 1895, *D.*1900.1.567 (peine « que comporte la loi applicable ») ; 6 janv. 1906, *B.* n^o 17, p. 25 (« peine... « portée par la loi ») ; 28 déc. 1906, *D.*07.1.390 ; 30 mai 1918, *B.* n^o 116, p. 208.

Il est particulièrement apparent dans un arrêt qui, faisant successivement application de la théorie du motif de pur droit, et de celle de la peine justifiée, emploie des formules très proches, Crim. rej. 12 juillet 1845, *S.* 45.1.842 : « ...Attendu que... le dispositif du jugement attaqué... est conforme à la loi et qu'il doit être maintenu nonobstant l'erreur des motifs sur lesquels il est appuyé... ; - Attendu... qu'ainsi ils ont été punis, pour le fait particulier auquel se réfère le pourvoi du procureur du Roi, des peines légalement applicables à ce fait ; d'où il suit qu'aux termes de l'art. 411 C. inst. crim. le dispositif du jugement est à l'abri de l'annulation ».

(3) R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, V, (Sirey, 1928), n^o 1833, pp. 375-376. V. surtout M. GÉLIN, *La peine justifiée*, Th. Lyon 1922, pp. 116-123 : cet auteur commence par dire que l'erreur sur les motifs est une catégorie étrangère à la peine justifiée (p. 116), puis il affirme qu'elle se rattache à la peine justifiée (p. 118), bien que ne faisant pas « à proprement parler » partie de cette théorie (p. 122), encore que les arrêts en la matière soient rendus « d'après les mêmes principes » (*ibid.*)...

(4) GARRAUD, V, n^o 1796, pp. 325-326, note 29.

7. — (1) Nous nous bornons à une référence : J.M. ROBERT, *La peine justifiée, in La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil Patin* (Cujas, s.d.), 567-582.

la peine prononcée sur le fondement de la qualification erronée, de la peine encourue en raison de la qualification véritable; dans ces conditions, il suffit, pour que la peine soit justifiée, qu'elle n'excède pas le maximum légalement encouru. C'est la position actuellement tenue par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française, depuis le revirement de 1959 (2). — On peut aussi, la solution est considérée comme moins répressive (3), comparer les deux peines telles qu'elles sont prévues, et par le texte appliqué à tort, et par le texte qu'il aurait fallu appliquer; ce n'est plus assez, alors, de constater que la peine prononcée est inférieure au maximum de la peine légalement encouru; il faut encore que la qualification erronée ne soit pas assortie de peines plus sévères, qu'elle n'ait pas eu pour conséquence de déplacer dans un sens défavorable au demandeur les bases d'appréciation de la pénalité. C'est la solution à laquelle était parvenue la Chambre criminelle antérieurement à 1959 (4).

Entre ces deux conceptions, la Cour Suprême n'a pas choisi, si l'on entend par choix le fruit d'une appréciation lucide; il apparaît au contraire qu'elle les a purement et simplement identifiées; mais en pratique, sa décision montre qu'elle s'est prononcée conformément à la première.

En effet, posant le principe de droit, elle déclare qu'il faut procéder à une confrontation des textes : pour qu'il n'y ait lieu à cassation, la sanction comminée par le texte cité à tort doit être égale ou inférieure à celle prévue par le texte qui aurait dû être appliqué. C'est la consécration de la deuxième doctrine. Mais, vérifiant ensuite l'application de celle-ci à l'espèce, la Cour constate qu'en l'occurrence la peine prononcée était inférieure à celle qui eût pu l'être en vertu du texte applicable : c'est l'unique condition requise dans le premier système. Et, qu'il ne s'agisse pas d'un dépassement, d'une synthèse plus haute, mais d'une confusion, on s'en rend compte aisément, car les deux conceptions sont en l'espèce incompatibles. Six mois avec

(2) Crim. rej 3 mars 1959, *B.* n° 147, p. 299 ; 28 mai 1959, *D.* 59.277, note M.R.M.P. — Aj. les décisions citées par J.M. ROBERT, *op. cit.*, pp. 577-579, notes 54 à 71.

(3) Il faut bien noter qu'il n'en est ainsi que lorsque le pourvoi est formé par le condamné. Sur le pourvoi du ministère public, en effet, il s'agit de savoir si l'erreur a pu être préjudiciable à l'action publique, préoccupation qui, évidemment, va à l'encontre des intérêts du condamné : v. Crim. cass. 4 août 1943, *D.A.* 444 ; 12 déc. 1951, *D.* 1952.157, rapport PATIN.

(4) Nombreux arrêts depuis Crim. cass. 7 avril 1865, *S.* 65.1.365, *D.* 67.5.479. Sont, en particulier, intervenus sur des questions de qualification : Crim. cass. 5 nov. 1898, *D.* 99.1.517, *S.* 1900.1.381 ; 6 mai 1899, *S.* 1900.1.381 ; 6 mai 1899, *S.* 1901.1.542 ; 2 août 1928, *B.* n° 230, p. 466 ; et des arrêts cités par J.M. ROBERT, *op. cit.*, p. 574, note 39.

sursis est assurément une peine inférieure au maximum de deux ans prévu par l'article 408 qui serait applicable; mais le vol (art. 401) étant puni — à l'époque (5) — d'un emprisonnement d'un à cinq ans, alors que l'abus de confiance (art. 408) n'expose qu'à un emprisonnement de deux mois à deux ans, il est élatant que le texte cité à tort (l'article 401) ne prévoit pas des sanctions égales ou inférieures à celles du texte compétent (l'article 408) et que le principe affirmé n'aurait pu, ni dû, recevoir application en l'occurrence. Néanmoins, le pourvoi a été rejeté, la peine se trouve justifiée : c'est dire que l'on a retenu la doctrine la plus... justificatrice, la plus répressive.

8. — Il convient de s'interroger sur le bien-fondé du système ainsi consacré.

En effet, la théorie française de la peine justifiée, en matière de qualification, trouve un soutien fragile, ou une apparence de soutien, dans les textes, les articles 411 et 414 du Code d'Instruction criminelle, naguère; l'article 598 du Code de Procédure pénale aujourd'hui. La loi n° 61-013 du 19 Juillet 1961, portant création de la Cour Suprême, ne comporte aucun texte semblable ou comparable. Aussi, la motivation de notre arrêt est-elle, à cet égard, assez particulière. *Il est de principe constant*, dit la Cour Suprême. Assurément, les principes généraux du Droit sont une des sources du droit malgache moderne. Toutefois, il n'est pas douteux que « constant » signifie ici invariable et non indubitable, qu'il réfère à une notion temporelle, et non pas guoséologique; que l'expression, en d'autres termes, doit se lire : principe constamment suivi. Et comme la Cour Suprême, installée le 15 octobre 1961 n'avait pas, un an et un mois plus tard, secrété une nombreuse jurisprudence en la matière (1); il est clair que la source du droit visé par notre arrêt est la jurisprudence de la Cour de Cassation française.

On se féliciterait de voir la Cour Suprême de Madagascar se réclamer de son appartenance à la famille du droit français — tout comme les juristes de l'Inde se sentent enfants de la *Common Law* —,

(5) En vertu de l'ord. n° 60-086 du 31 août 1960 (J.O.R.M. 3 sept. 1960, p. 1729) portant application à Madagascar des dispositions du code pénal français (en vigueur au 22 déc. 1958). Le minimum a été abaissé à 6 mois par l'ord. n° 62-013 du 10 août 1962 : v. le texte nouveau au J.O.R.M. du 7 sept. 1962, p. 1769 et s.

8. — (1) V. cependant déjà, un arrêt du 7 mai 1962, Bull. 1961-1962, n° 7, p. 22 : sollicitée de se prononcer sur un (prétendu) cas de cumul idéal, la Cour a esquivé la difficulté en déclarant que la condamnation était « justifiée » par un des chefs.

s'il ne s'agissait de la réception d'une théorie à peu près unanimement critiquée sur sa terre natale et qui, pourtant, ne pourrait valoir, à Madagascar qu' *auctoritate rationis*.

9. — Il serait vain de prétendre démontrer, une nouvelle fois, qu'il entre dans les pouvoirs d'une juridiction de cassation de contrôler les qualifications (1), spécialement en matière criminelle (2); de vouloir justifier, donc, les nombreux arrêts par lesquels la Chambre criminelle française a, depuis 1806 (3) — avec des repentirs (4) —, cassé les décisions ayant donné une fausse qualification des faits constatés; et, du même coup, de reprendre les critiques adressées à la théorie de la peine justifiée (5). On songerait plutôt — d'abord — à défendre cette dernière par quelques considérations d'actualité.

On établit constamment un lien entre les problèmes de qualification et le contrôle de la qualification, d'une part, et le principe de légalité, d'autre part. Or, on a montré (6) qu'à une époque récente le principe de légalité avait insensiblement changé de sens. Conçu à l'origine comme une défense des individus contre des tendances répressives s'exerçant au dehors des textes, il en est venu, avec l'inflation pénale souvent dénoncée, à ne plus servir que le respect des qualifications, au sein d'une étendue de *mala in se* entièrement recouverte par les incriminations. Pour s'être généralisé, le phénomène n'en était pas moins perceptible, déjà, à certains égards dans quelques domaines; et, par exemple, dans notre affaire, le pourvoi soutenait, semble-t-il, que la caissière, condamnée pour vol, échappait à toute répression, alors que la question, en réalité, était de savoir si elle aurait dû être condamnée pour vol ou pour abus de confiance, une incrimination

9. — (1) V. dans des perspectives différentes, MARTY, *op. cit.*, pp. 188 et s., sp. p. 205; FR. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 245 à 267 et 375 à 382.

(2) V. P. de CHAUVERON, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification criminelle* (Th. Paris, 1905), pp. 13-37; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle* (Paris, 1926) : n° 23, pp. 55-69; M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, *Les problèmes de la qualification*, *Revue de dr. pénal et de criminol.* (Bruxelle), 1948-49, pp. 709-762, à la p. 724.

(3) *Crim. cass.* 22 août 1806, *S. chr.*, An XIII-1808-I.280.

(4) L'évolution cohérente retracée par de CHAUVERON, *op. cit.*, pp. 38-77, a justement été contestée par M. MARTY, qui montra (n° 122, pp. 223-225) l'impossibilité d'établir des classifications logiques dans la jurisprudence de la Chambre criminelle...

(5) Par la quasi-totalité des auteurs — La critique la plus vive est sans doute celle du substitut PATIN, *Essai sur la peine justifiée* (Th. Paris, 1936), dont la conclusion est sans équivoque : « Nous nous prononçons sans hésiter pour l'abandon pur et simple de la théorie de la peine justifiée » (p. 125)...

(6) J. LEAUTE, *Le changement de fonction de la règle « Nullum crimen sine lege »*, in *Etudes Hamel* (Daloz, 1961), pp. 81-96.

se trouvant, en toute hypothèse, disponible. Mais s'il en est ainsi, c'est que la jurisprudence, de son côté, a empli les interstices laissés par les textes entre certaines infractions (7). De toutes façons, les lacunes du droit pénal classique (8) ayant été comblées, les qualifications sont pour le moins adjacentes, lorsqu'elles ne se cumulent pas idéalement. Dans cet état, le respect des qualifications ne pouvant servir à la garantie de la liberté, ne serait qu'une défense de la légalité. Et on peut douter, dès lors qu'une condamnation pouvait être légalement prononcée, que le condamné ait un titre valable à se présenter devant une juridiction suprême en champion de la légalité violée.

On retrouverait ainsi, parée des couleurs de la nouveauté, une idée ancienne : que la notion d'intérêt est le fondement de la théorie de la peine justifiée (9). Avec cette adjonction — si l'on estime que

(7) V. id., *Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance*, in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence*, pp. 223-239, sp. pp. 238-239.

(8) V. J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, *Archives de philosophie du Droit*, 1963, pp. 55-74.

(9) V. MARTY, *op. cit.*, p. 15, note 1 : « A cette idée de défaut d'intérêt se rattache en matière pénale la théorie de la peine justifiée, qui constitue une modalité si intéressante du contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification » ; aj. GÉLIN, *op. cit.*, pp. 22, 37, 173, 189-190 ; SARRUT, note *D.* 97.1.393 ; — comp. ROUX, note *S.* 1906.1.201, qui proposait d'abandonner la théorie de la peine justifiée pour se fonder directement sur le principe général de l'intérêt, les solutions étant identiques en matière de qualification.

On notera toutefois que les arrêts de la Chambre criminelle qui font application de la théorie de la peine justifiée, ne constatent pas, le plus souvent, que l'intérêt défaut au demandeur ; on ne peut guère citer que *Crim. rej.* 23 nov. 1844, *B.* n° 380, pp. 551 et 13 déc. 1877, *D.* 781.89, concl. LACOINTA ; l'explication serait donc à peu près purement doctrinale. — En revanche, entre 1865 et 1959, les arrêts de cassation relevaient que la modification des bases d'appréciation de la pénalité avait pu être préjudiciable au demandeur (cf. *supra*, n° 7, texte et note 4), ainsi, *Crim. cass.* 6 mars 1874, *S.* 74.1.449 ; 26 fév. 1880, *S.* 81.1.43 ; 5 nov. 1898, *D.* 99.1.517, *S.* 1900.1.381 ; 6 mai 1899, *S.* 1901.1.542 ; 15 juin 1900, *S.* 03.1.375 ; 25 mars 1909, *B.* n° 188, p. 366 ; 2 août 1928, *B.* n° 230, p. 466 ; 16 mai 1935, *S.* 37.1.38 (aj. depuis 1959, en ce qui concerne la récidive, par ex. 10 janv. 1962, *B.* n° 27, p. 49, *Rev. Sc. crim.* 1962.529, obs. ROBERT), ou que la décision lui causait grief : *crim. cass.* 7 avril 1865, *S.* 65.1.365, *D.* 67.5.479 ; mais c'était précisément pour en conclure que la théorie de la peine justifiée ne pouvait pas jouer. — La notion d'intérêt est couramment invoquée sur le pourvoi du Ministère public (mais pour écarter ce pourvoi, le plus souvent), l'application (concurrente ?) de la théorie de la peine justifiée étant d'ordinaire indiquée de façon expresse : *Crim. irrecev.*, 26 avril 1923, *B.* n° 175, p. 298 ; 6 janv. 1954, *B.* n° 4, p. 7 ; 19 déc. 1962, *B.* n° 381, p. 782 ; 27 janv. 1966, *B.* n° 25, p. 47, ou pouvant être supposée avec vraisemblance par l'interprète : *Crim. irrecev.*, 22 mars 1930, *B.* n° 92, p. 185 ; *Crim. cass.* 4 août 1943, *D.A.* 44.4. — De quoi, on rapprochera certains arrêts qui, en cas d'erreur sur la qualification, ont rejeté, ou déclaré irrecevable, le pourvoi d'un condamné, en tirant argument du défaut d'intérêt, mais sans déclarer en même temps que la peine était justifiée, alors pourtant que l'application de la théorie ne paraît pas douteuse, s'agissant d'hypothèses typiques

les deux notions sont distinctes — que la qualité ferait également défaut. Peut-être faudrait-il alors en tirer toutes les conséquences, et dire qu'il y a lieu non pas à rejet, mais à irrecevabilité du pourvoi (10). La différence — ou la nuance (11) — aurait une importance, au moins théorique : l'irrecevabilité, n'impliquant aucun examen des moyens (12), ne saurait être interprété comme une approbation de la décision entreprise. Au surplus, le recours pur et simple à la notion d'intérêt (13) semble avoir l'avantage d'être opéré en conformité des textes (14).

10. — Cette tentative pour sauver la théorie de la peine justifiée ou ses solutions, est totalement infructueuse, en matière de qualification du moins.

Il est bien vrai qu'un pourvoi n'est recevable que si le demandeur justifie d'un intérêt ; mais celui qui se plaint d'une erreur de qualification remplit cette condition essentielle. Il est curieux, toutefois, de constater que les adversaires de la peine justifiée, en voulant établir la possibilité d'un intérêt soutenant le pourvoi et justifiant la cassation, se placent à l'intérieur même du système de la peine justifiée, c'est-à-dire qu'ils en admettent les postulats, alors que c'est ceux-ci qu'il conviendrait de contester.

On semble, en effet, avoir admis comme un dogme l'affirmation de Faustin HÉLIE, que : « La Cour de Cassation n'a qu'une mission qui est d'examiner si la peine a une base légale, et dès qu'elle constate l'existence d'un délit qui la justifie, elle ne peut casser, puisque le

ayant donné lieu fréquemment au jeu de la peine justifiée : Crim. rej. 24 juill. 1873, *D.* 1.94 ; Crim. irrecev., 9 mai 1956, *B.* n° 353, p. 653 ; Crim. rej. 17 déc. 1957, *B.* n° 847, p. 1532 ; 26 déc. 1961, *J.C.P.* 61.12252, note MEURISSE ; 27 janv. 1966, *B.* n° 25, p. 47.

(10) Ce que la Chambre criminelle décide seulement, 1°, lorsqu'elle relève le défaut d'intérêt en dehors de la théorie de la peine justifiée, celle-ci n'étant pas invoquée, pour des raisons obscures (v. la décision citée à la note précédente, *in fine*), ou parce qu'elle est effectivement totalement étrangère à la question : V. par ex. Crim., irrecev., 8 janv. 1936, *B.* n° 7, p. 11 et 16 juillet 1958, *B.* n° 543, p. 956 ; et, 2°, à propos du pourvoi du Ministère public (v. les décisions citées à la note précédente).

(11) Selon GARRAUD, *V.* n° 1917, p. 467, les arrêts d'irrecevabilité ne sont qu'une variété des arrêts de rejet ; aussi peut-on lire, *ibid.*, n° 1382, p. 375 : «... l'irrecevabilité, et par suite le rejet du pourvoi ». — Au contraire, pour une distinction entre rejet et irrecevabilité, v. par ex. PEFY, in *Rep. Dalloz Cr. crim.* (1^{re} éd.), V° Cassation, n° 371.

(12) V. art. 64, L, n° 61-013 ; art. 60 SC. P.P. fr. On rapprochera utilement ces textes des art. 66, L, n° 61-013, et 607 C.P.P. fr. concernant le rejet.

(13) Préconisé, on l'a vu (note 9), par Roux.

(14) Art. 39, L, n° 61-013 : « ...pourvoi en cassation formé par... la partie à laquelle il est fait grief » ; art. 539 C.P.P.M. ; art. 567 C.P.P. fr.

taux de cette peine ne constitue aucune contravention expresse à la loi » (1). Or, le moindre défaut de cette formule est qu'elle fait de la peine le tout — le dispositif — de la sentence pénale, réduisant la qualification au rang de motif, évidemment indifférent. De ce point de vue, on dirait assez vite que la peine trouve sa base, tout simplement, dans les « faits » constatés par le juge (2), et que, l'arrêt « se soutient par une disposition de la loi non aperçue par le juge » — c'est la formule des Chambres réunies, en 1847 (3), que son contexte commande de compléter — mais qu'il appartient à la Cour de Cassation de suppléer. C'est-à-dire que l'on ferait de la qualification un motif de pur droit (4).

Or, lorsque l'on recherche, et découvre, deux sources possibles de préjudice, jaillies d'une qualification erronée — l'incidence de cette erreur sur la fixation de la peine, et les séquelles de la condamnation : incapacités, récidives (5) — on ne conteste pas cette idée, on compose avec elle, on montre qu'elle n'est pas incompatible avec l'existence d'un intérêt à l'annulation, alors qu'il serait peut-être plus efficace de poser le problème dans ses véritables termes.

11. — S'agissant, en premier lieu, de la possibilité d'un préjudice quant au taux de la peine, le seul fait qu'on l'envisage montre déjà que la question est déplacée de la qualification erronée vers la peine supposée faussée. Ce que confirme l'examen, auquel on est alors contraint, des pouvoirs de la Cour de Cassation en la matière.

A cet égard, il faut noter que la doctrine proclamée en principe mais répudiée en fait par la Cour Suprême, peut paraître, à première vue, particulièrement contestable. Sans doute, elle est plus respectueuse des intérêts du condamné demandeur et, pour cette raison pratique, plus tolérable. Mais la Cour de Cassation ne se faisait-elle pas juge de la façon dont les magistrats du fond avaient dosé la peine,

10. — (1) *Traité de l'instruction criminelle*, VIII (2^e éd., 1867), n° 3988, p. 459.

(2) Sic, Crim. rej. 25 janv. 1861, *D.* 61.5.280 ; 13 juin 1873, *D.* 73.1.318 ; 29 avril 1910, *B.* n° 236, p. 419 ; 26 juillet 1917, *D.P.* 21.1.142.

(3) Ch. réun. rej. 30 mars 1847, *S.* 47.1.313, *D.* 47.1.168.

(4) Comp. Crim. rej. 29 nov. 1866, *D.* 67.1.43, *S.* 67.1.188, dans une espèce où il s'agissait de savoir si un abus de confiance était un abus de dépôt ou un abus de nantissement, c'est-à-dire où l'erreur de qualification portait sur une convention, caractère variable du délit. La Cour a fait application de la théorie de la peine justifiée, en rectifiant — conformément à la doctrine de motif de pur droit — la qualification du contrat. Rapp. crim. rej. 3 juin 1864, *D.* 65.1.455. On voit ainsi la théorie du motif de pur droit jouer au sein de la théorie de la peine justifiée, mais de façon telle que les deux théories paraissent n'en faire qu'une.

(5) V. spec. PATIN, *op. cit.*, pp. 82 à 93.

lorsqu'elle supputait l'influence de l'erreur sur le taux de la condamnation ? On pouvait présenter la chose comme une question de droit, en parlant de changement illégal des bases d'appréciation (1) ; ne demeure-t-il pas que c'est cette appréciation même qui était en question ? De nombreux arrêts avouaient qu'ils s'en préoccupaient, en scrutant le psychisme des juges du fond lors de l'élaboration de la sentence (2). — Mais, à y regarder de plus près, la solution de la Cour Suprême encourrait les mêmes griefs : tant que le maximum du texte compétent n'est pas dépassé, on ne peut, semble-t-il, s'inquiéter d'une violation de la loi dans le quantum de la pénalité — et c'est la seule chose dont on s'inquiète —, qu'en contrôlant le mode d'évaluation judiciaire de celle-ci ; c'est-à-dire, en pénétrant dans un domaine abandonné à la discrétion du juge du fond (3).

Toutefois, ce faisant, une Cour Suprême reculerait peut-être les limites de son pouvoir de contrôle de la légalité ; mais il n'est pas sûr qu'elle sortirait alors de son rôle. Car la reconnaissance de pouvoirs discrétionnaires au juge du fond est une question d'opportunité, et le contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation de la peine ne cesserait pas d'être un contrôle de légalité si la juridiction suprême censurait au motif que la peine est disproportionnée à la gravité de l'infraction, c'est-à-dire, si elle décidait qu'en égard aux faits constatés par le juge, la peine prononcée n'est pas acceptable. Ce ne serait pas alors discuter la peine, mais en vérifier les bases (4) ; ce serait juger le jugement et non l'affaire au fond. Aussi bien, certains pays admettent leur Cour Suprême à contrôler les abus du pouvoir

11. — (1) Par ex. Crim. cass. 15 juin 1900, S. 03.1.375 ; 20 avril 1912, B. n° 216, p. 384 ; 7 mars 1935, B. n° 26, p. 47 ; 16 mai 1935, S. 37.1.38 ; 24 mars 1938, B. n° 90, p. 155.

(2) Crim. cass. 26 fév. 1880, S. 81.1.43 ; 5 nov. 1898, D. 99.1.517, S. 1900.1.381 ; 5 janv. 1956, D. 56.200 — V. particulièrement la formule du premier de ces arrêts : « ...la Cour d'Appel a donc sur ce point, commis une erreur de droit qui a pu l'amener à penser qu'elle devait nécessairement appliquer le maximum de la peine ». — Aj. les décisions qui invoquent cumulativement l'influence de l'erreur et le changement illégal des bases d'appréciation (qui est précisément le résultat de l'erreur) : Crim. cass. 6 mai 1899, S. 1901.1.542 ; 25 mars 1909, B. n° 188, p. 366 ; 2 août 1928, B. n° 230, p. 466 ; 22 oct. 1958, B. n° 638, p. 1134 ; 10 déc. 1958, B. n° 738, p. 1318.

(3) Le principe selon lequel les juges criminels possèdent un « pouvoir discrétionnaire » pour fixer le quantum de la peine, dans les limites du maximum et du minimum, a été rappelé par la Cour Suprême, Ch. cass. sect. crim., 1 avril 1963, Bull. 1963, I, n° 19, p. 59.

(4) Pour reprendre une opinion de ROUX, note S. 1906.1.201 — Aj. GÉLIN, *op. cit.*, p. 189, et PATIN, *op. cit.*, pp. 78 et s.

d'appréciation de la peine (5), sans pour autant la transformer en un troisième degré de juridiction. Il serait contradictoire, dans un pareil état du droit, de continuer à parler de pouvoir discrétionnaire du magistrat répressif ; du moins, la Cour Suprême y resterait-elle dans la ligne de sa fonction traditionnelle (6).

Sans doute. Seulement, il apparaît qu'un tel raisonnement convient peut-être à toutes les autres hypothèses de peine justifiée, mais qu'il ne s'adapte aucunement à l'erreur de qualification (7). Rechercher si cette erreur a eu ou non une influence préjudiciable sur le montant de la pénalité — que l'on tranche la question, d'une façon générale, par l'affirmative (8), ou que l'on estime qu'il n'y a aucun préjudice actuel si la peine prononcée n'excède pas celle de la véritable infraction (9) —, c'est se préoccuper toujours, avant tout, de la peine, et donc méconnaître le sens de la qualification dans la sentence pénale ; c'est marcher toujours, plus ou moins légèrement, dans l'ornière creusée par les Chambres réunies et entretenue par Faustin HÉLIE, et considérer que, dans le jugement de condamnation, la qualification n'est que la base légale de la peine, laquelle est l'arrêt même. Empêtré dans cette erreur, on a bien du mal à découvrir un préjudice au niveau de la pénalité, et il est piquant que deux magistrats aient pu également se prévaloir de leur expérience pour affirmer avec une égale force, une égale conscience, et, à ce qu'il faut croire, avec une égale compétence, l'un — GELIN —, que l'erreur de qualification

(5) Allemagne : V. K. ENGISCH, *Le fait et le droit en droit allemand*, in *Le fait et le droit* (Bruxelles, 1961), pp. 27-50 aux pp. 47 à 49 ; — Suisse : V. Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 228, note 27 (qui cite H. DESCHENAUX). Sans doute il est possible à certains égards, de considérer la juridiction suprême, en Allemagne et en Suisse, comme un troisième degré de juridiction. V. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile* (TORINO, 1920), I. n° 211-222, pp. 604-651, n° 239, pp. 669-674 et II, n° 97, pp. 238-240. Mais non point sur le fondement de cette observation.

(6) Selon GARRAUD, *op. cit.*, V. n° 1837, pp. 383-384, la Cour de Cassation française, vérifiant que la pénalité est judiciairement justifiée, entrerait dans le domaine du « fait », — ce qui n'est pas contestable, mais n'épuise pas le problème.

(7) Comp. Fr. RIGAUX, *op. cit.*, qui admet que puisse être déclaré irrecevable, à défaut d'intérêt, le pourvoi fondé sur l'illégalité d'un des chefs d'une condamnation qui en comporte plusieurs, si la peine n'excède pas le maximum applicable aux autres (n° 101, 140 et 272), mais estime que l'erreur de qualification doit entraîner la cassation (n° 160, in fine, p. 259 ; aj. n° 96-b, p. 156 et n° 257, p. 379).

Cette opinion est notable car, bien que l'auteur ait entendu faire œuvre descriptive, elle n'est pas en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de cassation belge qui, en matière de qualification, admet la théorie de la peine justifiée en la mêlant à la notion d'intérêt : v. ainsi, Cass., rej., 15 avril 1935, *Rev. dr. pén. et crimino.*, 1935.646 (et, bien que l'inventaire se défende d'être exhaustif, on s'étonne de n'y trouver à aucun endroit un article « peine justifiée »).

(8) *Sic*, PATIN, *op. cit.*, pp. 82-85.

(9) *Sic*, ROUX, note S. 1906.1.201.

n'avait aucune incidence sur la fixation de la peine par les juges, l'autre — le futur Président PATIN —, que cette erreur était déterminante du quantum de la peine...

Peu importe, au fond. Car, quelle que soit la solution à laquelle on aboutit, on suit le même raisonnement vicieux que la Cour de Cassation française ou la Cour Suprême de Madagascar, qui dégrade la qualification en la traitant comme une « base » de la peine, alors qu'elle est tout autre chose. Celui qui critique une qualification ne critique pas une « base » de la peine, c'est-à-dire la peine, mais directement et uniquement l'erreur de droit dont est entaché le dispositif d'une décision ; il critique non pas la *sentence*, mais la *conviction*. En d'autres termes, lorsqu'une qualification est discutée, s'intéresser au taux de la peine pour déceler un intérêt du demandeur qui permettrait la cession, ou au contraire un défaut d'intérêt qui entraînerait irrecevabilité (ou rejet), c'est pêcher par *ignoratio elenchi*, car il importerait de savoir si la qualification, et non point la peine, est justifiée ou fait grief.

12. — Qu'une qualification erronée puisse alors faire grief par elle-même, il n'est pas besoin de s'y attarder, tant la chose est pacifiquement reconnue (1). On se bornera à deux observations.

La première est qu'en présentant, parfois, le casier judiciaire, les circonstances de la récidive, ou les incapacités, comme des séquences de la condamnation (2), on montre une nouvelle fois qu'on réduit celle-ci à la peine (à cette différence près qu'on inverse alors, curieusement, le rapport entre qualification et peine). Car — les incapacités mises à part (3) — la qualification de l'infraction, inscrite au casier judiciaire et premier terme possible d'une récidive, fait partie du contenu même de la condamnation et n'en est pas une suite.

La deuxième est que, s'agissant des infractions dites assimilées, on n'aperçoit pas de possibilité de préjudice sur le point de la récidive. Or, précisément, si on pouvait hésiter dans notre espèce entre vol et abus de confiance, tous deux sont considérés, à cet égard, comme étant « un même délit » (4). Il reste que, même au sein des infractions

12. — (1) La maxime *nemo auditur*, avancée par SARRUT et reprise de façon inattendue par ROUX (notes précitées) est évidemment hors de cause.

(2) Ainsi, PATIN, *op. cit.*, pp. 89-93.

(3) Les incapacités peuvent en effet s'ajouter parfois directement à la condamnation, ou s'adjoindre à une principale. De toutes façons, leur exemple rend nette la distinction entre condamnation et peine.

(4) Art. 58, C.P. fr. ; art. 58, C.P. m. (aujourd'hui : ord. n° 62-013 du 10 août 1962).

assimilées, la flétrissure varie selon la nature du délit (5) ; et, par exemple — c'est toujours notre espèce —, il paraît certain que, dans la conscience commune, la qualification « abus de confiance », étant plus technique, est plus mystérieuse, plus morale donc, et partant moins infâmante, que celle de « vol » dont la coloration pénale est immédiatement perçue, parce que, peut-être, le vol constitue la violation manifeste du VII^e commandement. Et il suffit de cet intérêt moral pour que le délinquant soit recevable à demander à une Cour Suprême de vérifier la légalité de la décision qui l'a condamné.

Laquelle Cour, apercevant une erreur de droit dans le dispositif de cette décision ne peut que casser.

13. — Un rejet aboutirait, en effet, à consacrer et à couvrir une véritable erreur judiciaire (1), alors que cette erreur a été reconnue. La décision entreprise acquérant, dès lors, force de chose irrévocablement jugée, produit, telle quelle, ses effets, que suspendait le pourvoi (2). A moins que...

Il est temps de rapprocher les deux éléments de la motivation de notre arrêt. La première formule, on l'a vu du reste, n'est pas la marque d'une substitution de prétendus motifs ; et ce n'est pas à la légère, assurément, qu'on accepterait d'y voir la rectification d'un dispositif. D'autant plus que l'arrêt français auquel elle est empruntée (3) indique à l'évidence qu'il ne faut pas lui attacher cette signification (4) : la décision critiquée ayant condamné à une peine complémentaire que ne comportait pas le texte compétent, seule est cassée, par voie de retranchement la disposition ordonnant cette mesure, et il est précisé que « toutes les autres dispositions [de l'arrêt] demeurent expressément maintenues ». La proclamation devrait donc être prise

(5) V. L3771, note S. 1877.1.184 ; MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 1279, p. 1194.

13. — (1) V. ROUX, note citée.

(2) V. le... doublon des art. 74 (spécial au pourvoi en matière pénale et 101 (partie des dispositions communes) de la loi n° 61.013 : l'art. 618 C.P.P. fr. — Aj. Crim. 14 mai 1915, B. n° 96, p. 181 : « Attendu que le rejet d'un moyen de cassation, par le motif de la peine justifiée... a eu pour effet de rendre définitive la condamnation... » (sur cet arrêt, aj. infra, au texte, et note 9).

(3) Crim. 25 mars 1927, cité supra, n° 1, note 2. — On ne réunira pas à cet arrêt ceux dont le sommaire comporte la même formule, bien que celle-ci soit absente de l'arrêt même, ainsi : Crim. rej. 30 mai 1918, B. n° 116, p. 208 (cité pourtant par le *J. Cl. Inst. crim.*, art. 407 à 424, fasc. IV, n° 260) ; 31 mars 1949, B. n° 123, p. 194 ; 18 déc. 1962, B. n° 379, p. 778. On notera toutefois que les sommaires étant ceux du *Bulletin*, même si la formule n'est pas employée par les arrêts, l'idée qu'elle recouvre paraît être celle qui inspire la Chambre criminelle.

(4) Contra, note M.R.M.P., D. 59.277, sous crim. rej., 28 mai 1959.

comme l'expression d'un blâme platonique, purement doctrinal, adressé à la qualification vicieuse ? Et le rejet, sur pourvoi du condamné, se présenterait comme une cassation sur pourvoi dans l'intérêt de la loi (5) : il y aurait une censure morale sans effet à l'égard des parties (6) ?

S'il en était ainsi, la Cour Suprême n'encourrait pas le reproche — supplémentaire — auquel s'est exposée la Chambre criminelle française, en procédant, dans plusieurs arrêts, à un redressement de la qualification (7). Car il n'est pas contestable qu'en substituant un dispositif à celui qui lui était déféré (8), en modifiant l'arrêt critiqué (9), la Cour de Cassation procédait elle-même à l'application du droit à l'espèce particulière, c'est-à-dire qu'elle cessait d'être juge de la légalité pour connaître du fond de l'affaire et statuer au fond : elle s'érigait (10), ou dégénérait (11) — selon l'opinion qu'on en a —

(5) Art. 103, L. n° 61-013 ; art. 621 C.P.P. fr. ; ex. art. 442 C.I.C. (V. — en une conséquence dans Crim. 14 mars 1940, *D.H.* 40-132, et 26 juin 1963, B. n° 228 déclarant les parties irrecevables à intervenir alors).

(6) V. la formule d'un des premiers arrêts, Crim. 26 mars 1812, *Rép. Dalloz*, V° *Cassation*, n° 1454, p. 343, note 2 : « ...Sans approuver la qualification... Rejette... ».

Dans cet état, et si l'on considère à présent ses résultats, le pourvoi poursuivrait bien la défense — académique — de la Légalité (comp. supra, n° 9), serait dans l'intérêt de la loi, sans intérêt pour le demandeur, et l'on pourrait contester que le condamné eût qualité pour l'intenter (rapp. les arrêts cités à la note précédente).

(7) Ainsi : Crim. rej. 14 fév. 1895, S. 95.1.381, *D.* 97.1.393, 3^e espèce, note SARRUT ; 24 juillet 1897, *D.* 99.1.349, note F.T. ; 16 fév. 1899, *D.* 99.1.202, S. 1900.1.471 ; 23 juin 1899, S. 1901.1.254 ; 10 nov. 1899, *D.* 1900.1.403. — Aj. 29 nov. 1866, *D.* 67.1.43, S. 67.1.188 (analysé supra, n° 10, note 4), mais où la rectification portait sur un caractère variable d'un élément du délit ; et rapp. les conclusions LACOINTA, sur Crim. rej., 13 déc. 1877, *D.* 78.1.89, dont rien ne permet de dire qu'elles aient été suivies. — D'autres arrêts sont parfois rangés dans cette liste, par une interprétation purement conjecturale : Ch. Réun. 30 mars 1847, et Crim. rej. 14 sept. 1855, *D.* 55.1.445, S. 55.1.851 (cités par PATIN, *op. cit.*, p. 102). — Enfin, il faut reconnaître que le sens de Crim. rej., 27 déc. 1873, S. 74.1.138, *D.* 75.1.89, est douteux.

Le principe de ce pouvoir de rectification, que la Chambre criminelle n'exerce plus, semble-t-il, (V. note M.R.M.P., sous Crim. rej., 28 mai 1959, *D.* 59.277) a été réaffirmé récemment (id. *ibid.*, in fine).

(8) V. très nettes, les conclusions LACOINTA, citées à la note précédente : « ...tout en écartant la diffamation pour substituer à ce chef de condamnation la qualification d'outrage, rejeter le pourvoi ». On modifie un chef de condamnation !

(9) Selon Crim., 14 mai 1915 (cité note 2) le rejet rend la condamnation définitive — c'est-à-dire qu'il ne la rend définitive que — lorsqu'il est opéré « sans exception ni réserve ».

(10) PATIN, *op. cit.*, p. 111.

(11) Req. 3 fév. 1864, *D.* 64.1.118.

en troisième degré de juridiction (12). Il est vrai que cette prétention exprimée dans les motifs d'un arrêt de rejet, demeurerait purement théorique, et qu'à défaut d'instructions données aux greffiers, le casier judiciaire portait trace de la qualification erronée, et non de celle retenue par la Cour de Cassation (13). L'excès de pouvoir n'était que potentiel et quasi-putatif. Pour qu'il fût consommé, il faudrait que l'on inscrivît au casier judiciaire la qualification rectifiée.

Or, c'est précisément ce qui se produit à Madagascar (14).

La formule sur les pouvoirs de la Cour Suprême doit alors être prise dans son sens plein : la Cour rétablit la qualification qu'elle estime véritable, et c'est sous cette qualification, qui figure sur la fiche du casier judiciaire que l'intéressé est condamné. Le précédent français n'a pas été suivi seulement par facilité ; l'emprunt, tel qu'il est opéré, est révélateur d'une certaine idée que se fait la Cour de sa fonction.

14. — Il faut dire, sans nuances, que cette idée est totalement inacceptable, car radicalement fautive, et que, ni les principes qui ont présidé à son institution, ni les textes d'où elle tire ses pouvoirs, n'autorisent la Cour Suprême à se départir ainsi de sa mission en excédant ses pouvoirs.

Les principes sont manifestes : plus, peut-être, que dans d'autres pays, la raison d'être de la Cour Suprême de Madagascar est de faire respecter la légalité (1). On a discuté, en effet, l'opportunité de créer

(12) Ce point a été particulièrement souligné par les partisans de la peine justifiée : SARRUT, note *D.* 97.1.393 ; LE POITTEVIN, note *D.* 1908.1.18. — Il paraît très insuffisant de dire, avec Fr. RIGAUX, *op. cit.*, n° 162, p. 260 que c'est le « principe du contradictoire » qui fait obstacle au pouvoir de la Cour de cassation de disqualifier les faits ayant donné lieu à une condamnation répressive ; l'argument serait sans portée dans les cas où le demandeur critique la qualification en faisant valoir lui-même que les faits constatés étaient justiciables d'une qualification différente, qui est retenue comme exacte par la Cour.

(13) Qu'il puisse en être autrement ne paraît pas être envisagé par les spécialistes du casier judiciaire, CARON, *Le casier judiciaire, Manuel pratique* (Cujas, 1957) ; DE LESTANG, in *J. Cl. Pro. pén.*, art. 768.781.

(14) Nous devons ce renseignement précieux, et surprenant, à la grande obligeance de M. Henri RAHARIJAONA, Premier Président de la Cour d'Appel de Tananarive.

14. — (1) Qu'il n'y ait rien là de contradictoire avec le fait que le pourvoi est normalement abandonné à l'initiative des particuliers est assez évident : v. S. SATTI, *V° Corte di cassazione (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, X (Milano, 1962), n° 4, pp. 804-805 ; aj. Fr. RIGAUX, *op. cit.*, n° 8, p. 13. *N.B.* : Par « Cour Suprême » on désigne, évidemment, dans ce qui suit, la Chambre de Cassation de la Cour Suprême.

une juridiction suprême dans un Etat qui comportait une Cour d'Appel unique : n'ayant pas, apparemment, à assurer l'unité d'interprétation, et ne pouvant donc jouer le rôle de Cour régulatrice de la jurisprudence que l'on considère — à tort ou à raison (2) — comme étant essentiel, la Cour Suprême paraissait vouée à ne constituer qu'un troisième degré de juridiction (3), luxe superflu. S'il existe néanmoins une Cour Suprême à Madagascar, ce n'est pas que l'on ait voulu s'offrir ce luxe ; c'est qu'il a paru utile, et salutaire, qu'existât une juridiction investie du seul rôle de veiller à l'exacte observance de la loi (4), en sanctionnant les violations de celle-ci (5). Au surplus, si aucun problème sérieux d'unité de la jurisprudence ne se pose en matière civile, il n'en va pas de même en matière pénale, en raison de la pluralité de Cours Criminelles (6). De toutes façons, la possibilité que la Cour Suprême fût un troisième degré de juridiction, connaît des affaires au fond et jugeât le fond, a été envisagée, et elle a été écartée ; on a voulu que la Cour fût la gardienne des lois, et rien d'autre, le juge chargé de dire le Droit (7), non de l'appliquer aux faits. Et ces principes ont, fidèlement, passé dans les textes en règles précises et impératives.

En dépit de quelques maladresses de rédaction (8), les textes ne prêtent à aucune interprétation véritable. Commençons néanmoins par écarter les arguments qu'on en pourrait tirer à tort. On trouverait le plus sérieux, en apparence, dans l'article 64 de la loi du 19 juillet 1961 (repris de l'article 605 C.C.P. fr.), aux termes duquel : « La Cour Suprême avant de *statuer au fond*, recherche si le pourvoi a été régulièrement formé ». La formule est d'autant plus malheureuse que l'expression « statuer au fond » se retrouve dans d'autres articles de la loi de 1961, où elle désigne, très exactement, la connaissance du fond de l'affaire, l'application du droit aux faits de l'espèce, la solution

(2) V. une critique de cette conception dans SATTÀ, *op. cit.*, n° 1, p. 799, et n° 4, pp. 804-805.

(3) L'argument est rappelé par M. RAMANGASOAVINA, *Les impératifs de la justice dans les pays en voie de développement*, conférence d'ouverture du Colloque de droit malgache (octobre 1964), publiée dans les *Actes du colloque* (Ministère de la Justice), cahier n° 1, 1^{re} conf., 39 pp., et dans ces *Annales*, n° 2 (1965), pp. 1-30, à la p. 13.

(4) V. R. RAKOTBE, *De la primauté du Droit dans les pays en voie de développement*, conférence au Colloque de Droit malgache, in *Actes*, cit., 20 pp., à la p. 15.

(5) A. RAMANGASOAVINA, *op. cit.*, p. 14.

(6) Ainsi, M. RAKOTBE peut-il dire que la Cour Suprême, en tant que Cour de cassation, a pour mission « d'assurer l'unité de la jurisprudence dans les tribunaux judiciaires malgaches » (p. 15).

(7) A. RAMANGASOAVINA, *op. cit.*, p. 14.

(8) Dues, pour partie, à l'influence du Code de procédure pénale français.

de cas particulier (art. 98 alinéa 1^{er}, sur le renvoi devant une autre juridiction ; art. 100, alinéa 1^{er}, sur les pouvoirs de l'Assemblée première en cas de pourvoi contre certaines décisions d'une juridiction de renvoi) ; il n'est pas discutable, néanmoins, que, dans l'article 64, elle signifie simplement : avant d'examiner le bien-fondé du pourvoi. Il ne s'agit pas du fond de l'affaire, mais du fond du procès en cassation, du fond de l'instance — nouvelle — en annulation, distingué de la question préalable de recevabilité du pourvoi. Toute hésitation, s'il en était, serait dissipée par l'article 66 (comp. l'art. 607 C.P.P. fr.) qui retrace l'ordre de succession des questions en termes non équivoques : « Lorsque le pourvoi est recevable, la Cour Suprême, si elle le juge mal fondé, rend un arrêt de rejet » : c'est ainsi qu'elle statue au fond. — Il faudrait, ensuite, beaucoup d'audace pour prétendre qu'en disposant que les décisions pénales « peuvent être annulées au cas de violation de la loi » (art. 39, alinéa 1^{er}), le législateur a laissé à la Cour Suprême toute latitude de ne point annuler, alors pourtant que la loi serait violée. Le texte a sans doute le tort de mêler deux principes : l'un, que (réserve faite du pourvoi du Procureur Général près la Cour Suprême, d'ordre du Garde des Sceaux : art. 103, alinéa 1^{er} ; rapp. art. 620 C.P.P. fr.) le pourvoi est facultatif : l'idée est indiquée pour elle seule par l'art. 539 du Code de procédure malgache ; l'autre, que le pourvoi ne peut être formé, et l'annulation prononcée, que pour violation de la loi, ce que disent également les articles 5, alinéa 1^{er}, et 42. Mais, les deux principes étant indépendants s'additionnent et ne s'annulent pas. Assurément, on ne lit nulle part, faisant pendant de l'article 66, que si le pourvoi est bien fondé, la Cour doit rendre un arrêt d'annulation ; mais comme l'article 66 fait du rejet une conséquence du mal-fondé du pourvoi, et comme il n'est que deux sortes d'arrêts... au fond, la conclusion est imposée par le bon sens plus encore que par le raisonnement *a contrario*, et l'on ne saurait, un seul instant, imaginer que la Cour Suprême, relevant une violation de la loi dans un dispositif ait le pouvoir de faire autre chose que casser.

Point n'était nécessaire, sans doute, de s'étendre sur ce qui ne pourrait être que mauvais argument de rhéteur. Du moins, il est certain qu'aucune ombre ne peut être projetée sur les textes qui tracent à la Cour sa fonction, en conformité de l'idéal révolutionnaire du Tribunal de Cassation (9) : la Cour ne connaît que des violations de la loi, et n'a que le pouvoir de casser.

(9) D. 27 Nov. — 1^{er} déc. 1790. — V. en premier lieu, P. CALAMANDREI, *op. cit.*, I, Nos 138 et s., pp. 408 et s. ; CORNU et FOYER, *Procédure civile* (P.U.F., 1958), pp. 189-197 et 200-201 ; aj. SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, (Sirey, 1961), n° 678, pp. 600-602, et n° 696-700, pp. 614

La Cour ne connaît que des violations de la loi. C'est l'article 5 (dans un chapitre consacré à la « compétence »), qui l'indique le plus nettement, en posant que « le pourvoi en cassation ne peut être formé que pour violation de la loi » (aj. art. 39 et 42 ; comp. art. 591 C.P.P. fr.). Qu'il faille voir dans ces mots l'écho d'une conception quasi-mystique, et quelque peu surannée, de la loi ; qu'il soit difficile de comprendre pourquoi l'erreur de fait échappe à la censure, et ne peut être critiquée que lorsque le fait a été « mal jugé », c'est-à-dire, a été apprécié selon des procédés illégaux ; que, la Cour Suprême étant juge, il soit irrationnel de la priver de ce qui, incontestablement (10), est acte juridictionnel, à savoir la connaissance, le jugement du fait (11) ; c'est possible (12). Mais ces remarques ne sont que de critique législative. Il reste que la loi a entendu créer, et a créé, un juge redresseur non point de toutes les injustices nées de décisions erronées, mais seulement des erreurs nées de la violation de la loi, un juge du droit, non du fait ; et que la compétence, en matière juridique, n'est pas une aptitude naturelle, mais un don de la loi.

La Cour, d'autre part, n'a que le pouvoir de casser. La loi a séparé soigneusement la cassation, et le jugement, par deux règles. La première organise le renvoi après cassation (art. 68 et 98, alinéa 1° ; rapp. art. 609 C.P.P. fr.), renvoi à la juridiction compétente pour connaître de l'affaire au fond (art. 98, alinéa 1°), lequel échappe à la décision de la Cour. Ainsi, le renvoi constitue la mise en œuvre du principe selon lequel la connaissance du fond n'entre pas dans les pouvoirs de la Cour Suprême. On objectera peut-être l'existence de la cassation sans renvoi (art. 73 ; comp. art. 617 C.P.P. fr.), spécialement, de la cassation par voie de retranchement (art. 69 ; comp. art. 612, alinéa 2°, C.P.P. fr.) : à tort, car (13) le fond de l'affaire

617 ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile* (2^e éd., Sirey, 1949), n° 100, p. 104.

(10) Pour Fr. RICAUX, *op. cit.*, n° 88, p. 144 (aj. n° 53, pp. 79-80), c'est même l'acte juridictionnel « par excellence », ce qui est excessif, et ne correspond d'ailleurs pas à la définition du pouvoir juridictionnel donnée par cet auteur (n° 23, p. 33) : pouvoir de « dire le droit dans un cas déterminé ».

(11) Sur la différence entre « connaître le fait » et « connaître du fait », cf. *id.*, n° 88, p. 144.

(12) Sur toutes ces critiques, V. SATTA, *op. cit.*, n° 1, pp. 798 et 799 ; n° 2, pp. 802-803 ; n° 3, p. 803.

(13) Il ne peut être question ici de justifier de façon approfondie la cassation sans renvoi, donc il faut reconnaître pourtant qu'elle est au moins un « tempérament » (Sic, CORNU et FOYER, *op. cit.*, p. 194) à l'interdiction faite à la Cour de statuer au fond. On se borne à l'explication courante, en observant qu'on ne paraît avoir argumenté sérieusement, en France, de la Cassation sans renvoi, en faveur d'une conception de la Cour de Cassation qui en ferait un

étant alors nécessairement épuisé du seul fait de l'annulation du dispositif erroné, il ne reste rien à juger et la Cour Suprême, le voulût-elle, serait dans l'impossibilité matérielle d'appliquer le droit aux faits. On invoquerait avec plus de poids l'article 100, aux termes duquel si le jugement ou l'arrêt de la juridiction de renvoi est cassé « pour les mêmes motifs que le premier, l'Assemblée plénière évoque et statue au fond ». La contradiction au principe paraît évidente ; en réalité, il s'agit à peine d'une exception, de portée limitée en tout cas. Elle ne concerne, en effet, que les pouvoirs de l'Assemblée plénière. Laquelle présente cette particularité d'être constituée par la réunion de la Chambre de cassation et de la Chambre administrative (art. 18) ; elle est donc bien différente de l'Assemblée plénière ou des Chambres réunies de la Cour de Cassation française, qui fonctionnent au sein du même organe de l'ordre judiciaire, et l'on évoquerait plutôt notre Tribunal des Conflits. On ne saurait donc tirer aucune conclusion de la constatation de ses pouvoirs quant au rôle de la Chambre de cassation, à l'égard de laquelle elle apparaîtrait plutôt comme une juridiction distincte que comme une autre division intérieure du même organe juridictionnel (13 bis). Au surplus, les attributions mêmes de l'Assemblée plénière, loin d'y contredire, confirment que la décision de la Chambre de cassation est étrangère au jugement du cas concret, puisqu'il y a lieu à un nouveau pourvoi critiquant la seconde décision par les mêmes moyens que la première (art. 19, alinéa 2) (14), c'est que le juge compétent pour connaître, de nouveau, de l'affaire au fond n'était pas lié par la décision de la Cour Suprême. — En effet, c'est la deuxième règle, non seulement la Cour, quand elle casse, renvoie, mais son opinion sur le point de droit ne s'impose pas à la juridiction de renvoi (art. 99, *a contrario*). Ce n'est pas que la solution contraire (15), quoi qu'on en ait dit (16), emporte que la Cour, par cela même, statue au fond, donne la solution de l'espèce particulière ; car il appartient encore au juge de renvoi, et à lui seul, d'appliquer à la situation de fait la

troisième degré de juridiction. — V. d'ailleurs, en des sens divers, J. SCHMIDT, *La cassation sans renvoi en matière pénale, essai d'une justification*, Rev. Sc. crim. 1955.205 ; Fr. RICAUX, *op. cit.*, n° 72, pp. 25-27.

(13-bis) Sur les difficultés soulevées par l'unité de juridiction combinée avec une dualité de contentieux, V. d. Bardonnnet, *La juridiction administrative à Madagascar. Actualité juridique. Droit administratif*, 1962.396.

(14) Rédaction de l'ord. n° 62-091 du 1^{er} octobre 1962, art. 6.

(15) Retenue, par exemple, par le droit italien, art. 384 C.P. civ., art. 546 C.P.P. : la juridiction de renvoi doit se conformer au principe de droit énoncé par la Cour de cassation lorsqu'elle casse. V. d'autres exemples dans Fr. RICAUX, *op. cit.*, n° 72, pp. 106-107.

(16) SATTI, *op. cit.*, n°s 24 et 25, pp. 811 à 823.

règle de droit dégagée définitivement par la Cour (17). Toujours est-il que, dans le système malgache, le juge du fond a la plénitude de jugement en droit comme en fait; le jugement du fond lui est entièrement abandonné; le rescisoire entre dans ses prérogatives, les pouvoirs de la Cour Suprême étant limités au seul rescindant (18). Ce n'est pas assez, dans ces conditions, de dire que la Cour «n'a pas la plénitude de juridiction» (19) : s'il est exact que le pouvoir de juridiction est celui de dire le droit du cas concret, d'appliquer le droit aux faits de l'espèce, il faut dire que la Cour n'a pas le pouvoir de juridiction; elle n'a que le pouvoir de cassation.

On voit donc que, théoriquement, il y aurait, pour la Cour Suprême, deux façons de déborder ses attributions et devenir un troisième degré de juridiction. Elle pourrait, tout d'abord, se faire juge du fait. Le fait n'étant établi qu'à travers un jugement, il lui serait facile sous couleur d'un contrôle de la légalité du jugement de fait, de faire porter ses investigations sur le fait et l'on sait que les Cours Suprêmes s'abandonnent volontiers à cette tentation, rendue plus forte, et plus légitime aussi, par la circonstance que la distinction du droit et du fait est fort délicate. Ce faisant, la Cour Suprême excéderait assurément sa compétence et, du point de vue pratique, il y aurait certainement plus d'inconvénient que d'avantages à ce qu'elle connût des faits sans avoir les moyens de les bien connaître. Néanmoins, on peut penser qu'il y aurait simplement un élargissement, non une dénaturation de la compétence de la Cour; de gardienne des lois, ou du droit (et, déjà, les deux termes ne sont point synonymes), elle deviendrait gardienne de la Justice; son rôle serait accru, il n'en serait pas fondamentalement transformé (20). — Mais la Cour pourrait aussi, et c'est ce qu'elle a fait par notre arrêt, se faire juge du fond, trancher le cas concret. Cet excès de pouvoir paraît infiniment plus grave, car il modifie totalement la conception que l'on s'est faite de la Cour, et la mission qu'on lui a impartie. *De lege ferenda*, il est possible de se demander s'il ne serait pas préférable d'économiser temps et argent en évitant le renvoi; mais c'est un problème qu'il appartient au législateur seul de résoudre, et on sait comment il l'a résolu. Dans un débat législatif — qui n'est pas ouvert — on fera valoir que l'affirmation, programmatique, de la

(17) V. RICAUX, *op. cit.*, n° 18, pp. 24-25, à propos de l'autorité de la seconde cassation (par les Chambres réunies, en France; art. 60, L. 23 juillet 1947; cf. art. 619 C.P.P. fr., *in fine*).

(18) Il en est ainsi, normalement, sur le pourvoi en révision également art. 77; comp. art. 625 C.P.P. fr.

(19) *Sic*, SOLUS et PERROT, *op. cit.*, I, n° 678, p. 601.

(20) *Comp. supra*, n° 11.

primauté du Droit, traduite par l'institution d'une juridiction de cassation, a une valeur certaine, même — ou surtout ? — si elle est, à certains égards, plus politique que juridique; mais un troisième degré de juridiction, alors que le principe du double degré n'est pas incontestable, serait, à Madagascar, un encombrant et vain ornement.

15. — Il faudra désormais, à la liste des arrêts que peut rendre la Cour — ou que, du moins, elle rend — ajouter le rejet après révision. On relèvera, au passage, la singularité de cette révision opérée non par le dispositif, mais par les motifs de l'arrêt, et on trouvera spécialement regrettable que la Cour Suprême n'ait pas revendiqué ouvertement les pouvoirs qu'elle s'arroge, en évoquant après cassation (ce qui, il est vrai, aurait fait éclater l'illégalité du procédé), mais qu'elle ait agi de façon souterraine et voilée, par l'appel à des principes apparemment anodins. Quoiqu'il en soit, on aperçoit désormais l'articulation des divers motifs de notre arrêt : la peine justifiée entraîne le rejet, c'est-à-dire le maintien de l'arrêt de la Cour d'Appel, mais après la substitution, qu'indique avec ambiguïté le premier motif, d'un dispositif nouveau à son dispositif..

Il reste à formuler un dernier regret : qu'ayant dégénéré en un troisième degré de juridiction, la Cour Suprême soit tombée — semble-t-il — dans l'erreur, dont elle aurait eu, peut-être, plus de chance de se garder en se vouant à la seule correction des erreurs d'autrui (1) : qu'elle se soit évertuée à substituer une qualification erronée à l'exacte qualification des faits.

II

QUALIFICATION DES FAITS

16. — Il faut convenir que les faits de l'espèce étaient de qualification délicate (1). On se trouve en face d'une de ces opérations ordinaires de la vie dont l'épaisseur juridique est, en temps normal, à peu près nulle, et qui découvrent l'artifice des constructions juridiques auxquelles on veut les ajuster; on sait quelles difficultés d'analyse a posées, par exemple, aux pénalistes, la banale vente au

15. — (1) On reconnaîtra la formule de CORNU et FOYER, *op. cit.*, p. 191.

16. — (1) Aussi bien, on a relevé la « nécessité pratique » de la peine justifiée en matière d'infraction contre la propriété, en soulignant que le problème de la qualification y était « extrêmement délicat » : GARRAUD, V, n° 1838, p. 334.

comptant. Toutefois, dans un système légaliste, l'analyse est nécessaire, même si elle apparaît exagérément théorique. Il semble certain, alors, que la solution de la Cour Suprême, aussi bien que la thèse de pourvoi, est viciée par une erreur totale de perspective : l'une et l'autre sont fondées sur une analyse des rapports entre la cliente et la caissière, alors que seule importait la situation de cette dernière à l'égard de son patron.

17. — Le pourvoi (1) contestait l'existence de la soustraction, l'argent « volontairement remis » à la caissière, n'ayant été l'objet, de sa part, que d'une « simple rétention frauduleuse ».

On est peiné, tout d'abord, qu'il ait été soutenu que la rétention n'est pas constitutive de l'appréhension frauduleuse. Il est, en effet... « de principe constant », et bien connu, que la soustraction peut, à l'occasion, consister en une simple rétention (2) ; et ce principe n'est pas suivi seulement par la Chambre criminelle française, puisque la Cour Suprême l'a fait sien (3). Mais, ce qui choque surtout, c'est de voir la prétendue « simple rétention » déduite de la circonstance que l'argent avait été volontairement remis ; car ce n'est tout de même pas à l'égard de l'acheteuse que cette rétention aurait été exercée ! Sans doute, il se peut que la remise dont on évalue les caractères et la portée n'ait pas été effectuée par la victime même du vol (4). Mais la particularité de notre espèce est que, d'une part, la cliente, en payant, avait bel et bien remis, avec la propriété, l'entière possession de la somme : et que, d'autre part, si vol il y avait eu, la victime du vol, le propriétaire de la somme, aurait été le pharmacien. Est-ce donc que l'argent n'aurait pas été volontairement remis à la caissière ? Et si cela était, y avait-il simplement rétention ? A la vérité, si, pour établir l'existence du vol, le point essentiel consiste, par application des critères de GARCON (5), à déterminer la condition de la somme d'argent entre les mains de la caissière — possession précaire, simple détention matérielle —, il est clair que la question ne reçoit

17. — (1) Fondé, à ce qui ressort de l'arrêt, sur la « qualification erronée de la loi pénale »...

(2) Crim. rej. 17 fév. 1949, *Dame Blanchet*, S. 49.1.149, 2^e espèce, note LEMERCIER, *Rev. Sc. crim.* 49.748, obs. BOUZAT.

(3) Ch. cass. sect. crim. rej., 21 janv. 1963, *Bull.* 63.I. n° 4, p. 42, où l'on retrouve la formule de Crim. 5 mars 1941 (cité note suivante).

(4) Ainsi dans l'hypothèse du fameux arrêt *Laga, Tuléja et autres* (Crim. rej., 5 mars 1941, S. 41.1.102, *Rev. Sc. crim.* 41.201, obs. DONNEDIEU DE VABRES), les objets avaient été apportés et abandonnés par des soldats allemands.

(5) *De la soustraction dans le vol et du détournement dans l'abus de confiance*, *Journal des Parquets*, 1909.14 et s. ; *Code pénal annoté* (2^e éd., par M. ROUSSELET, M. PATIN et M. ANCEL, Sirey, 1956), art. 379, n° 41 à 57.

aucune lumière du fait que la remise a été volontaire ; car la cliente se dessaisit de son argent tout aussi « volontairement » auprès du pharmacien lui-même, de son épouse (ou de la pharmacienne), d'un fondé de pouvoir ou d'un commis-caissier, et ce, d'autant mieux qu'elle ignore le plus souvent la qualité exacte de la personne qui trône derrière la caisse, et qu'elle ne se soucie pas de la connaître. La question ne peut être résolue que par la définition des rapports entre la caissière et son patron.

18. — Pour la Cour Suprême, la somme aurait été remise à la caissière « à charge par elle... de la remettre à son patron », et son détournement constituerait donc la violation d'un contrat de mandat.

On notera, en premier lieu, le factice d'une telle analyse, du point de vue du droit civil. Sans doute, il appartient au juriste de donner aux faits les plus simples leur signification juridique, de voir dans l'achat d'un objet courant le contrat portant transfert de propriété à titre onéreux, et de reconstituer la succession complexe des actes de volonté libre et éclairée dont la combinaison, comme chacun sait, a seule pu faire le contrat. Encore doit-il se contenter d'exprimer la réalité en son langage technique, sans l'enjoliver. Or, à l'évidence, la cliente qui règle un achat de médicaments ne charge pas la caissière de remettre le prix à son patron ; elle s'acquitte de sa dette à la caisse, c'est-à-dire en respectant l'organisation intérieure qu'il a plu au pharmacien de donner à son entreprise, mais sans autre scrupule de conscience, ni volonté juridique. Y songerait-elle, elle imaginera assurément que la somme grossira le chiffre d'affaires du pharmacien, mais sans qu'il lui paraisse qu'une orientation spéciale de sa volonté ait un rôle à jouer. On peut bien dire que la caissière reçoit la somme à charge pour elle de la remettre à son patron ; mais l'idée est toute différente et touche aux rapports de ces deux personnes entre elles. On ne peut dire que la somme est remise à la caissière sous cette charge, car aucun client ne songe qu'il lui incombe de se faire le gérant d'affaires du pharmacien (lesdites affaires lui paraissent marcher assez bien, du seul fait qu'il paye...). Au surplus, quelle subtile construction juridique faudrait-il imaginer, parallèlement, dans l'esprit de la dame Razanamiarisoa — plus juriste que le juriste le plus déformé — lorsqu'elle demanda ses médicaments à la vendeuse : de quelle clause, condition ou charge dut se nuancer l'achat, passé avec une autre personne au service du pharmacien, si le paiement est aussi riche de substance juridique ?

La conception de la Cour Suprême n'est pas seulement irréaliste, elle est aussi fautive (toujours, au point de vue du droit civil). Dire que

le paiement est assorti d'une charge impose que le paiement soit un acte juridique. Or, on a pu contester cette nature juridique couramment reconnue au paiement (1). A tort ou à raison ; peu importe, car il est fâcheux de faire reposer une construction sur une base incertaine. — D'autre part, et surtout, le mandat serait en l'espèce celui de remettre la somme au patron. Mais, traditionnellement, le mandat a pour objet l'accomplissement d'actes juridiques ; et l'on n'aperçoit pas quel acte juridique pourrait bien figurer cette deuxième remise. — En revanche, on saisit la confusion qui est au principe de cette doctrine hasardeuse. L'article 408 du Code pénal vise (notamment) le détournement de deniers remis à titre de mandat, à charge d'en faire un emploi déterminé : c'est-à-dire qu'il impose — à cet égard — deux conditions : la transmission d'une possession précaire, en exécution d'un des contrats qu'il énumère limitativement. Et, sans doute, c'est le contrat qui confère à la possession sa précarité ; mais on ne saurait se borner à constater, ou à découvrir une certaine forme de remise que l'on dit être à titre précaire, pour en induire immédiatement, comme fait la Cour Suprême (2), l'existence d'un contrat qui la fonde et qui serait précisément le mandat ; car, à ce compte, autant vaudrait supprimer l'énumération des contrats contenue dans l'article 408. Il y a fort longtemps, ROUX avait dénoncé le recours abusif à la notion de mandat pour justifier la qualification d'abus de confiance (3) ; la fiction ne paraît pas plus admissible aujourd'hui.

On est passé ainsi, insensiblement, au plan pénal. Sur ce terrain, la doctrine de la Cour Suprême en matière d'abus de confiance encourt une autre critique que celle — suffisamment grave, déjà — de se satisfaire du détournement et de faire bon marché, en le créant de toutes pièces avec des traits anti-juridiques, du contrat, condition préalable du délit. On pourrait s'étonner, car cette solution heurte le sens commun, que la caissière ait trompé la confiance de la cliente, que l'abus de confiance ait été réalisé à l'endroit de celle-ci. Mais, pour autant, l'abus de confiance n'aurait pas été la simple sanction de l'inexécution d'un contrat : le préjudice aurait été constitué, au détriment du patron, et il est admis que le propriétaire, victime de

18. — (1) N. CATALA, *La nature juridique du paiement* (Pichon, 1961), n° 142 à 186, pp. 219 à 268.

(2) Cf. son raisonnement : « ...il ressort que la somme... a été remise... à charge par elle d'en faire un emploi déterminé, en l'espèce de le remettre à son patron, et qu'elle a frauduleusement détourné ladite somme ; qu'ainsi se trouvent réunis les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance, par violation d'un contrat de mandat... ».

(3) Note S. 1901.I.105, sous Crim. 15 avril 1899.

détournement, peut ne pas être le mandataire lui-même ; il suffit, en effet, qu'il soit constaté que l'objet, ou la somme « reposait sur une tête autre que celle de l'auteur du détournement (4). Bien que cette formule ne paraisse pas avoir été dégagée pour s'appliquer à une espèce comme la nôtre, la critique ne portera pas sur ce point ; on en retiendra seulement que, pour admettre un abus de confiance sans éliminer encore un élément de ce délit, il faut admettre que la somme avait été détournée au préjudice du pharmacien, qui en était devenu propriétaire. Mais, dans ces conditions, il apparaît que le raisonnement de la Cour Suprême est privé de tout fondement en fait.

En effet, le problème était soumis à la Cour en ces termes : une somme, propriété du pharmacien avait disparu, et la caissière avait été condamnée pour vol. Pour disqualifier le vol en abus de confiance, la Cour Suprême s'est interrogée sur la signification de la remise de cette somme à la caissière. Mais, préalablement, il aurait fallu être sûr que les conditions étaient remplies pour que l'on pût, éventuellement, tenir compte des modalités de cette remise : c'est-à-dire, que c'étaient précisément les 1 430 francs remis par telle cliente qui avaient disparu, c'est-à-dire encore, que ces 1 430 francs pouvaient être considérées comme un corps certain, n'ayant jamais perdu leur individualité en se perdant dans la caisse. Car il est évident que si les 1 430 francs avaient été versés dans la caisse lors du paiement, puis retirés subrepticement par la suite, la fongibilité naturelle de la monnaie empêcherait qu'ont tint les espèces distraites comme étant identiquement celles remises à telle occasion ; les deniers auraient purement et simplement été puisés dans la caisse ; la remise en question pourrait servir à faire la preuve de la distraction, elle serait impuissante à indiquer l'origine de la somme distraite, et donc, la prétendue destination spéciale qui lui aurait été imposée. La Cour Suprême ne paraît pas s'être avisée de cette difficulté tenant à la fongibilité de la monnaie. Et rien dans les constatations de l'arrêt d'appel qu'elle reproduit, ni dans son propre rappel des faits tenus pour constants, ne permet de penser que la somme ait été empochée à l'instant de son versement : on pourrait même conjecturer avec quelque vraisemblance, étant donnée l'allure peu... ronde du compte, qu'il a fallu rendre quelque monnaie à la cliente et donc, pour une fraction au moins de la somme, se livrer à quelques manipulations

(4) V. Crim. 15 fév. 1939, *D.H.* 39.294, *Gaz. Pal.* 39.1.675, *Rev. Sc. crim.* 39.514, obs. DONNEDIEU DE VABRES ; 7 janv. 1944, *Gaz. Pal.* 44.1.145 ; 5 février 1948, *S.* 48.1.147, *D.* 48.168. — cf. GARCON, *Code pénal annoté*, cit., art. 408, n° 185.

de la caisse ; de toutes façons, à défaut de précision, on ne peut dire que ce sont les 1 430 francs qui ont disparu ; c'est une somme de 1 430 francs, ce qui modifie totalement les données du problème et rend stériles tous les raffinements que l'on exercerait sur la remise (avec la réussite qu'on a vue) (5).

Abandonnons donc la dame Razanamiarisoa que, de tous côtés, on a beaucoup trop sollicitée, pour n'examiner plus que les rapports de la caissière avec son patron.

19. — Car, une fois écartée la qualification d'abus de confiance né de la violation du fabuleux mandat de la cliente, il reste que l'on pouvait légitimement hésiter à voir, dans les agissements de la caissière, un vol ou un abus de confiance, mais, cette fois, à l'égard du patron, par violation d'un contrat qui les aurait liés l'un à l'autre. La question est alors la suivante : la caissière exerçait-elle sur les fonds de la caisse une simple détention matérielle, auquel cas elle en aurait usurpé la possession et se serait rendue coupable de vol ; ou bien en avait-elle la possession précaire, auquel cas elle n'aurait pu usurper une possession qui lui aurait été transmise, mais aurait interverti son titre, commettant le délit d'abus de confiance (1) ? En d'autres termes, quel pouvoir son contrat donnait-il à la caissière sur sa caisse ?

La réponse ne nécessite pas de longues démonstrations.

20. — Des éléments de fait de l'arrêt (caissière « au service du sieur G. »), il résulte que le contrat était un contrat de travail. Cette circonstance, à elle seule, ne suffirait pas à exclure la qualification d'abus de confiance. On pourrait être tenté, pourtant, de procéder à cette exclusion, en voyant la plupart des auteurs ranger sous l'expression de l'article 408, « pour un travail salarié », la seule remise d'un objet susceptible d'être ouvrage, c'est-à-dire le seul louage d'ouvrage (1). Mais il n'est pas pensable qu'un employeur remette à son salarié,

(5) Bien entendu, il ne servirait à rien de dire que toutes les remises sont assorties de la même charge, car, encore une fois, ce qui a disparu n'est pas une somme remise, mais une somme puisée dans la caisse.

19. — (1) C'est le critère de GARCON, déjà mentionné. V. *op. cit.*, art. 379, n° 41 à 57, 102-103, 174, 231, 239, 250 ; art. 408, n° 10 à 12, 229, 232, 413, 644. Ce critère est retenu notamment par A. VITU, *Abus de confiance*, in *J. Cl. Pénal*, art. 408, fasc. 1, n° 69, et fasc. 2, n° 134 ; F. GOYET, *Droit pénal spécial* (7^e éd., 1959, par ROUSSELET et PATIN), p. 547, note 1 et 559, note 2 ; et G. QUERO, *Contrats et abus de confiance* (Cujas, 1961), p. 100.

20. — (1) GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, VI (3^e éd.), n° 2640, pp. 555-556 ; LE POITTEVIN, *Dictionnaire-formulaire des parquets*, I, (8^e éd., 1954, par BESSON, COMBALDIEU et SIMEON), V° *Abus de confiance*, n° 14, p. 69 ; A. VITU, *Abus de confiance*, *cit.*, fasc. 2, n° 133 et s. ; GARCON, *op. cit.*, art. 408, n° 635 et s. (mais cf. art. 379, n° 231). — contra, QUERO, *op. cit.*, p. 102.

pour l'exercice de son travail, la possession précaire d'un objet, que la remise soit ainsi faite au titre du contrat de travail, et que l'objet puisse être détourné, et l'abus de confiance constitué par une violation du contrat de travail. En pratique, toutefois, il est vrai que la subordination du travailleur — élément essentiel et critère du contrat de travail (2) — s'oppose le plus souvent à ce que les salariés aient autre chose que la détention matérielle des objets qui leur sont remis (3). Mais un élément de complication est introduit par le fait que certains employés, dans l'exécution de leur contrat de travail, se comportent en mandataires de leur patron, avec une liberté d'allure qui implique que le patron leur a abandonné la possession précaire des objets qu'il leur a confiés.

Il est admis en effet que le mandat est compatible avec le contrat de travail (4) ; et c'est ce qui expliquerait, peut-être, que le caissier d'une banque soit généralement considéré comme un mandataire (5).

Mais il existe une différence fondamentale — de fait, et donc de droit — entre le caissier d'une banque et la caissière d'une pharmacie. Cette dernière n'a pas la clé du coffre-fort, elle ne manie pas des sommes importantes et, surtout, elle ne fait elle-même aucun paiement; elle se borne à encaisser et à rendre la monnaie. Elle est assurément responsable de ses erreurs, mais non pas comme une rançon de son autonomie, comme une manifestation, au contraire, de sa stricte dépendance. Elle n'est qu'un rouage de l'entreprise, son activité n'est que matérielle. Par conséquent, il est inutile de prendre parti sur la nature juridique du paiement : en le recevant, la caissière n'est que l'instrument, non le représentant du patron (6) ; elle ne remplit pas un mandat, elle exécute la tâche pour laquelle il a été convenu qu'elle mettrait sa force de travail à la disposition de l'employeur (7) : elle n'agit pas pour le compte, mais « au service » du patron. Et, sur les fonds

(2) V. l'art. 1^o C. Trav. m. ; — Ph. PALAZZO, *Précis de droit du travail à Madagascar* (Tananarive, Codes bleus, 1964), n^o 42, pp. 72-73 ; P.F. GONIDEC, *Cours de droit du travail africain et malgache* (Pichon, 1966), pp. 218-220.

(3) Comp. GARCON, *op. cit.*, art. 379, n^o 238.

(4) Civ., 24 juillet 1900, S. 01.1.9, note TISSIER ; — v. A. ROUAST, V^o *Contrat de travail*, in *Rep. Dalloz Dr. social*, n^o 52 ; BRUN et GALLAND, *Droit du travail* (Sirey, 1958), n^o II-65, p. 267.

(5) Cf. QUERO, *op. cit.*, p. 101 ; rapp. GARCON, *op. cit.*, art. 379, n^o 239, et art. 408, n^o 959. Comp. pour un directeur d'agence de banque, Crim. rej., 26 mai 1959, B. n^o 274, p. 560.

(6) DURAND et VITU, *Traité de droit du travail*, II, (Dalloz, 1950), n^o 142, pp. 254-255. — On contestera donc l'analyse de Bordeaux, 22 oct. 1953 (motifs), D. 54.341, qui voit purement et simplement une mandataire dans la caissière d'un magasin, sans même imaginer l'existence d'un contrat de travail.

(7) Comp. DURAND et VITU, *ibid.*, n^o 143, p. 256.

qui lui sont remis — non confiés — pour qu'elle ouvre sa caisse, ou que lui remettent les clients, elle n'a pas plus de possession précaire que la vendeuse par les mains de qui un médicament, un instant, a passé, ou qu'elle-même sur sa caisse enregistreuse (dont la fonction, à vrai dire, ne se différencie guère de la sienne propre). Elle n'exerce sur ces fonds aucun droit, ni pour elle-même, ni même pour le compte du patron, qui en demeure possesseur non seulement *animo*, mais *corpore*, car il exerce le *corpus*, directement et personnellement, sur tous les éléments matériels de son entreprise ; elle n'a sur eux qu'un pouvoir de pur fait, la détention matérielle (8).

Il faut donc proscrire de notre espèce la notion de mandat et l'idée, corrélatrice, de possession précaire. En s'appropriant les fonds, la caissière a usurpé une possession qu'elle n'avait à aucun degré et commis une soustraction, c'est-à-dire un vol (9).

On est ainsi conduit à approuver — sans connaître ses motifs, il est vrai — la qualification retenue par la Cour d'Appel...

(8) Comp. GARCON, *op. cit.*, art. 379, n° 234.

(9) Vol aggravé par la circonstance que la caissière entre dans la catégorie des « hommes de service à gage » de l'art. 386 (modifié à Madagascar, mais quant aux peines, par l'ord. 10 août 1962). (On notera que la même circonstance aggravante existe toujours à Madagascar en matière d'abus de confiance : art. 408, al. 4, même ord.).

ANNEXE

Cour Suprême

CHAMBRE DE CASSATION, SECTION CRIMINELLE

19 Novembre 1962 (N° 49-62)

LA COUR,

Statuant sur le pourvoi de Ravonintsoa Justine contre un arrêt de la Cour d'Appel de Tananarive, en date du 2 février 1962, qui l'a condamnée pour vol à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à des réparations civiles, par application des articles 379, 401, 463 du Code Pénal et 1^{er} de la loi du 26 mars 1891 ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le moyen unique de cassation pris de la violation des articles 379 et 401 du Code Pénal, 5 de la loi n° 61-013 du 19 juillet 1961, qualification erronée de la loi pénale, manque de base légale, en ce que l'arrêt attaqué a condamné la demanderesse comme coupable du délit de vol alors que l'élément essentiel de ce délit, à savoir l'appréhension frauduleuse de la chose d'autrui, n'est pas constitué, l'argent volontairement remis à la demanderesse n'ayant fait l'objet de sa part que d'une simple rétention frauduleuse ;

Attendu que l'arrêt confirmatif attaqué énonce que Ravonintsoa Justine était caissière au service du sieur Geffray, pharmacien à Tananarive ; qu'elle était chargée d'encaisser le prix des médicaments livrés, par les vendeuses aux clients et ce, contre remise d'une fiche de contrôle ; que des déclarations concordantes des témoins Razamiarisoa Marie et Jeanne Ramavoarisoa ainsi que de la vérification opérée par le pharmacien Geffray, il ressortait que la somme de 1.430 francs versée par la dame Razamiarisoa, le 26 novembre 1961, pour achat de médicaments, sans la fiche de contrôle que la vendeuse avait oublié de produire, avait été encaissée par Ravonintsoa Justine, mais avait disparu sans que la caisse portât trace de cet encaissement, qu'ainsi la preuve était rapportée que la prévenue s'était rendue coupable du vol des 1.430 francs ;

Attendu que de ces constatations il ressort que la somme de 1430 F a été remise à Ravonintsoa Justine, caissière au service du sieur Geffray, à charge par elle d'en faire un emploi déterminé, en l'espèce de la remettre à son patron, et qu'elle a frauduleusement détourné ladite somme ; qu'ainsi se trouvent réunis les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance, par violation d'un contrat de mandat et que, dès lors, la seule disposition de la loi qui devait être appliquée était l'article 408 du Code Pénal ;

Mais attendu qu'il importe peu que l'arrêt attaqué n'ait pas reconnu l'existence du délit d'abus de confiance et ait fausement qualifié les faits retenus ; qu'il rentre dans les pouvoirs de la Cour Suprême de restituer à ces faits leur véritable qualification juridique ; que d'autre part, il est de principe constant que l'erreur dans la qualification des faits ou dans la citation de la loi pénale ne peut donner ouverture à cassation lorsque le texte cité à tort prévoit des sanctions égales ou inférieures à celles prescrites par le texte de loi qui aurait dû être appliqué ; qu'en l'occurrence la peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis prononcée, était inférieure à celle qui eût pu l'être en vertu de l'article 408 susvisé ; que cette peine se trouve donc justifiée ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

PAR CES MOTIFS,

Rejette.

<i>Président</i>	M. RAZAFINDRALAMBO
<i>Rapporteur</i>	M. RAZAFIMAHEFA
<i>Avocat général</i>	M. BOURGAREL
<i>Avocat</i>	Me RAHARIJAONA