

H. DONNEDIEU
DE VABRES
—
DROIT
CRIMINEL

TRAITÉ
DE
DROIT CRIMINEL
ET DE
LÉGISLATION PÉNALE
COMPARÉE

H. DONNEDIEU DE VABRES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

TRAITÉ

DE

DROIT CRIMINEL

ET DE

LEGISLATION PENALE

COMPAREE

TROISIÈME ÉDITION

*Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques
(Prix Volowski)*

LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY

(S. A.)

22, Rue Soufflot — PARIS (V^e)

1947

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays y compris l'U. R. S. S.
Copyright by Librairie du Recueil Sirey, 1947.

PRÉFACE DE LA TROISIÈME ÉDITION

La force des événements a privé ce traité du caractère élémentaire que revêtaient les deux premières éditions, et qui répondait à l'intention de son auteur. Depuis 1940, la réunion dans les mêmes mains du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif a déterminé une singulière prolifération des lois et règlements. Alors que nous sortons à peine d'une crise nationale et internationale, aucun des éléments du mouvement législatif, jurisprudentiel et doctrinal qu'elle a influencé ne pouvait être omis. Une documentation étendue rendra service aux praticiens. La division typographique en un grand et un petit texte facilitera la tâche des étudiants. Ils ne seront pas dérouterés, s'ils trouvent, dans le premier, l'exposé des principes généraux, et savent puiser dans le second des illustrations et des exemples.

Cette période a vu se réaliser : dans l'ordre international, la libération de la France, et l'effondrement de la puissance qui menaçait de faire peser sur l'Europe, et peut-être sur le monde, un joug sans précédent ; dans l'ordre interne, la chute du Gouvernement autoritaire de Vichy, et la restauration, par le régime nouveau, des principes démocratiques. Ces transformations devaient avoir, sur le développement du droit pénal et de la procédure criminelle, d'immédiates répercussions.

De 1942 à 1944, la victoire alliée s'annonce : il faut lutter contre les procédés subtils et audacieux de la Résistance : d'où les ultimes convulsions d'une politique soumise à la volonté de l'occupant : arbitraire administratif, abus des tribunaux d'exception, infliction de chatiments sans mesure. Mais auparavant, des réformes d'un intérêt général et permanent étaient intervenues : réorganisation de la Cour d'assises : révision du statut de l'enfance délinquante... Le premier devoir du Gouvernement provisoire fut de fixer, à l'égard de cette législation, sa position de principe. La solution qui a prévalu est connue de tous. Le Gouvernement de Vichy n'est qu'une autorité de fait. Les dispositions émanées de lui : « actes dits lois » « actes dits décrets » sont nulles. Cette attitude, l'irrégularité des actes constitutionnels de 1940 ne la commandait pas. Des considérations de politique extérieure ou intérieure l'ont inspirée. Seules nous importent, ici, ses conséquences pénales. C'est, en particulier, la qualification de trahison, d'espionnage, de commerce avec l'ennemi appliquée aux diverses formes de collaboration avec les Allemands.

Or la contrainte exercée par l'occupant, l'apparence de légalité que revêtait le Gouvernement de Vichy, l'égaré passager et compréhensible d'une partie de l'opinion créaient entre ces déductions de la logique et les suggestions de l'utilité et de la justice un désaccord. C'est à résoudre ce désaccord par des solutions nuancées que se sont attachés les pouvoirs publics : analyse du mobile, admission de faits justificatifs, d'excuses absolutoires, de circonstances atténuantes.....

Sur le terrain du droit pénal commun, l'œuvre actuelle se présente comme une continuation, plutôt que comme une rupture avec le passé. La France, délivrée de l'envahisseur, n'est pas libérée des fléaux sociaux — progrès effrayants de l'avortement, de l'alcoolisme, de la délinquance juvénile. — qui appellent un remède. Et malheureusement, la réaction pénale ne comporte pas, ici, une grande variété de moyens. La technique est indépendante de la forme politique. On crée de nouveaux délits d'omission, on punit les actes préparatoires, on élargit les notions de complicité et de recel, on affirme la responsabilité pénale des personnes morales, on développe, à l'égard des mineurs, les méthodes d'observation et les mesures rééducatives, on ouvre l'accès du prétoire aux collectivités à but intéressé ou idéal, on essaie d'abrèger l'instance par l'introduction de « l'ordonnance pénale » et la restriction des voies de recours... Dans la mise en œuvre de tels procédés, leur perfectionnement, leur adaptation aux besoins nouveaux, le Gouvernement de la IV^e République est l'héritier de tous ses prédécesseurs.

Il est solidaire, aussi, des Gouvernements étrangers, devant qui surgissent les mêmes problèmes. L'interpénétration des peuples accroît l'intérêt du droit comparé, auquel ce Traité a fait, dès le début, une large part. Réserve faite du droit de la guerre, dont l'intérêt est épisodique, nous avons voulu rajeunir nos informations et présenter le dernier état des législations étrangères. Nous devons un remerciement particulier à notre collègue, M. VOÛIN, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, dont nous avons mis à contribution l'extrême obligeance et la compétence — acquise en captivité — à l'égard de la langue russe et du droit pénal soviétique.

Ainsi s'assemblent les éléments d'une réforme législative. La codification pénale, depuis longtemps souhaitée, réalisera la coordination et « l'épuration » des textes. Un nouveau projet de Code d'instruction criminelle, imité de celui de 1938, est issu des travaux de la commission de réforme judiciaire, qui siège au ministère de la Justice. Un projet de Code pénal suivra. On doit souhaiter que l'aboutissement de cette œuvre technique échappe aux lenteurs de la procédure parlementaire. Loin de figer le droit, elle doit amorcer les développements que dictera l'esprit nouveau.

La légalité républicaine exclut les mesures administratives, legs d'un autoritarisme qui répugne à l'individualisme ancré au cœur des Français. Le règne de demain doit être celui du juge. A Nuremberg, c'est une sentence judiciaire

qui vient d'ouvrir au droit pénal international des horizons nouveaux. Il faut savoir gré aux auteurs de la nouvelle Constitution, d'avoir, en fin de compte, maintenu le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs. L'équilibre du droit individuel et de l'intérêt collectif est, dans ce monde désaxé qui soupire après l'équilibre, le but prochain. Au sortir de la catastrophe où les mystiques absolues, les doctrines totalitaires ont révélé l'immensité de leurs capacités destructives, la France, pays des coteaux modérés, pays de DESCARTES et de GUIZOT, a, autant et plus que des Empires hypertrophiés, son exemple à donner et son mot à dire. La médiocrité même de sa situation politique fait d'elle le champion des causes internationales. Or, devant les facilités que le progrès scientifique donne au crime, c'est dans la lutte contre ce fléau universel que l'internationalisme nouveau est appelé, d'abord, à se montrer. Nous ne croyons pas exagérer, en le disant, les perspectives qui s'offrent à notre politique criminelle.

Paris, le 30 décembre 1946.

PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Les événements qui se précipitent depuis quatre ans n'ont pas permis que la nouvelle édition de ce Traité de droit criminel et de législation pénale comparée soit la simple reproduction de la précédente. En France, une situation intérieure et extérieure angoissante, puis la guerre, puis le changement du régime et des institutions ont dicté la nouvelle orientation de la politique criminelle. La technique législative, simplifiée, a déterminé une prolifération de textes pénaux. La jurisprudence, la doctrine ont obéi à l'impulsion. A l'étranger, l'œuvre de codification entreprise au lendemain de la guerre 1914-1918 s'est poursuivie.

Il a fallu, pour mettre l'ouvrage à jour, remanier plusieurs chapitres ; ailleurs, charger d'amendements et d'additions le texte et les notes. Ainsi, les praticiens sont informés, dans le détail, des dispositions nouvelles. La division du texte en deux caractères — que nous avons maintenue — facilite la tâche des étudiants qui est de fixer leur attention sur les principes directeurs et les règles essentielles du droit positif.

Notre première édition annonçait la solution d'un conflit : celui qui mit aux prises l'École néo-classique et l'École positiviste. Un autre conflit surgissait alors, que la seconde édition voit se conclure : celui du libéralisme et de l'autoritarisme répressifs. L'autoritarisme triomphe : dans certains pays, par suite d'une volonté systématique ; dans d'autres, et spécialement dans le nôtre, parce que la force des circonstances l'a imposé. Mais le droit pénal nouveau qu'il a greffé sur la tradition, non sans en troubler l'harmonie, est un droit de crise. Il ne peut, dans sa forme actuelle, prétendre à la pérennité. Ce livre a donc le défaut de paraître en un moment de transition. Du moins offre-t-il un tableau — que nous avons voulu objectif et précis — de la répression, à un tournant particulièrement émouvant de l'Histoire.

Lasalle (Gard), 15 août 1942.

PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Encore un traité de droit criminel, après bien d'autres qui ont conquis la faveur méritée du public...c'est un de trop, dira le lecteur.

Pourtant, on perçoit, dans l'atmosphère où évolue le droit pénal, un changement qui tôt ou tard se réfléchira sur l'esprit et sur les méthodes de l'enseignement. Vers 1900, lorsque nous suivions nous-même, des bancs de la Faculté de Droit de Paris, les leçons de nos respectés maîtres, MM. Alfred Le Poittevin et Emile Garçon, le conflit des Ecoles néo-classique et positiviste battait son plein. Le crime est-il une atteinte à la loi morale, un mauvais usage de la liberté, d'où naît le devoir d'expiation ? Est-il le symptôme d'un état morbide, individuel ou collectif, qu'il faut soigner ? C'est ainsi que le problème était posé en Italie. Parallèlement, on se demandait, en Allemagne, si le droit pénal doit être rétributoire ou tutélaire.

Ce conflit s'est éteint par une transaction. Dans l'ordre de la pensée, la neutralité prévaut à l'égard du problème du libre-arbitre. Dans l'ordre de l'action, nous voyons des moyens nouveaux, d'un caractère mi-répressif, mi-thérapeutique, les mesures de sûreté, se juxtaposer ou se superposer aux peines. A cette solution, la science française a pris sa part. Des livres comme ceux de Gabriel Tarde et de Raymond Saleilles ; des lois comme celles du 27 mai 1885 sur la relégation ou du 26 mars 1891 sur le sursis ; des institutions comme le casier judiciaire ou le système anthropométrique en apportent le témoignage que le dédain d'Ecoles plus aventureuses ne saurait minimiser.

* * *

Or voici que, dans la vague de passions et d'idées qui, depuis dix ans, déferle sur le monde, l'équilibre à peine obtenu est compromis. Au combat des « deux mystiques » le droit pénal est mêlé parce qu'il est l'expression la plus spontanée du milieu social. Le droit pénal de demain sera-t-il, comme celui d'hier, un droit pénal libéral ? Sera-t-il ce droit pénal autoritaire dont nous apercevons, sans même franchir nos frontières, les signes annonciateurs ? Telle est la formule actuelle de la question. Du terrain de la dogmatique, c'est

sur celui de la politique criminelle que le conflit est porté. Mais il n'est aucun chapitre de notre science que n'affecte le dynamisme nouveau : ni la théorie de la responsabilité qu'anime un subjectivisme apte à saisir et à frapper, dès sa première manifestation, la volonté criminelle ; ni le régime pénitentiaire, qui s'oriente vers l'intimidation collective et la rigueur ; ni surtout la procédure criminelle qui subordonne les droits de l'individu à l'intérêt collectif de la Nation.

Notre attachement séculaire aux « conquêtes de la Révolution française » nous prévient contre les excès qu'entraîne la dictature d'un parti, d'une race ou d'une catégorie sociale. L'instinct de la conservation, malgré des vicissitudes, des éclipses momentanées, nous défend contre le péril d'un sentimentalisme indulgent et d'un individualisme anarchique. La Commission ministérielle, chargée de reviser nos Codes pénaux plus que centenaires, est entrée dans la via media où se plaît l'esprit de raison et de mesure inné au pays de Descartes, de Montesquieu, de François Guizot.

* * *

C'est donc à un moment de transition et de crise que nous saisissons, pour en tracer une esquisse, le droit pénal français. L'abrogation de nos Codes reculera dans le passé et rendra en partie inutilisable le mouvement jurisprudentiel qui s'est érigé sur leur base séculaire. Le droit nouveau se construit dans une relation étroite avec l'effort parallèle qui se poursuit à l'étranger. Le développement du droit pénal comparé s'impose et donne l'impulsion au droit pénal international. Certes, les expériences d'après-guerre ont secoué bien des illusions dont le progrès de la communauté internationale était l'objet. Dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, la jeunesse est sensible aux faits, est rebelle aux exagérations d'un dogmatisme et d'un optimisme faciles. Mais si le conflit des intérêts a redressé bien des barrières politiques, économiques, sentimentales, il est un domaine où la solidarité des peuples devient une nécessité vitale, et c'est précisément celui de la lutte contre le crime.

* * *

Ces constatations rendent compte de l'esprit dans lequel ce livre a été écrit, et du « novum » que nous avons voulu y introduire. Nous avons réduit la part des discussions jurisprudentielles et doctrinales dont l'intérêt s'amenuise. Nous avons élargi celle du droit pénal comparé, en attachant un prix particulier au mouvement des idées et des faits dans les pays voisins du nôtre. Au droit pénal transitoire et au droit pénal international nous avons consacré une

partie spéciale, que nous avons placée à la fin, pour en faciliter l'intelligence. Quant à la forme, nous avons essayé de simplifier la lecture d'un livre destiné surtout aux étudiants. L'impression en deux caractères sépare les notions essentielles, comprises dans le programme de licence, des développements complémentaires destinés au doctorat. Ainsi nous espérons que la complexité inévitable de l'ouvrage n'en compromettra pas la clarté.

PRÉLIMINAIRES

1. Objet du droit pénal. — Le droit pénal comprend l'ensemble des lois qui réglementent, dans un pays, l'exercice de la répression par l'Etat.

Chaque année, en France, les magistrats du ministère public, ceux qui constituent ce qu'on appelle communément « le Parquet » institué près des tribunaux de première instance, reçoivent 5 à 600.000 procès-verbaux, plaintes et dénonciations.

Les *procès-verbaux* sont les écrits qui sont dressés par des officiers publics, les agents supérieurs de la police judiciaire, pour constater les infractions à la loi pénale.

Les *plaintes* et les *dénonciations* émanent de personnes privées, qui prétendent avoir été victimes ou simplement témoins d'actes délictueux.

Les actes qui sont l'objet de ces diverses constatations diffèrent profondément les uns des autres, tant par leur immoralité que par leur caractère plus ou moins dangereux.

Les plus graves sont les *crimes*, tels que le meurtre, prévu par l'article 295 du Code pénal ; les moins graves sont les *contraventions* de simple police.

Il y a enfin une catégorie intermédiaire : celle des infractions qu'on appelle les *délits*. Citons, par exemple, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance.

Mais, quelles que soient les différences qui existent entre ces actes, ils offrent ce caractère commun d'être contraires à l'intérêt social : le droit pénal n'intervient que pour la protection des intérêts de la société. D'autre part, c'est l'Etat et l'Etat seul qui prend l'initiative de la poursuite. Sans doute, la plupart des faits délictueux, tels que le meurtre ou le vol, lèsent des biens privés, mais c'est à l'Etat, et non aux particuliers lésés, qu'il appartient d'exercer la répression. Les particuliers qui agiraient dans ce sens de leur chef ne feraient qu'exercer une vengeance. Le droit de punir n'appartient qu'à l'Etat.

2. Nature du droit pénal. — Et c'est pourquoi le droit pénal est partie intégrante du *droit public*. Tandis que certaines branches du droit, telles que le droit civil ou le droit commercial, appartiennent au droit privé, parce que leur objet est de réglementer les rapports entre des personnes privées, le droit pénal, qui traite des rapports entre les individus et l'Etat, appartient au droit public.

Il importe, pour préciser le véritable caractère du droit pénal, de distinguer tout d'abord cette discipline des diverses sciences sociales et, en second lieu, de signaler les rapports qui les unissent.

3. Distinction du droit pénal et de la morale. — Le droit pénal

est autre chose que la morale. La morale a, sans doute, pour objet, comme le droit pénal, de déterminer certaines des obligations qui régissent les relations entre les hommes. Mais son domaine s'étend bien au delà. On distingue, en effet, plusieurs formes de morale. On cite, en premier lieu, la morale religieuse, qui concerne les devoirs de l'homme envers Dieu. Le droit pénal ne se confond pas avec elle ; il n'a pas pour but de réprimer l'inexécution des devoirs de l'homme envers la Divinité¹. Cette vérité, aujourd'hui incontestée, n'a pas toujours été admise. Ainsi, sous la Restauration, le législateur a institué des incriminations, celles du blasphème et du sacrilège, par lesquelles il prétendait sanctionner les obligations de l'homme envers Dieu. Aujourd'hui la répression de tels faits serait considérée comme une atteinte intolérable à un principe fondamental de notre droit public moderne : le principe de la liberté de conscience.

Le droit pénal ne se confond pas non plus avec la morale individuelle, qui détermine les devoirs de l'homme envers lui-même : c'est pour cela que la débauche ne constitue pas un délit². Elle n'est incriminée par nos lois que dans la mesure où elle détermine un trouble public. Et c'est pour la même raison que la tentative et la complicité de suicide ne sont pas punies par la loi française. Sur ce point encore, il faut noter qu'il existe des dispositions différentes dans certaines législations étrangères.

Enfin, le droit pénal ne se confond pas avec la morale sociale. La morale sociale détermine sans doute les devoirs qui sont à la charge de l'homme vis-à-vis de ses semblables ; mais ces obligations sont de deux sortes : d'une part, les devoirs de bienfaisance ou de charité, et, d'autre part, les devoirs de justice. Le droit pénal ne sanctionne en aucune façon les devoirs de bienfaisance ou de charité qui sont simplement, pour l'homme, des obligations morales. Les devoirs de justice que dicte la conscience ne sont pas tous sanctionnés par la loi pénale, mais seulement ceux dont la violation serait de nature à troubler profondément la société. Sinon, il s'en suivrait un excès d'incrimination, une intolérable immixtion dans la vie privée de chacun. Inversement, le droit pénal atteint des actes que la morale ne condamne pas, parce qu'ils enfreignent des règlements simplement destinés au maintien de l'ordre ; ce sont, notamment, les contraventions de simple police.

On a parfois présenté le droit pénal et la morale comme des cercles concentriques. Il est plus juste de les comparer à deux cercles qui se coupent, ayant une surface commune, mais aussi, chacun, une surface qui lui est propre.

4. Distinction du droit pénal et du droit civil. — Le droit pénal se distingue aussi du droit civil.

On dit parfois que le droit pénal a pour mission d'assurer la sanction des lois civiles ; cette assertion est inexacte ; le droit pénal lui-même crée

1. Le blasphème *public* est cependant puni par le Code pénal autrichien du 27 mai 1852 (§ 122) et le Code pénal allemand de 1871 (§ 166).

2. Il en est autrement dans certaines législations étrangères. C'est ainsi que l'inceste est puni par les Codes suédois du 18 février 1864 (ch. xviii §§ 1^{er} et suiv.) ; hongrois du 28 mai 1878 (art. 243 et 244) ; norvégien du 22 mai 1902 (§§ 207 et 208) ; italien du 19 octobre 1930 (art. 564) ; suisse de 1938, art. 213 ; cubain de 1938, art. 492 ; colombien de 1938, art. 357 ; l'homosexualité, par le Code pénal allemand de 1871, § 175.

ou définit des obligations, comme celle de respecter la vie, la santé de nos semblables ; il n'est pas uniquement un droit sanctionnateur.

D'autre part, le droit civil offre, lui-même, ce dernier caractère ; il est un droit sanctionnateur. Quant un débiteur refuse de s'exécuter, après avoir été condamné à des dommages-intérêts compensatoires ou moratoires, pour obtenir l'exécution de l'obligation nouvelle créée par le jugement, il existe des moyens de coercition, qui sont déterminés par la loi civile.

Enfin, pour les matières qui semblent leur être communes, notamment, en ce qui concerne la réparation des actes dommageables qui sont des délits civils et pénaux, voici quelle est la différence. Le droit civil, à l'égard de ces actes dommageables, s'occupe de réparer le préjudice individuel. Le droit pénal, lui, prend en considération le dommage collectif, social, causé par l'infraction. Le droit civil est une branche du droit privé. Le droit pénal est une branche du droit public.

5. Les rapports du droit pénal et du droit civil. — Les différences précédentes ne sauraient faire méconnaître les relations étroites qui unissent ces deux branches du droit. L'action civile, qui tend à la réparation du dommage privé causé par l'infraction, peut s'intenter devant la juridiction civile, distincte du tribunal répressif, qui est appelé à connaître de l'action pénale ou *publique*. Mais l'étude de la procédure criminelle montrera qu'à bien des égards on a dû créer entre ces deux actions une étroite solidarité. La victime joue un rôle important dans la mise en mouvement de l'action publique. Il y a une interpénétration constante du droit civil et du droit pénal.

6. Les rapports du droit pénal et de la morale. — Les rapports du droit pénal et de la morale sont également certains. Le caractère plus ou moins immoral de l'acte délictueux exerce une influence sur le quantum de la peine. Et on ne saurait nier que, dans un Etat, le système des incriminations est en rapport étroit avec l'état des mœurs. C'est ainsi que dans certains pays du Nord, où la morale sexuelle est plus strictement respectée, les incriminations sont, sur ce point, plus rigoureuses que dans d'autres pays.

GUIZOT, dans son *Histoire de la Civilisation en France*, t. II, p. 165, constate que les fondateurs de sociétés font de la législation une sorte d'enseignement et que les lois pénales primitives revêtent l'allure d'une prédication.

Naguère s'est formée, en Italie, une doctrine pénale dont le chef est un professeur de l'Université de Catane : M. Lanza, l'*humanisme*, qui tend à agrandir le rôle de la morale dans l'ensemble du droit criminel¹. Plus récemment encore, dans sa préface au projet national-socialiste de Code pénal allemand, le Dr Gurtner ministre de la Justice, insiste sur la liaison toujours plus intime qui doit s'instituer entre le droit pénal et la morale².

7. Les rapports du droit pénal et des autres sciences sociales. —

1. VINCENZO LANZA, *L'Ecole pénale humaniste* (*Revue internat. de Droit pénal*, 1925, p. 182).

2. GURTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1935, pp. 1 et suiv. ; cf. GURTNER, *Der Gedanke der Gerechtigkeit*, dans l'ouvrage intitulé *Das neue Strafrecht*, Berlin, 1936.

Le droit pénal a des rapports constants avec les autres sciences sociales, notamment avec les autres branches du droit public.

Le droit pénal a des rapports constants avec le droit constitutionnel. Les lois constitutionnelles françaises gouvernent l'institution de la Haute-Cour de justice qui, succédant, à cet égard, au Sénat, est investie d'une compétence *personnelle* à l'égard de certaines infractions imputables au Président de la République et aux ministres. De même, lorsqu'en 1901, on a reconnu la liberté d'association, on a supprimé l'article 291 du Code pénal qui réprimait, comme délit, toute association de plus de 20 personnes, formée sans autorisation.

L'instauration, en Russie, du régime soviétique a eu pour conséquence l'élaboration de deux Codes pénaux (1922 et 1926) dont les principes sont profondément différents de ceux des autres législations. Les changements de régime politique qui, à l'époque récente, se sont produits en Espagne, l'avènement, en Allemagne, du régime hitlérien, ont exercé leur influence immédiate sur le système répressif.

Le droit pénal a également des rapports fréquents avec le droit administratif. Ici apparaît l'idée, dont l'honneur revient à Enrico Ferri, chef de l'École positiviste italienne, que la lutte contre la criminalité, pour être efficace, doit être avant tout *préventive*. Dans cette lutte, le droit administratif joue un rôle très important, en réglementant, notamment, l'hygiène et l'assistance publiques.

8. Les sciences auxiliaires du droit pénal. — Mais c'est en dehors des sciences juridiques proprement dites, qu'il faut chercher les *sciences sociales auxiliaires du droit pénal*, celles dont la connaissance est le plus directement utile au criminaliste.

9. Les diverses branches de la criminologie. — Il faut citer tout d'abord l'*anthropologie criminelle*. Le début de cette science date du milieu du XIX^e siècle, mais elle a trouvé son plein développement dans la doctrine de Lombroso, à la fin du XIX^e siècle. Elle étudie les caractères anatomiques et physiologiques de l'homme criminel.

De l'anthropologie criminelle on ne doit pas séparer la *psychologie criminelle* qui analyse la mentalité.

Cette mentalité, envisagée du point de vue pathologique, est l'objet de la *médecine mentale ou psychiatrie*.

Ces trois sciences se proposent l'examen des causes du crime qui résident dans la personne du malfaiteur, ou, si l'on préfère, des facteurs individuels de la criminalité. Mais il y a aussi des facteurs sociaux, qui eux, sont l'objet de la *sociologie criminelle*. Cette dernière science s'applique à la détermination des causes du crime en tant qu'elles résident dans le milieu social.

Au même ordre d'idées appartient, enfin, la *statistique*. Chaque année est publié par le ministère de la Justice un *Compte général de l'Administration de la Justice criminelle* qui contient des indications précieuses concernant la nature et le nombre des infractions commises, le nombre des

délinquants, leur âge, leur sexe, leurs antécédents judiciaires, les peines encourues et les condamnations prononcées¹.

L'ensemble de ces sciences est désigné par le terme générique de *criminologie*. La criminologie est donc constituée par l'ensemble des sciences qui ont pour objet l'étude du crime en tant que phénomène individuel et social.

10. La criminalistique. — Mais l'objet du droit pénal ne se confond pas avec celui de la criminologie. L'objet du droit pénal n'est pas seulement de constater un état de fait douloureux et d'en déterminer les causes ; c'est aussi, et surtout, d'en rechercher les remèdes. Dans cette lutte contre la criminalité, le droit pénal a pour auxiliaires d'autres sciences.

C'est tout d'abord l'*anthropométrie criminelle*, fondée vers 1880 par un Français, le docteur Bertillon. Elle a pour objet d'assurer, par l'étude de certaines proportions, par l'observation des marques, cicatrices, et diverses particularités du corps, la constatation de l'identité des malfaiteurs.

De l'anthropométrie criminelle, il faut rapprocher la *médecine légale* qui s'attache aux indices du crime, tels qu'on peut les relever soit sur le théâtre du forfait, soit sur la personne de la victime, et en dégage des conclusions relatives aux circonstances de sa perpétration et à l'identité de son auteur.

Enfin, la *police scientifique* est l'étude des procédés qui assurent l'efficacité de la recherche et l'arrestation du délinquant.

On désigne ces trois sciences, anthropométrie criminelle, médecine légale et police scientifique, sous le terme général de *criminalistique*.

11. La politique criminelle. — Lorsqu'on les envisage avec le droit pénal, en tant que ces sciences ont, pour objet, de déterminer les moyens de lutte contre le crime, on a pris l'habitude de parler de *politique criminelle*. Tandis que la criminologie est une science qui étudie les phénomènes sociaux d'un point de vue désintéressé, et en détermine les causes, la politique criminelle est un art, qui a pour objet la découverte des procédés de lutte efficace contre le crime².

12. Intérêts divers qu'offre l'étude du droit pénal. — L'étude du droit criminel offre un intérêt incontestable au point de vue historique. Dans le développement de chaque peuple, les lois les plus anciennes, peut être, ont été des lois pénales. C'est par la menace de la peine qu'à l'origine de la civilisation l'État affirme son autorité. Le droit pénal est ainsi le reflet de l'état moral et social d'une nation aux étapes successives de son développement. On a soutenu qu'avec le progrès de la civilisation, la sanction criminelle cédait le pas à la sanction civile. L'histoire du droit pénal, a-t-on dit, est celle d'une continuelle abolition. Les événements actuels montrent que cette assertion est contraire à la vérité. Il est incontestable

1. *Comptes généraux d'administration de la justice criminelle*, de 1825 jusqu'à 1940, 86 vol. Imprimerie nationale.

2. Le terme apparaît vers 1800. Le premier représentant de cette science est l'Allemand Feuerbach, qui l'étudie sur la base du droit comparé, dans son *Lehrbuch* (2^e éd., 1903). Cf. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. I^{er} (1925), pp. 534 et suiv.

que dans les périodes troublées, les incriminations nouvelles se multiplient et cela même dans les sociétés où la culture scientifique est raffinée. Il suffit de citer les délits récents d'abandon de famille, d'embarquement clandestin à bord d'un navire de commerce, de spéculation illicite, etc... d'énumérer les sanctions pénales, toujours plus fréquentes, dont s'accompagnent les lois sociales », les lois fiscales... L'une des premières préoccupations des gouvernements à tendance autoritaire qui se sont institués dans plusieurs pays d'Europe a concerné l'instauration d'un droit pénal nouveau.

Le droit pénal présente d'ailleurs cet attrait supplémentaire qu'au lieu de mettre en présence de froides abstractions, il intéresse au premier chef la nature profonde de l'homme. Un procès civil peut se développer et se résoudre au moyen d'arguments purement logiques, sans que le juge ait connaissance de la personne du plaideur. En droit pénal, il en est tout autrement. Il a toujours été reconnu, et il est nettement affirmé aujourd'hui, que le procès criminel ne peut arriver à une solution satisfaisante si le juge ne pénètre pas la personnalité du délinquant. Le criminel, a dit un grand sociologue et pénaliste contemporain, Enrico Ferri, est le « protagoniste de la justice pénale ¹ ». Le délit est intéressant, surtout, comme symptôme d'une personnalité dangereuse pour l'ordre social.

Enfin, du point de vue pratique et si l'on considère la gravité des intérêts en cause, le droit pénal est la plus importante des branches du droit. Un procès civil ne concerne le plus souvent que des intérêts d'ordre pécuniaire. Dans le procès criminel, au contraire, c'est la liberté, la vie, l'honneur de l'homme qui sont en jeu.

13. Plan de l'ouvrage — Il convient, ces indications très générales étant données, de jeter un rapide coup d'œil sur les matières qui feront l'objet de cet ouvrage.

Même en étudiant le droit pénal dans son sens étroit, c'est-à-dire en envisageant séparément des sciences auxiliaires dont il a été précédemment question, il sera impossible d'en parcourir tous les chapitres. On devra négliger le *droit pénal* qui considère les infractions isolément, définit les éléments constitutifs de chacune d'elles, et la peine encourue par son auteur.

Du moins, les règles concernant ces infractions spéciales seront citées, le plus souvent possible, à titre d'exemples, et d'illustrations des principes généraux.

Ces matières étant mises à part, l'ouvrage comprend trois parties :

PREMIÈRE PARTIE. — *Etude du droit pénal* dans le sens le plus étroit du mot, c'est-à-dire à l'exclusion de la procédure. Pratiquement, les deux termes : *droit pénal* et *droit criminel* sont couramment employés comme synonymes. Pour les différencier, on peut dire que le droit criminel a pour objet la détermination des infractions et de leurs caractères généraux, tandis que le droit pénal s'occupe de la sanction qui sera infligée à leur auteur.

Dans ce domaine, plusieurs questions seront à examiner : 1° comment

1. FERRI, *La Justice pénale* (*Revue internat. de Droit pénal*, 1924, pp. 80 et suiv.).

se caractérisent les infractions à la loi pénale, quels sont les traits distinctifs des délits ? 2° Comment se détermine la responsabilité de leur auteur ? 3° A quelles règles obéit la détermination de la peine ? — C'est là la partie la plus intéressante et la plus vivante de notre science.

DEUXIÈME PARTIE. — *Etude de la procédure criminelle.*

Tandis que les lois pénales déterminent les infractions et fixent les peines, les lois de procédure criminelle règlent les juridictions compétentes, la procédure à suivre devant elles, et la manière dont doivent se rendre les jugements. Les formalités qu'elles imposent sont la meilleure sauvegarde du droit individuel ; elles protègent l'innocence. Si le Code pénal est le code des malfaiteurs, a-t-on dit, le Code d'instruction criminelle est celui des honnêtes gens. Ce caractère est souligné par les lois du 8 décembre 1897, du 7 février 1933, du 25 mars 1935 sur « les garanties de la liberté individuelle » qui ont modifié profondément tout le régime de « l'instruction préparatoire ».

TROISIÈME PARTIE. — *Etude du champ d'application des lois pénales et des lois de procédure, dans le temps et dans l'espace.*

1. Quel est le domaine des lois pénales dans le temps ? Quand une loi nouvelle est promulguée, est-elle l'objet d'une application immédiate, de telle sorte qu'elle régit les faits commis avant sa promulgation ? On sait qu'en droit civil le principe est la non-rétroactivité des lois. Il conviendra d'envisager son extension au droit pénal.

2. La loi pénale française, la compétence des juridictions françaises gouvernent tous les faits commis sur le territoire de la France. Dans quelle mesure régissent-elles, également, les actes délictueux qui seraient commis à l'étranger ? Ces questions sont l'objet du *droit pénal international*. Il ne faut pas le confondre avec le *droit pénal comparé*, qui, lui, s'occupe de rapprocher les solutions des différentes législations. Et il ne faut pas le confondre non plus avec le *droit pénal interétatique*, science d'invention nouvelle, apparentée au droit international public, qui prétend assortir de sanctions pénales les obligations réciproques des États¹. Le droit pénal international détermine, dans les rapports d'un Etat avec ses sujets, et les sujets d'autres Etats, l'étendue de sa compétence judiciaire et législative, en matière répressive. Son intérêt va grandissant au fur et à mesure que le perfectionnement des moyens de communication offre à la criminalité des facilités nouvelles. Il faut que la police et, d'une façon plus générale, l'organisation répressive s'inspirent de ces progrès pour rendre plus active et plus efficace la recherche des malfaiteurs internationaux. Cette dernière partie de l'ouvrage est d'une particulière actualité.

1. PELLA, *La Criminalité collective des Etats et le Droit pénal de l'Avenir*, 2^e éd., 1926 ; *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Genève, 1946.

14. Bibliographie

Quant à la bibliographie du droit criminel, on peut établir les distinctions suivantes :

I. Ouvrages très élémentaires

Précis de Droit criminel, de M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur à la Faculté de droit de Paris, nouveau tirage, 1946, Dalloz.

Traité élémentaire de Droit pénal, de M. J.-A. ROUX, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg, 2^e éd., Sirey, 1927.

Traité élémentaire de Droit criminel, de M. DEOOIS, professeur à la Faculté de droit de Caen, 2^e éd., 1922.

Précis élémentaire de Droit pénal, de MM. P. GARBAUD et LABORDE-LACOSTE, professeurs aux Facultés de droit de Lyon et de Bordeaux, 3^e éd., 1937.

On trouvera l'exposé des idées essentielles qui inspirent notre enseignement dans l'opuscule intitulé : *La Justice pénale d'aujourd'hui*, par M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur à la Faculté de droit de Paris, Paris, Armand Colin, 2^e édition, 1941.

II. Manuels

Cours élémentaire de Droit criminel, par TRÉBUTIEN, 2^e éd. revue par LAISNÉ-DESHAYES et GUILLOUARD, 2 vol., 1878-1883.

Éléments de Droit pénal, par ORTOUAN, 5^e éd. revue par DESJARDINS, 2 vol., 1885.

Traité élémentaire de Droit criminel, par LAINÉ, fascic. 1 et 2, 1879-1881.

Précis d'un Cours de Droit criminel, par M. E. VILLEY, doyen de la Faculté de droit de Caen, 6^e éd., Paris, Larose et Pedone, 1906.

Précis de Droit pénal français, par A. LABORDE, 3^e éd., Montpellier, 1911.

Cours de Droit criminel français, 2 vol., par J.-A. ROUX, 2^e éd., 1927.

Précis de Droit criminel, de MM. R. et P. GARBAUD, professeurs à la Faculté de Droit de Lyon, 15^e éd., Paris, Sirey, 1934.

Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire, de MM. VIDAL et MAONOT, professeurs à la Faculté de droit de Toulouse, 8^e éd., Paris, Rousseau, 1935.

III. Ouvrages approfondis consacrés au droit pénal.

Études pratiques sur le Code pénal, par BLANCHE, 2^e éd. annotée par G. DUTRUC, 7 vol., 1888-1891.

Théorie du Code pénal, par CHAUVÉAU et HÉLIE, 6^e éd. annotée par VILLEY, 7 vol., 1888.

Leçons de Droit Criminel, par BOITARD, 3^e éd., revue par VILLEY, 1890-1896.

Traité théorique et pratique de Droit pénal, de MM. R. et P. GARBAUD, 3^e éd., 6 vol., Paris, Sirey, 1924-1935.

Code pénal annoté, de M. E. GARÇON, Paris, Sirey, 1901-1906, complété récemment, quant à la partie relative aux contraventions, par son fils, M^e Maurice GARÇON.

Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, par FAUSTIN-HÉLIE et DEPEIGES, conseillers à la Cour de cassation, t. II, Code pénal, Paris, 1928.

IV. Ouvrages approfondis consacrés à la science pénitentiaire

Traité de Science et Législation pénitentiaires, par M. CUCHE, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, Paris, 1905.

Les Prisons et les institutions d'éducation corrective, 3^e éd., Paris, 1939, par M. A. MOSSÉ inspecteur général des services administratifs.

Précis de science pénitentiaire, par Jean PINATEL, inspecteur des Services administratifs, Melun 1945.

V. Ouvrages approfondis consacrés à la procédure criminelle

Traité de l'Instruction criminelle, par FAUSTIN-HÉLIE, 2^e éd., Paris, 1866-1867, 8 vol.
Traité théorique et pratique de Procédure criminelle, de MM. R. et P. GARBAUD, 6 vol., Paris, Sirey, 1907-1929.

Code d'Instruction criminelle annoté, par G. LE POITVIN, Paris, 1911-1915.

Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, par FAUSTIN-HÉLIE et DEPEIGES, t. I, 1928.

VI. Périodiques

- Revue de Science pénitentiaire et Bulletin de la Société générale des Prisons* (fondé en 1877).
- Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* (fondée en 1935), publiée sous les auspices de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris (Sirey).
- Annales de Médecine légale, de Criminologie et de Police scientifique*, organe de la Société de médecine légale en France.
- Revue de la Gendarmerie* (fondée en 1927, Lavauzelle).
Ont cessé de paraître :
- Le Journal du Ministère public et du Droit criminel*, fondé en 1890.
- Le Journal des Parquets*, fondé en 1856.
- Les Etudes criminologiques*, Bulletin de l'Association des élèves et anciens élèves de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris (1926-1930).
- On ne saurait négliger les documents et commentaires publiés par les Recueils de Jurisprudence, tels que le *Dalloz*, *Recueil périodique (D. P.)* et *Dalloz hebdomadaire (D. H.)*; depuis 1941 : *Recueil critique* (mensuel), (D. C.) et *Recueil analytique* (hebdomadaire), (D. A.), enfin depuis 1945, *Recueil Dalloz, analytique et critique* (hebdomadaire) le *Sirey (S.)*, le *Bulletin des Arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation* (depuis 1798) (*B. crim.*), la *Revue critique*, etc.

VII. Bibliographie étrangère

Allemagne :

- VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (25^e éd., par Schmidt, 1927, t. I de la 26^e éd., 1932), traduit en français sur la 17^e éd. allemande, 1912, par LOBSTEIN.
- VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 2 vol., 1925 et 1930.
- MEZGER, *Deutsches Strafrecht : ein Grundriss*, 3^e éd. Berlin, 1943.
- Périodiques :
- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fondée par von LISZT, dirigée par MM. Kohlrausch et Gleispach.
- Der Gerichtssaal*, dirigé par MM. Otter, Schoetensack et Nagler.

Angleterre :

- KENNY, *Esquisse du Droit criminel anglais*, 1921.
- William TALLACK, *Penological and Preventive Principles*, London, 1896.
- RUSSELL, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 3 vol., 8^e éd., 1923.
- STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law*, 7^e éd., 1926.

Argentine (République) :

- Revista de Psiquiatria y Criminología*, publiée à Buenos-Ayres, par Osvaldo Loudat.
- Anales de la Sociedad argentina de Criminología*.

Autriche :

- LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*, 5^e éd., 1926.
- ALTMANN-JACOB, *Kommentar zum österreichischen Strafrecht*, 2 vol., 1927-1930.

Belgique :

- PRINS, *Science pénale et Droit positif*, Bruxelles, 1889.
- NYPELS-et SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, 4 vol., 1896-1899.
- BRAAS, *Précis de Droit pénal*, 1936 ; *Traité élémentaire de l'Instruction criminelle*, 1925.
- GÖDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, 1928.
- G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, 2, vol. 3^e éd., Bruxelles 1942.
- LES NOUVELLES, *corpus juris belgici, procédure pénale*, t. I et II, publiés sous la direction de S. SASSERATH, avec une Introduction de L. CORNIL.
- Revue de Droit pénal et de Criminologie*, fondée en 1920 par de Ryckère et Jaspar, dirigée par S. Sasserath.

Brésil :

Arquivos de Medicina legal e Identificação, dirigées à Rio-de-Janeiro par MM. Ribeiro et Salles.

Espagne :

CUELLO CALON, *Derecho penal*, 1935.

JIMENEZ DE ASUA, *Obras, Manual de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1934.

SALDANA, *Biología criminal*, 1935 ; *La Criminologie nouvelle*, Paris, Presses universitaires.

Grèce :

HEMPOPOULOS, *Manuel*, partie générale, 3^e éd., 1923 (en grec).

Italie :

FERRI, *Principi di Diritto criminale*, 1928.

GRISPIGNI, *Corso di Diritto penale, secondo il nuovo Codice*, 1932, *Introduzione*.

MAGGIORE, *Principi di Diritto penale*, 2 vol., 1932-1934.

MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano secondo il Codice del 1930*, t. 1 à IX, Turin, 1933.

HATTAGLINI, *Diritto penale, Teoria generale*, Bologna, 1937.

Très nombreux et remarquables périodiques, notamment :

La *Giustizia penale* (Escobedo) ; la *Rivista di Diritto penitenziario* (Novelli) ; la *Rivista italiana di Diritto penale* ; la *Scuola positiva* (Floriano) ; *Il Pensiero giuridico-penale* (G. Penso), etc.

Mexique :

KAUL CARRANCA Y TRUJILLO, *Derecho penal mexicano*, 1937.

Pologne :

Revue pénitentiaire, dirigée par Newmark.

Revue polonaise de Législation civile et criminelle.

Roumanie :

Revista penala, publiée par le Centre d'études pénales de Bucarest.

Revue internationale de doctrine et de législation pénale comparée, dirigée par Moruzi (depuis 1938).

Forme (Revue de procédure criminelle fondée en 1939).

Suisse :

STOOS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengesetzt* (1890) ;
- *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, 2 vol., 1892-1893.

PFENNINGER, *Das Strafrecht der Schweiz*, 1900.

HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, partie générale, 1926, partie spéciale, 1937.

LOWOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*. Partie générale (art. 1 à 110). Neuchâtel, 1941.

Tchécoslovaquie :

J. KALLAB, *La Vie juridique des Peuples*, t. II, pp. 171 et suiv. On consultera aussi l'*Exposé des Motifs de l'Avant-Projet tchécoslovaque*, publié à Prague, en 1927.

Union des Républiques Socialistes Soviétiques :

Traité de droit pénal, publié sous la direction de I.T. GOLIAROV, (3^e éd., Moscou, 1943).

Yougoslavie :

Th. GIVANOVITCH, *Les Problèmes fondamentaux du Droit criminel*, Paris, 1929.

VIII. Droit pénal comparé

- Le Droit pénal des Etats européens*, par VON LISZT.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, t. I, à VI (1908). Besonderer Teil, t. I à IX (1905-1907).
- Esquisse du Droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'Etranger*, par VAN SWINDEREN, 13 vol., 1896-1922.
- La Vie juridique des Peuples*, publiée sous la direction de MM. Lévy-Ullmann et Mirkine-Guetzévitch. *Les Infractions pénales* : Belgique, par SERVAIS ; Tchécoslovaquie, J. KALLAB ; France, H. DONNEDIEU DE VABRES ; Roumanie, V. V. PELLA ; Espagne, J. DE ASUA ; Suisse, P. LOGOZ ; Turquie, CENDRET FEIT HASMAN, 1931-1939.
- Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal*.
Revue internationale de Droit pénal, organe de l'Association internationale de droit pénal.

IX. Droit pénal international

- Le Droit pénal international et sa Mise en Œuvre en Temps de Paix et en Temps de Guerre*, par M. TRAVERS, 5 vol., 1920-1921.
- Introduction à l'Etude du Droit pénal international*, par H. DONNEDIEU DE VABRES, Paris, Sirey, 1922.
- Les Principes modernes du Droit pénal international*, par H. DONNEDIEU DE VABRES, Paris, Sirey, 1926.

PREMIÈRE PARTIE
LE DROIT PÉNAL

INTRODUCTION

HISTORIQUE ET PHILOSOPHIQUE

DU FONDEMENT DE LA PEINE

15. Recherche du but de la peine. — Avant d'aborder l'étude du droit criminel proprement dit, il convient d'examiner une question préalable, celle du *but de la peine*. Il faut se demander, puisqu'on punit, *pourquoi* on punit ? Il semble que nos explications précédentes apportent la réponse à cette question. On punit pour défendre la société. La protection de l'intérêt social, tel est, semble-t-il, le fondement de la peine.

Cette réponse n'est pas inexacte, mais elle est insuffisante : si la défense de l'intérêt social est le fondement de la peine, elle n'en est pas le seul fondement. Comme l'a montré notamment Durkheim, dans son ouvrage classique sur *La Division du Travail*, la réaction pénale n'est pas purement utilitaire ; elle est, en même temps, et peut-être plus encore, sentimentale¹.

Soit, par exemple, le parricide. Les considérations d'utilité ne suffisent pas à justifier le traitement sévère dont ce crime, que la loi punit de mort, est l'objet. Le parricide n'est pas, au point de vue social, un acte plus redoutable que le meurtre, que la loi frappe seulement des travaux forcés. Il présente à un degré moins élevé le danger de contagion, parce qu'il révolte un sentiment ancré au cœur de l'homme. Le supplément de rigueur qui l'atteint s'explique par des raisons d'ordre *moral*.

16. Distinction du but final et des buts immédiats de la peine. — D'autre part, si l'intérêt social est le but de la peine, il n'en est que le but *final* : il faut savoir par quels procédés ce but sera atteint. Sera-ce par la menace d'une peine terrible, dont la pensée impressionnera ceux qui seraient tentés de commettre l'acte délictueux ? Sera-ce par un traitement adapté à la nature du délinquant et propre à l'amender, ou enfin, si on se trouve en présence d'un inamendable, devra-t-on l'éliminer de la société ? *Intimidation collective ; amendement du coupable, et élimination du milieu social*, tels sont les trois buts immédiats de la peine, qu'il faut opposer à son but plus lointain : la protection de l'intérêt social.

1. DURKHEIM, *De la Division du Travail social*, 5^e éd. 1925.

17. Le développement historique. — Il est donc impossible de ramener à un seul terme la fonction de la peine. Ses fonctions sont multiples ; il semble qu'elles ont été aperçues aux époques les plus anciennes, mais que leur importance relative a varié avec le temps. La réponse à cette question générale : quel est le but principal de la peine ? ne peut se fonder que sur l'expérience. Cette introduction philosophique doit être, en même temps, une introduction historique.

En cette matière, plusieurs périodes sont à distinguer :

1° La période ancienne, depuis l'antiquité jusqu'à la Révolution française ;

2° La période de la Révolution et de l'Empire, qui est marquée par la promulgation des grands codes : Code pénal et Code d'instruction criminelle ;

3° La période contemporaine.

§ 1. — Période ancienne

18. Les principes directeurs de la répression dans l'antiquité. — Quelles sont, dans l'antiquité et sous l'Ancien Régime, les idées maîtresses qui ont déterminé la répression ? Comment le mouvement législatif, doctrinal et jurisprudentiel s'en est-il inspiré ?

19. Du rôle de la vengeance à l'origine de la répression. — On a souvent dit que la *vengeance* est à l'origine de la répression. Cette affirmation repose peut-être moins sur des constatations historiques que sur une observation psychologique. Quand il apprend qu'un crime vient d'être commis, en particulier si ce crime a atteint une personne à laquelle il est attaché, le premier sentiment qui se présente au cœur de l'homme est un sentiment d'irritation.

Cette affirmation n'est pas fausse, mais elle demande à n'être accueillie que sous le bénéfice des observations suivantes :

C'est, d'abord, que dans les civilisations les plus anciennes, et où s'est exercé, dans la mesure la plus large, l'esprit de vengeance, d'autres idées se sont également manifestées à la base du droit pénal.

Dans la civilisation antique des Indes, ou de l'Égypte, la répression est exercée par l'autorité sociale, généralement sous l'inspiration d'idées religieuses¹.

C'est, ensuite, que, dans le cadre des sociétés les plus rudimentaires, par exemple parmi les peuplades barbares de la Grèce antique, il existait une autorité organisée au sein de la famille ; c'était l'autorité du père. Le fils irrespectueux, la femme adultère étaient jugés par le père de famille, frappés par lui de mort ou d'expulsion ; châtement à l'exécution duquel s'associaient parfois tous les membres de la famille. La vengeance est exclue du sein de la famille par l'exercice de l'autorité paternelle².

1. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Étude du Droit pénal international*, pp. 9 et suiv.

2. GLOTZ, *La Solidarité de la Famille dans le Droit criminel en Grèce*. FONTEMOING, 1904, pp. 19 et suiv. La *θέμις* est distinguée de la *δίκη*.

20. L'exercice de la vengeance dans les rapports entre les groupes sociaux. — Elle sévit, au contraire, dans les rapports entre tribus voisines, qui ne sont pas soumises à une autorité commune. Quand une bande de pillards vient razzier les troupeaux d'une tribu, celle-ci ne peut que courir après les voleurs, leur livrer bataille, et porter la désolation dans le camp ennemi. La vengeance est collective, comme, à cette époque, la propriété est collective. Ces petites guerres entre des groupes restreints se terminent, soit par l'extermination du groupe vaincu, soit par un traité de paix ayant pour objet la fixation d'une indemnité qu'on appelle « *νομή* ». On retrouve dans ce mot l'origine de notre expression : peine.

Ces pratiques prendront fin lorsqu'une œuvre d'unification se sera réalisée, quand les tribus seront devenues, en s'agglomérant de gré ou de force, des cités, puis des Etats, lorsqu'un pouvoir central muni d'une autorité suffisante pour organiser la répression sera constitué. Mais la notion de vengeance ne s'effacera pas. A la vengeance individuelle succédera la vengeance religieuse, plus tard, la vindicte sociale¹.

21. Le pouvoir de l'Etat et son influence sur l'exercice de la vengeance. — Quand l'Etat s'est créé, il n'a pas affirmé son autorité en abolissant tout d'un coup l'exercice du droit de vengeance. Il est venu le canaliser, le modérer progressivement.

22. La loi du talion. — L'Etat lui a tout d'abord imposé une limite, par la fameuse loi du talion qu'on rencontre dans la loi d'Hammourabi (Chaldée), dans la législation mosaïque : « œil pour œil, dent pour dent »², et, à l'origine du droit romain, dans la loi des XII Tables. Pour nous, modernes, il semble que ce soit une loi barbare ; mais si l'on prend en considération l'état de choses antérieur, c'est-à-dire l'exercice illimité de la vengeance, la loi du talion représente un terrain gagné sur la barbarie.

L'Etat a, en second lieu, affirmé son autorité en imposant comme sanction, à l'issue du litige, l'*abandon noxal* ; c'est-à-dire la remise par la tribu coupable à la tribu opprimée de la personne même de l'agresseur. Cet abandon noxal existait dans le droit pénal grec, avant de s'introduire à Rome. Il marque bien la transition de la responsabilité collective de la famille à la responsabilité individuelle du coupable.

23. Le régime des compositions, volontaires, puis légales. — Enfin et surtout, l'Etat est venu limiter l'exercice de la vengeance par le régime des *compositions*. Le pouvoir social invite les parties en litige à s'entendre, au lieu de se battre, et à convenir d'une indemnité qui sera la réparation du dommage causé par l'agresseur. La composition, d'abord *volontaire*, c'est-à-dire déterminée librement quant à son taux par les parties, est devenue plus tard légale ; elle est devenue l'objet d'un tarif légal. On trouve des tarifs de ce genre dans la loi des XII Tables — et dans la loi des Francs saliens. Comme, à cette époque, la vie humaine n'a pas toujours le même prix, c'est *tant* pour le meurtre d'un Gallo-romain, et

1. On consultera avec fruit, sur cette évolution, l'opuscule de M. E. GARCON, *Le Droit pénal, Origines, Evolution, Etat actuel*, Paris, Payot, 1922.

2. *Exode*, chap. XXI, 24 ; *Lévitique*, chap. XXIV, 20.

tant pour celui d'un Franc salien, *tant* pour le meurtre d'un homme libre, et *tant* pour le meurtre d'un esclave¹.

Enfin, l'Etat exige qu'à côté de cette composition, de cette indemnité due à la personne privée, victime du délit, il lui soit payé à lui-même une somme pour prix de son intervention, qu'on appelle *le fredum*. Cette taxe se rencontre en droit germanique, et dans les lois barbares de la période franque².

24. L'institution des délits publics. — Cette évolution sera parvenue à son terme le jour où l'Etat aura institué des *délits publics*, c'est-à-dire aura prévu un certain nombre d'actes lésant un intérêt social, et se sera réservé le droit de les distinguer et de les punir. C'est ainsi qu'en Grèce, à l'époque de Solon, le vol est devenu un délit public ; c'est l'Etat, et l'Etat seul, qui intervient pour la répression des atteintes portées à la propriété, tandis que le meurtre est un délit privé, dont la poursuite est réservée aux parents de la victime³. Au contraire, à Rome, au temps de la loi des XII Tables, le meurtre est un délit public.

A Rome, le nombre des délits publics s'est accru avec l'institution des *questiones perpetuæ* à la fin de la République et au début de l'Empire⁴. Dans la loi salique, on trouve des crimes qui sont punis comme des délits publics : tels sont le parricide et l'infanticide, punis de mort.

Quand l'Etat a substitué son intervention à celle de la partie lésée, sur quelle idée philosophique cette intervention s'est-elle fondée ?

25. Influence des idées religieuses sur l'exercice de la répression par l'Etat. — Il semble que ce fut d'abord une conception religieuse. Depuis le livre fameux de Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, il est admis que c'est un ensemble d'idées religieuses communes qui fait la cohésion des cités antiques, et qui rend compte de leurs institutions, en particulier de leurs institutions répressives.

On se tromperait fort si l'on faisait dater du christianisme seulement l'apparition du point de vue religieux à la base de la répression. Bien caractéristiques sont les sacrifices expiatoires qui, pendant des siècles, ont été mis à la charge de la *gens Horatia*. On sait comment, à l'issue de sa lutte victorieuse contre les trois Curiaces, Horace tua sa sœur Camille pour la punir de son esprit défaitiste. Le vieil Horace plaïda pour son fils, et obtint gain de cause, nous dit Tite-Live, plus parce qu'on admira le courage d'Horace que parce qu'on reconnut son bon droit. Il fut donc acquitté, mais, la divinité

1. Olivier MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, 2^e éd., 1934, n° 11, p. 44 ; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, 1939, p. 67.

2. Sous le régime féodal, le droit pénal revêt un caractère plus marqué encore de fiscalité. Les justices du moyen âge ont souvent transformé les compositions en amendes et confiscations au profit des seigneurs justiciers ; ces droits féodaux ont subsisté jusqu'à la Révolution (GARÇON *op. cit.*, p. 62).

3. Même après Solon, au temps encore de Démosthène, les transactions sur le prix du sang étaient en usage, et le meurtrier échappait à tout autre châtement en indemnifiant la famille de celui auquel il avait donné la mort (GARÇON, *Le droit pénal*, p. 51).

4. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, traduit en français par Duquesne ; manuels de droit romain de GIRARD, CUG, etc. Chacune des *leges judiciorum publicorum* prévoit une catégorie de crimes particuliers : telles, les lois *Julia majestatis*, *Julia de adulteriis*, *Pompeia de parricidiis*, *Julia peculatus*, *Cornelia de testamentis*, *Julia de Vi privata*, *Julia de Vi publica*, *Julia repetundarum*...

ayant été offensée par le meurtre de Camille, des sacrifices expiatoires furent mis, pendant des siècles, à la charge de ses descendants¹. Bien avant le christianisme, on trouve à la base de la répression l'idée religieuse d'une satisfaction due à la divinité offensée par le crime.

26. Influence du christianisme ; les notions d'expiation et d'amendement. — Mais, avec le christianisme, une idée morale est venue s'associer à cette conception religieuse. L'idée morale était apparue, elle aussi, avant le christianisme ; on la voit en effet développée dans les ouvrages de Platon² ; mais elle était propre aux philosophes. C'est en associant deux idées antérieures à lui, mais jusque-là distinctes, que le christianisme a introduit dans le droit pénal la notion d'expiation. Elle anima la justice ecclésiastique du moyen âge. La compétence pénale des *officialités* s'exerce alors, non seulement à l'égard des délits purement religieux, comme le sacrilège, le blasphème, l'hérésie, la magie ou la sorcellerie, mais d'infractions qui troublent l'ordre social, telles que l'adultère.

Sous l'influence de l'esprit de charité, qui anime le christianisme, l'idée de conversion, d'amendement, vint peu à peu s'associer à l'idée d'expiation. Elle explique la douceur relative des peines infligées par l'Eglise. « L'Eglise, dit un ancien dicton, a horreur du sang : *abhorret a sanguine* »³. Elle explique la part assez large qui fut faite au moyen âge à la peine de l'emprisonnement individuel, cellulaire, subi sous la forme d'internement dans un monastère. On considérait qu'il fallait isoler le coupable, pour l'amener à réfléchir et à se repentir.

27. Les temps modernes : la prépondérance du pouvoir royal et ses conséquences. — Un jour vint. — et ceci se rattache à la lutte séculaire du pouvoir laïque avec le pouvoir religieux, — où la compétence des tribunaux ecclésiastiques fut battue en brèche. Elle se restreignit, comme celle des juridictions municipales et féodales, au profit des juridictions royales, des prévôtés, des tribunaux de bailliage et des chambres criminelles, des Parlements. C'est alors que se développe, au nom du pouvoir royal, une justice pénale nouvelle, dont les caractères résultent d'un développement doctrinal, législatif et jurisprudentiel.

28. — Le mouvement doctrinal à partir du XVI^e siècle. — En Italie, aux xv^e et xvi^e siècles, a pris naissance une doctrine de droit pénal. Elle fondait son autorité sur la tradition et les textes des Pandectes romaines. Parmi les criminalistes de cette époque, il faut citer au xv^e siècle Hippolyte de Marsigli, auteur d'une *Pratique des Sciences criminelles (Practica rerum criminalium)* ; Julius Clarus, auteur, au xvi^e siècle, de sept livres de *Préceptes (Septem libri sententiarum receptorum)* ; Farinacius, auteur d'une *Pratique criminelle (Concilia, practica et theoria criminalis)*, mort en 1613. Ces auteurs sont remarquables par la subtilité de leurs discussions et la rigueur des châtiments qu'ils préconisent. En Autriche, men-

1. TITE LIVE 1, 26, 13 : *Piacularibus sacrificiis factis, quæ deinde genti Horatiae traucta sunt.*

2. JODELET, *La conception de la peine chez Platon*, thèse, Paris, 1926.

3. Ces doctrines ont trouvé leur expression dans le monitum du Concile de Trente, que le canon 2214 du nouveau *Codex juris canonici* a littéralement transcrit et conservé. GARÇON, op. cit., p. 63.

tionnons Schwarzenberg, inspirateur de la Caroline, la fameuse Constitution de Charles-Quint (1532), qui devait être, avec le droit romain, la base du droit commun des Etats allemands ; en Allemagne, Carpzov (†1666), dont la *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* eut dans toute l'Europe un grand succès, et fraya également la voie aux législateurs germaniques ; aux Pays-Bas, Damhouder, auteur d'une *Pratique criminelle* (*Practica rerum criminalium*) (1554) ; en Espagne, Covarruvias, qui était, au xvi^e siècle, professeur de droit canon à Salamanque.

Notre littérature pénale de cette époque est très pauvre. On ne trouve guère que quelques passages relatifs au droit criminel chez certains commentateurs des coutumes. Citons, au xiii^e siècle : Beaumanoir, avec ses *Coutumes de Beauvoisis* et Boutellier, avec sa *Somme rurale*. Aux xvi^e et xvii^e siècles, Pierre Ayrault et Domat se sont occupés surtout de procédure criminelle. Mais on rencontre au xviii^e siècle trois grands noms, ceux de Jousse¹, de Rousseau de la Combe² et de Muyart de Vouglans³. Ces criminalistes sont des théoriciens du droit pénal de l'Ancien Régime ; ils n'ont pas beaucoup d'originalité, mais ils nous font bien connaître la pratique criminelle de leur temps.

Les écrits sont dominés par la conception qui met à la base du droit pénal l'idée de vengeance sociale. « La vengeance, dit Argou dans un de ses ouvrages⁴, est défendue aux hommes, il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers ».

29. Le mouvement législatif : la grande Ordonnance criminelle.

— L'effort législatif de l'Ancien Régime s'est porté sur la procédure criminelle ; il suffit de citer la Grande Ordonnance ou *Code criminel* de 1670. On ne rencontre de dispositions pénales qu'à titre fragmentaire, dans les édits royaux. Ainsi le duel, l'empoisonnement, le péculat, le faux témoignage, l'occultation de grossesse sont l'objet de prévisions légales. C'est ce qui explique le rôle capital joué à cette époque par la pratique, c'est-à-dire par la jurisprudence des parlements.

30. Le mouvement jurisprudentiel : les Inculpations.

— Cette jurisprudence s'est établie sous la triple influence de la doctrine, de la législation et aussi du droit canonique, qui attache à la répression un sens moral et religieux. Cette diversité de sources explique la variété des incriminations.

On distingue alors :

a) Les crimes de *lèse-majesté divine*, au premier rang desquels figurent le blasphème, le sacrilège ; puis, l'hérésie, l'apostasie, le schisme, crime des protestants ; enfin l'athéisme, le déisme, le théisme, le polythéisme, le tolérantisme... Ces derniers crimes sont punis, par une Ordonnance de 1757, de la mort, des galères et de la confiscation ;

1. *Traité de la Justice criminelle*, Paris, 1771, 4 vol. in-4°.

2. *Traité des Matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670*, 7^e éd., Paris, 1788.

3. *Institutes au Droit criminel, avec un Traité particulier des Crimes*, Paris, 1767. *Les Lois criminelles de la France dans leur Ordre naturel*.

4. *Institutes coutumières, Des crimes*, liv. III, chap. xxxviii.

b) Les crimes de *lèse-majesté humaine*, qui sont considérés, à la fin de l'Ancien Régime, comme aussi atroces : au premier rang, le *régicide* ; au deuxième chef, la *concussion* et le *péculat* ;

c) Les crimes contre les personnes, homicide, violence, attentats aux mœurs, dans la répression desquels se manifeste l'influence du droit romain, interprété par la doctrine.

31. Les caractères des peines. — Les peines sont *arbitraires*, c'est-à-dire qu'elles sont fixées librement par le juge, qui dispose à cet effet d'un pouvoir très étendu. La sanction de certains délits est, comme on l'a vu, déterminée par des textes. Il est vrai encore que le juge ne peut inventer des supplices, infliger des sortes de peines « qui ne sont pas en usage dans le royaume » (Jousse)¹. Mais il a la faculté de les cumuler, de les aggraver, en tenant compte de telle ou telle circonstance de fait qu'il lui plaît d'envisager.

Les peines sont *inégaies* ; elle varient selon la condition du coupable. C'est ainsi que la peine de mort, qui s'exécute, à l'égard des nobles, par la décapitation, consiste, pour les vilains, dans la pendaison.

Enfin, les peines de l'ancienne France sont très *rigoureuses*. On a vu que, sous l'influence des idées qui dominaient dans les juridictions ecclésiastiques, la peine d'emprisonnement a joué un grand rôle au moyen âge. Mais, plus tard, ce rôle diminua. Sauf peut-être à l'égard des femmes, l'emprisonnement n'est guère appliqué qu'à titre de détention préventive².

Les peines le plus fréquemment infligées sont les galères, la peine du fouet, généralement suivie du bannissement hors du Royaume. Et ce sont encore les peines humiliantes, flétrissantes, comme l'amende honorable, le pilori et le carcan, la confiscation générale, qui constituait pour le trésor public une ressource importante. Enfin, il faut signaler la cruauté dans l'exécution de la peine de mort qu'accompagnent des supplices, supplice du feu, de la roue, etc... Des peines atroces étaient infligées aux auteurs de crimes politiques, aux régicides. Il suffit d'évoquer le supplice infligé au malheureux *Damiens*, inculpé d'attentat à la vie de Louis XV (cf. *Le Droit pénal*, de M. GARÇON, p. 79).

32. La vindicte sociale. — Ces particularités, notamment la rigueur, l'arbitraire et l'inégalité des peines, s'expliquent parce que, selon le témoignage d'Argou, l'exercice de la répression était dominé par l'idée de *vengeance sociale*.

§ 2. — Période de la Révolution et de l'empire

La promulgation du Code pénal et ses conséquences

33. L'époque moderne et la codification du droit criminel. — Il convient d'examiner maintenant les modifications qui se sont produites

1. Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 599.

2. La détention dans une prison d'Etat résulte des *lettres de cachet* délivrées par le Roi, dont émane toute justice (*Théorie de la Justice retenue*). Elles servent à punir certains délits politiques, les délits de presse, et même, souvent, des délits que nous considérons aujourd'hui comme des délits de droit commun. Elles interviennent parfois en l'absence de tout fait punissable (GARÇON, *op. cit.*, p. 73 ; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 308).

dans la période suivante, celle de la Révolution et de l'Empire, marquée par la promulgation des grands codes : Code d'instruction criminelle de 1808 et Code pénal de 1810.

34. L'évolution des idées et le changement des mœurs à la veille de la Révolution française. — A la veille de la Révolution française, un changement important s'était manifesté dans les idées.

Il est imputable, en premier lieu, à l'adoucissement des mœurs sous la Régence. La sensibilité est à la mode. Nous sommes frappés de l'indifférence que rencontraient au xviii^e siècle les châtimens les plus cruels. Certaines lettres de Mme de Sévigné sont, à cet égard, caractéristiques. Mais déjà, à la fin du même siècle, La Bruyère (voir ses *Caractères : De quelques usages ; de l'homme*), plus tard, Nicolas, président du Parlement de Dijon, et enfin l'abbé Fleury, s'étaient élevés contre l'atrocité de certains supplices¹.

Cette évolution est, en second lieu, imputable à l'influence politique des idées libérales venues d'Angleterre.

Enfin, il faut l'attribuer aussi aux tendances des encyclopédistes, et notamment de Diderot, d'Alembert, Holbach et Helvétius, qui développent le mouvement d'idées inauguré par La Bruyère, par Nicolas et par l'abbé Fleury. Montesquieu, dans son *Esprit des Loix*, qui est de 1764, insiste sur la valeur relative des législations pénales qui sont, dit-il, dans un rapport nécessaire avec le climat, l'organisation sociale et la constitution politique de chaque peuple. Montesquieu a ainsi montré la relativité du droit pénal ; et par là, il a réagi contre les doctrines absolutistes qui s'inspiraient de l'idée de vengeance sociale. Montesquieu a donné à ses contemporains une grande leçon de modération et de tolérance. Il critique les pleines flétrissantes qui jouaient un grand rôle autrefois : il condamne, en particulier, le pilori et le carcan.

35. L'influence des philosophes. — Mais il faut mentionner surtout trois promoteurs de cette législation nouvelle qui va s'inspirer de l'idée d'utilité sociale. Ces trois auteurs sont : J.-J. Rousseau, Beccaria et Bentham.

36. « Le Contrat social » de Jean-Jacques Rousseau. — Jean-Jacques Rousseau a contribué au développement de la sensibilité de son temps. Il a propagé, dans ses opuscules, les idées qui lui sont chères sur la bonté naturelle de l'homme et l'effet corrupteur de la vie en société. C'est dans un chapitre important, et consacré à la peine de mort, de l'un de ses ouvrages, *Le Contrat social*² que Rousseau s'est attaché à déterminer le fondement philosophique et juridique de l'intervention de la peine.

On sait quelle est l'hypothèse du *Contrat social* : les hommes isolés, à l'état de nature, incapables de se défendre eux-mêmes, ont fait un pacte contenant l'aliénation de leurs droits innés, naturels, en faveur de la société. En revanche, cette dernière, ou plutôt l'Etat, qui est l'expression politique du milieu social, assume l'obligation de les protéger.

1. LABOULAYE, *Revue des cours littéraires*, t. II, p. 770 ; ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, p. 350.

2. *Le Contrat social*, édition Beaulavon, Paris, 1914.

Il ne s'agit pas, ici, de renouveler les controverses dont le *Contrat social* selon Rousseau a été l'objet, d'en apprécier la vérité historique ou philosophique. Il faut se demander quelle est la conclusion que l'auteur a voulu tirer de cette hypothèse, en ce qui concerne la loi pénale. Chaque homme, dit Rousseau, à l'état de nature, a le droit de se défendre contre toute agression dont il viendrait à être l'objet ; par le pacte social, chaque individu a fait abandon de son droit de défense individuelle à la société ; il l'a remis entre les mains de l'Etat. Et voilà comment s'est constitué le droit de répression sociale. Ce droit n'est que la somme, la *totalisation des droits de défense individuelle*. L'auteur du délit, par son agression, méconnaît ses engagements ; la société se retrouve vis-à-vis de lui dans l'état de nature, et exerce son droit de légitime défense, en le punissant.

Ce système appelle cependant une objection. C'est, en effet, qu'il y a une différence essentielle entre le droit de légitime défense et l'exercice de la répression sociale. L'exercice du droit de légitime défense est concomitant à l'attaque ; il a pour objet de la paralyser. Au contraire, l'exercice de la répression n'intervient que lorsque l'attaque a eu lieu, et que le mal a été causé.

Modifiera-t-on la formule ? Dira-t-on que la répression sociale est la totalisation, non des droits de défense individuelle, mais de vengeance individuelle ? Mais alors, la répression sociale devrait s'analyser comme un acte de vindicte, et on reviendrait au système de l'Ancien Régime.

Ce qui reste aujourd'hui du système de Rousseau, à part son hypothèse combattue du contrat social, c'est que la société est un fait nécessaire à l'existence de l'homme, et qu'en conséquence elle a le droit de se défendre.

37. Le « Traité des délits et des peines » de Beccaria. — Mais c'est Beccaria, criminaliste italien du XVIII^e siècle, qui devait tirer toutes les conséquences de cette idée. Beccaria a écrit, en 1764, à Milan, à l'âge de 25 ans, son *Traité des Délits et des Peines* dont la publication marque une date essentielle dans l'histoire du droit pénal¹. La traduction française de cet ouvrage, par Faustin-Hélie, est courte, d'une lecture facile et agréable. C'est un ouvrage de vulgarisation, ainsi qu'un pamphlet, qui contient, en termes d'ailleurs modérés, le plus formidable réquisitoire contre le droit pénal et la procédure criminelle de l'Ancien Régime. Dès sa publication, il produisit une grosse sensation et eut un immense succès, notamment en France où il provoqua des commentaires enthousiastes de Voltaire et de Diderot, tandis qu'il fut l'objet de vives réfutations de la part de criminalistes traditionnalistes, tels que Jousse, Muyart de Vouglans et Rousseau de la Combe².

38. La critique, par Beccaria, du système répressif de l'Ancien Régime. — L'objet essentiel de ce traité est, au point de vue négatif, la critique du système répressif de l'Ancien Régime, et en particulier de l'atrocité des peines. La rigueur de la peine, dit Beccaria, est insuffisante, si elle n'est pas accompagnée de la *certitude* du châtement. Il vaut mieux contenir le malfaiteur par la menace d'un châtement modéré, mais certain que le terroriser par la perspective de supplices auxquels il gardera l'espoir de se soustraire. Les châtements cruels rendent les hommes insen-

1. S. GLAZER, *Beccaria et son influence sur la Réforme du Droit pénal* (Revue Internat. de Droit pénal, 1928, pp. 425 et suiv.)

2. MUYART DE VOUGLANS, *Réfutation du « Traité des Délits et des Peines »*; JOUSSE, *Traité de Justice criminelle*, t. 1, p. 64.

sibles. Ce qui est indispensable, c'est d'avoir une bonne police. Déjà, au livre VI, chapitre XII, de l'*Esprit des Loix*, Montesquieu avait dit : « Il ne faut pas mener les hommes par les voies extrêmes ; qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et non de la modération des peines ».

Cette idée de Beccaria que la peine doit être modérée, mais certaine, a pour conséquence l'exclusion de tous les supplices qui, dans l'ancienne France, accompagnaient la peine de mort. Il préconise l'abolition de la peine de mort elle-même, sauf pour les crimes politiques. C'est que, dit Beccaria, dans les périodes de trouble, le contrat social ne peut pas s'appliquer exactement. La défense sociale s'exerce alors sans limites. Beccaria préconise ainsi la solution inverse de celle qui prévaudra au XIX^e siècle.

Beccaria préconise aussi l'abolition du droit de grâce, qui diminue la certitude de la peine. La grâce jouait un grand rôle sous l'Ancien Régime. Elle reposait sur l'idée que toute justice émane du roi.

Enfin, Beccaria affirme le principe de la *légalité des délits et des peines* ; nul ne peut être frappé pour des faits qui n'ont pas été prévus antérieurement par une loi, et nul ne peut être frappé d'une peine non édictée précédemment par la loi. Beccaria se prononce donc pour la suppression du pouvoir arbitraire des juges.

39. Les idées constructives de Beccaria. — Quel sera, pour Beccaria, le fondement de la peine ? Jusqu'à lui, la peine intervenait en conséquence d'un fait passé : désormais elle intervient pour éviter un mal futur : la répression, au lieu d'être orientée vers le passé, regarde l'avenir. La peine est infligée, non parce qu'un délit a eu lieu, mais pour que, dans l'avenir, de nouveaux délits ne se commettent pas. C'est l'affirmation du point de vue *utilitaire*. La sévérité de la répression sera déterminée par la gravité du danger que représente chaque délinquant, et ce danger est mesuré lui-même d'après l'importance du préjudice causé par son acte. « Les moyens, dit Beccaria, que la législation emploie pour empêcher le crime doivent être plus forts à mesure que le délit est plus contraire au bien public et peut devenir plus commun ».

C'est donc la considération de l'*utilité sociale* qui domine chez Beccaria. Beccaria fait cependant place à l'idée de justice. Il néglige la justice absolue qui ne dépend que de Dieu, et que les hommes ne peuvent apprécier ni sanctionner ; mais il existe une justice relative, susceptible de varier avec les milieux et les temps, dont il faut s'inspirer. Cette théorie amène l'auteur à graduer la peine selon l'immoralité de l'agent, et à punir moins sévèrement l'auteur de la simple tentative que celui du délit consommé, le complice que l'auteur principal.

40. Le « Traité des Peines et des Récompenses » de Bentham. — Peu de temps après le *Traité des Délits et des Peines* paraissent les ouvrages d'un Anglais : Bentham. Bentham a repris la notion d'intérêt qui avait été mise en honneur par Beccaria et lui a donné une expression *mathématique*. L'œuvre de Bentham est à cheval sur la Révolution française. Son ouvrage fondamental, *Théorie des Peines et des Récompenses*, est de 1818. Mais

certaines de ses œuvres antérieures¹ avaient été lues par les hommes de la Révolution, et il a exercé sur eux une influence certaine.

Bentham s'inspire de l'idée que, dans sa conduite, l'homme est mené par son intérêt. L'homme est égoïste. Mais Bentham, il faut le dire tout de suite, a une notion assez élevée de l'intérêt. Pour lui, la vertu n'est un bien qu'à cause des douceurs qu'elle procure ; mais Bentham place au-dessus de toutes les satisfactions celle que donne une bonne conscience, le plaisir qu'on a d'être cru quand on dit toujours la vérité.

Cela étant, quelles sont les conséquences à en tirer au point de vue des modalités de la répression ? C'est, tout d'abord, que la répression ne doit intervenir que s'il peut en résulter un avantage positif. Toute peine est, en effet, un mal individuel, puisqu'elle inflige une souffrance à celui qui en est frappé, et un mal collectif, puisqu'elle oblige à des dépenses, notamment à l'entretien des prisons. Il ne faut donc l'appliquer que s'il en résulte un avantage corrélatif.

Quant à sa rigueur, la peine doit être infligée de telle manière que sa perspective la fasse redouter plus que le délit ne se fait désirer. Il faut calculer la peine de manière que le délinquant éventuel, placé en face de cette alternative : ou commettre le délit et subir la peine, ou s'abstenir et échapper à la peine, ait intérêt à s'abstenir.

C'est en se plaçant à ce point de vue que Bentham apprécie les différentes peines. Bentham, réagissant contre la pratique de l'Ancien Régime, se montre favorable à la peine de l'emprisonnement ; à ses yeux, elle offre l'avantage de déterminer un mal qui dure, un mal prolongé, dont la perspective est particulièrement impressionnante pour les criminels. Il demande que cette peine privative de liberté s'accompagne d'une certaine publicité, sous forme de visites dans les prisons. Il a dressé le plan d'un établissement pénitentiaire type, qu'il décrit dans son *Traité de Législation civile et pénale*, et qu'il appelle « le Panopticum ».

Cet établissement est de forme circulaire. Au centre, un logement est affecté au directeur. Il est placé de telle sorte que le directeur puisse surveiller toutes les cellules de l'établissement.

41. Howard, et la réforme nécessaire des prisons. — A la même époque, un philanthrope anglais, Howard, attirait l'attention publique sur l'état misérable des prisons et demandait la réforme du régime pénitentiaire².

42. Influence des conceptions nouvelles sur le mouvement législatif. — Quelle a été l'influence de ces idées sur le droit pénal de la Révolution et de l'Empire ?

43. Réformes intervenues sous le règne de Louis XVI. — A la fin du XVIII^e siècle, les idées qui viennent d'être exposées se sont répandues dans les classes éclairées qui représentaient alors l'opinion publique. A la fin du règne de Louis XVI, certaines réformes sont esquissées ; on démolit les vieilles prisons de Paris ; une ordonnance du 15 décembre 1775 a pour objet la modération des peines infligées aux déserteurs. Dans les cahiers des Etats généraux, on trouve de nombreuses réclamations tendant à la réforme du droit pénal, à une douceur plus grande, et à une plus juste égalité dans l'application de la peine.

1. BENTHAM est aussi l'auteur d'un *Traité de Législation civile et pénale*.

2. On trouve une notice biographique sur Howard dans les *Actes du Congrès pénitentiaire international de Saint-Petersbourg*, 1890, pp. 105 et suiv. ; cf. la *Revue pénitentiaire* de 1891, p. 651.

44. La Déclaration des Droits de l'Homme : le principe de légalité des délits et des peines. — Enfin, le principe sur lequel la réforme pénale va s'appuyer est énoncé dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, à l'article 8, en ces termes : *La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.* On retrouve là l'affirmation du principe de la légalité des délits et des peines qui avait déjà été énoncé par Beccaria et qui résultait de la théorie du *Contrat social* de Rousseau. C'était la condamnation de l'arbitraire de l'Ancien Régime.

45. Le Code pénal de 1791 et l'institution des peines fixes. — Ces tendances ont trouvé leur expression dans le Code pénal révolutionnaire des 25 septembre-6 octobre 1791¹. Il fut promulgué aussi un Code révolutionnaire de brumaire an IV : *Code des Délits et des Peines* ; mais ce fut surtout un Code de procédure.

Le Code pénal de 1791 est marqué par une réaction très nette contre la rigueur des peines de l'Ancien Régime ; non seulement on abolit les supplices d'autrefois, mais on propose de supprimer la peine de mort ; il se produisit à ce sujet, au sein de l'Assemblée constituante, de vives discussions. Parmi les partisans de l'abolition de la peine de mort, il faut citer : Le Pelletier de Saint-Fargeau, auteur d'un mémorable rapport à la Constituante, véritable préface du Code pénal de 1791, et Robespierre. Finalement, la peine de mort fut maintenue, mais il n'y eut plus de peines perpétuelles. La peine la plus grave, après la peine capitale, était celle des fers, qui remplaçait celle des galères. Depuis la fin de l'Ancien Régime, cette dernière se subissait dans les ports, dans les bagnes. La peine des fers devait s'exécuter, soit dans les ports, soit dans les mines, soit dans les marais. Elle ne devait pas durer plus de vingt-quatre ans. Un rapport de Mirabeau à l'Assemblée constituante avait attiré l'attention sur l'état déplorable des prisons.

On réagit également contre l'arbitraire des peines. Au régime des peines arbitraires s'oppose celui des peines *fixes*. Il consiste dans l'établissement d'un tarif. Ainsi le faux en écriture privée est puni de quatre ans de fers. Cette peine unique procède des idées de Beccaria, et plus encore de celles de Jean Jacques Rousseau ; la peine fixe, c'est la clause pénale du *Contrat social*.

Enfin, le droit de grâce est aboli. Il laissait une place à l'arbitraire du pouvoir exécutif. Et, conséquence de cette abolition, les peines perpétuelles sont également supprimées. Elles devenaient, en effet, inhumaines, du moment que nul ne pouvait y mettre fin.

46. L'échec du droit pénal révolutionnaire et ses causes. — Le système de 1791 n'a pas donné de bons résultats ; il était, en effet, injuste ; il créait une égalité inique entre les auteurs d'une même infraction ; il rendait impossible l'individualisation de la peine. Parmi les individus qui ont commis la même infraction, il peut y avoir des différences, tant au

1. H. RÉMY, *Les Principes généraux du Code pénal de 1791*, thèse, Paris, 1910.

point de vue de leur immoralité foncière que de leur caractère dangereux. Le système des peines fixes empêchait d'en tenir compte.

Le système de 1791 était, en outre, inefficace, car les établissements pénitentiaires nécessaires à son application n'existaient pas : la peine des fers ne put être organisée.

Enfin, l'adoucissement excessif des peines avait énervé la répression et favorisé des troubles ; pendant toute la période révolutionnaire, des bandes de brigands parcoururent les campagnes et les routes.

47. La réaction napoléonienne. — C'est ce qui explique la réaction suivante : la politique criminelle de Napoléon fut dominée par le désir d'assurer la sécurité sociale par l'intimidation. C'est le point de vue de Bentham qui va prévaloir.

Cette nouvelle politique criminelle a trouvé son expression dans le Code d'instruction criminelle de 1808 et dans le Code pénal de 1810. Ces deux codes ont fait l'objet d'une élaboration simultanée, et ont été mis en vigueur à la même date.

48. L'esprit utilitaire du Code pénal de 1810. — Voici, d'après un des rédacteurs du Code pénal, Target, l'esprit du Code de 1810 : « Il est certain, dit Target, dans ses *Observations* qui figurent en tête du Code pénal¹ que la peine de mort n'est pas une vengeance. Cette triste jouissance des âmes basses et cruelles n'entre pour rien dans la raison des lois. Après le plus détestable forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût désormais à craindre, la punition du dernier coupable serait une barbarie sans fruit et l'on devrait dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi. La gravité des crimes se mesure, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils entraînent. L'efficacité de la peine se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu'elle inspire ». — C'est l'idée de Beccaria ; la répression doit être orientée vers l'avenir. Le point de vue de l'utilité sociale domine, et l'idée de justice est volontairement reléguée au second plan.

Ce point de vue très utilitaire explique qu'on rencontre dans le Code pénal de 1810 des dispositions injustes. Tels sont les articles 103 et 104 du Code pénal qui punissent de la réclusion le fait de ne pas avoir révélé un complot, un attentat à la sûreté de l'Etat. Ou encore, l'excuse absolutoire, c'est-à-dire l'exemption de peine assurée à ceux qui, ayant participé à un attentat contre la sûreté de l'Etat ou à un crime de faux monnayage, auront dénoncé leurs complices (art. 108 et 138). Ce n'est pas très moral. Mais c'est peut-être une habile mesure de politique criminelle.

Le Code pénal de 1810 se caractérise par une grande rigueur des peines. La peine capitale est maintenue et même prodiguée ; elle est infligée non seulement au meurtrier, mais à l'incendiaire, au faux monnayeur. Pour le parricide, on fait précéder la décapitation de l'amputation du poing. On rétablit les peines perpétuelles ; mais, mesuré corrélativement, le droit de grâce est rétabli, comme une prérogative essentielle du chef de l'Etat, par une loi de floréal an X.

1. Locané, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXIX, p. 8.

49. Son caractère transactionnel, quant à la détermination des pouvoirs du juge. — Quant à la mesure de la peine, la solution qui prévaut est une solution transactionnelle, moyenne, entre l'arbitraire de l'Ancien Régime et le système des peines fixes. Le juge ne dispose plus d'une entière liberté pour la fixation de la peine ; il a cependant un certain pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir s'exerce, pour presque toutes les infractions, dans les limites du maximum et du minimum fixés par le législateur. Ainsi, pour le vol, la peine varie de un à cinq ans de prison. En outre, le pouvoir du juge est étendu par le système des *circonstances atténuantes* ; mais ces dernières n'ont reçu, dans le Code de 1810, que des applications restreintes.

50. Appréciation de l'œuvre napoléonienne. — Sur les mérites du Code pénal de 1810, on lira avec profit un article de M. Sabatier, paru dans la *Revue pénitentiaire* de 1910, pages 905 et suivantes, intitulé, *Napoléon et les Codes criminels*. La valeur de la politique criminelle de Napoléon est attestée par ses résultats. Les auteurs du Code pénal de 1810 se sont trouvés en présence d'une société profondément troublée : quelques années après, elle était pacifiée.

Au point de vue scientifique, législatif, la valeur du Code pénal de 1810 résulte des observations suivantes :

Pour bien l'apprécier, il faut tenir compte des difficultés qu'ont rencontrées ses auteurs. Il y avait, en effet, quant aux principes du droit public, du droit pénal, un abîme entre les conceptions de l'Ancien Régime et celles de la société nouvelle. La même rupture ne s'est pas produite quant aux rapports de droit privé. Jousse n'a pas rendu aux auteurs du Code pénal les mêmes services que Pothier à ceux du Code civil.

Les rédacteurs du Code pénal de 1810 ont fait une œuvre de sagesse, en consacrant un système transactionnel entre la rigueur inhumaine de l'Ancien Régime et la douceur exagérée du Code pénal de 1791. Ce caractère transactionnel explique le grand succès du Code pénal de 1810 à l'étranger ; il survécut à la domination napoléonienne.

Parmi les codes européens, notre Code pénal est celui qui a duré le plus longtemps. Il est encore debout dans ses dispositions essentielles. Pourtant depuis 1810, sous l'influence de la réaction contre l'autoritarisme napoléonien, de l'adoucissement des mœurs, il s'est créé un nouveau mouvement d'idées, qui a exercé une influence sur le développement du droit. L'esprit et la lettre du Code pénal ont subi des modifications ; ce sont elles qu'il faut maintenant examiner.

51. Le mouvement doctrinal depuis le premier Empire. — Il s'est développé, à l'encontre de la politique réaliste du Code pénal de 1810, à la fin du XVIII^e siècle, et au commencement du XIX^e siècle, une philosophie spiritualiste, celle de Kant et de Joseph de Maistre. C'est la doctrine de la *justice absolue* ; elle exclut du fondement du droit pénal toute conception utilitaire. Plus tard, cette doctrine a évolué ; elle aboutit à la thèse néo-classique de la Monarchie de Juillet avec Guizot, de Broglie et Rossi.

52. Kant, et la doctrine de la Justice absolue. — L'œuvre de Kant est antérieure au Code pénal de 1810, puisque ses ouvrages principaux :

Critique de la Raison pure et *Critique de la Raison pratique*, sont de 1781 et 1788 ; mais il s'est écoulé un certain temps avant que les idées de Kant se soient répandues en France¹.

Kant est un idéaliste, un spiritualiste et un individualiste². Pour lui, la peine n'a pas d'autre objet que le rétablissement de l'ordre moral troublé par le crime. Le mal ayant eu lieu, il est nécessaire qu'une souffrance, le châtement, vienne compenser le mal, donnant une satisfaction à la morale. Le devoir de l'Etat est d'assurer cette compensation. En agissant ainsi, l'Etat obéit à un devoir supérieur, à un *impératif catégorique*³.

Kant a d'ailleurs illustré cette idée philosophique par un apologue, celui de « l'île abandonnée ». Supposez, dit-il, qu'une société vivant sur une île va se dissoudre et abandonner cette île. Avant qu'elle la quitte, il faut que le dernier condamné à mort soit exécuté. Ce châtement est inutile pour la société, puisque cette dernière disparaît ; mais cette exécution doit s'accomplir, parce qu'il existe une loi morale supérieure qui veut le châtement. On a vu précédemment Target, dans les travaux préparatoires du Code pénal de 1810, affirmer le point de vue opposé : déclarant qu'une peine infligée sans utilité serait une barbarie, que l'intervention de la peine devait être subordonnée à son utilité.

Pour que la doctrine de Kant fût fondée, il faudrait pouvoir établir, d'une part, que la société a pour mission de faire régner l'ordre moral sur terre, et d'autre part, que le juge peut s'acquitter de cette tâche, c'est-à-dire que le regard du juge peut pénétrer les consciences. Tout cela est d'une démonstration impossible. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la société est nécessaire à la vie de l'homme ; elle doit donc se défendre, mais on ne peut affirmer qu'elle a pour but de faire régner l'ordre moral sur terre.

53. Joseph de Maistre et les « Soirées de Saint-Petersbourg ».

Un autre représentant de la doctrine de la justice absolue est un publiciste français, Joseph de Maistre. Ses idées se rapprochent, à certains égards, de celles de Kant. Elles s'en distinguent par la prépondérance du point de vue religieux, théologique. Tandis que Kant est un philosophe spiritualiste, individualiste, Joseph de Maistre est un esprit autoritaire et dogmatique.

Ses idées, en matière pénale, ont été développées dans différents ouvrages, notamment dans son *Essai sur le Principe générateur des Constitutions politiques* de 1810, dans son opuscule sur *Le Pape*, de 1819, et dans ses *Soirées de Saint-Petersbourg*⁴.

A la base de la philosophie de Joseph de Maistre se trouve l'affirmation de

1. Les *Eléments métaphysiques de la Doctrine du Droit* (éd. Barni, 1854), datent de 1796.

2. Il est assez singulier de voir M. DUGUIT (*J.-J. Rousseau, Kant et Hegel*, dans la *Revue de Droit public*, 1918, p. 193) présenter Kant comme un précurseur de l'impérialisme allemand contemporain. Le libéralisme de Kant n'est pas douteux. S'il admet l'hypothèse du contrat social, cette hypothèse n'est pas une création de J.-J. Rousseau. On la trouve dans les écrits de Grotius, qui était, lui aussi, individualiste. La responsabilité de la guerre de 1914 n'est pas plus imputable à Kant qu'à Luther. Voir cependant LE FUR, *Guerre juste et Juste Paix* (*Rev. gén. de Dr. int. public*, 1919, pp. 9, 268 et suiv.).

3. KANT, *Eléments métaphysiques de la Doctrine du Droit*, 1796 (traduction Barni).

4. Ouvrage publié après la mort de l'auteur, en 1821. Il porte ce sous-titre : *Entretiens sur le Gouvernement temporel de la Providence*. — On consultera aussi l'*Essai sur la Philosophie de Bacon*.

la Providence. C'est par l'effet d'une délégation divine que les souverains exercent l'autorité et, en particulier, rendent la justice pénale¹. Ils sont les instruments de Dieu sur la terre. On reconnaît les conceptions que Bossuet a développées dans sa *Politique tirée de l'Écriture sainte*.

Il en résulte un certain optimisme ; le souverain qui administre la justice étant l'instrument de Dieu, la justice pénale doit être bien rendue. Sans doute, il peut résulter certaines iniquités du jeu des forces naturelles ; on a parfois l'impression que des erreurs judiciaires sont commises par les hommes, mais si parfois des innocents semblent avoir été frappés, qui sait si ceux-ci n'expient pas les fautes passées qu'ils ont réellement commises² ? D'ailleurs, Joseph de Maistre admet la réversibilité des mérites et des fautes ; il constate, et il accepte, que les erreurs d'une génération retombent sur les générations suivantes. La justice est pour lui *rétributive*, mais elle n'est pas *individuelle*³.

Puisque la répression est une satisfaction donnée à la morale, elle peut s'appliquer à des actes qui constituent des atteintes, non à la morale sociale, mais à la morale individuelle et religieuse, comme par exemple le blasphème ou l'hérésie⁴.

La doctrine de Kant et celle de Joseph de Maistre, différentes par leur origine, se ressemblent donc en ce qu'elles excluent le point de vue utilitaire qui avait été celui du Code napoléon.

54. L'École néo-classique et ses principaux représentants. —

La doctrine néo-classique, qui s'est développée sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, constitue un essai de transaction entre la doctrine classique ou utilitaire, dont le fondateur était Beccaria, et la doctrine de la justice absolue.

Les principaux représentants de la doctrine néo-classique sont : d'abord, Guizot avec son *Traité de la Peine de Mort en matière politique* qui parut pendant les dernières années de la Restauration⁵ et qui peut être considéré comme le manifeste de la nouvelle école ; c'est ensuite Jouffroy, auteur d'un *Traité de Droit naturel* (1830), Rossi, professeur à Bologne et à Paris, qui donne en 1829 son *Traité de Droit pénal* ; c'est enfin Charles Lucas, auteur de divers ouvrages relatifs à la science pénitentiaire⁶.

1. Le point de vue de Joseph de Maistre, à cet égard, s'illustre dans le portrait qu'il trace du bourreau, dont la mission est horrible et mystérieuse (*Soirées de Saint-Petersbourg, ou Entretiens sur le Gouvernement temporel de la Providence*, éd. Lyon, 1891, p. 31).

2. *Soirées de Saint-Petersbourg*, p. 37.

3. *Soirées de Saint-Petersbourg*, p. 224.

4. J. DE MAISTRE, *Lettres à un Gentilhomme russe sur l'Inquisition espagnole*.

5. GUIZOT, *De la Peine de Mort en Matière politique*, éd. Béchet, 1822.

6. L. RABINOWICZ, Ch. Lucas, *Précurseur de l'Éducation pénitentiaire* (*Rev. int. de Droit pénal*, 1934, p. 70). — En Belgique, Ducpétiaux et Steven ont publié également des ouvrages classiques. — En Italie, la doctrine néo-classique est représentée par Romagnosi († 1835), Carmignani († 1847), Ellero, Pessina († 1907), Carrara, qui fut l'inspirateur du Code néo-classique de 1889. — En Allemagne, à la même époque, des tendances divergentes se manifestent : le *réalisme* de Feuerbach († 1833) dont la politique criminelle est orientée vers l'intimidation collective, et qui fut l'auteur du Code pénal bavarois de 1813 ; le *positivisme juridique* fondé sur l'histoire et le droit comparé, qui caractérise l'œuvre de Mittermayer, commentateur de Feuerbach, de Wächter († 1880) ; Martin († 1857), Hetter († 1880) ; l'*étatisme* de Fichte, dont s'inspire Henke († 1869) ; le *spiritualisme* de Kant, qui anime Zachariä, la *logique abstraite* de Hegel dont l'influence est dominante avec Abegg († 1868), Kostlin, Berner, mais se reconnaît de moins en moins dans les ouvrages de Hälschner († 1889) et de Merkel († 1896). Des praticiens, commentateurs de codes, tels que Goldammer, Oppenhoff, Stenglein se fraient une voie entre

55. Ses caractères : l'accord des points de vue de justice morale et d'utilité sociale. — Les caractères fondamentaux de cette nouvelle Ecole peuvent se ramener à trois traits essentiels.

Cette Ecole s'attache à concilier le point de vue de l'utilité sociale et celui de la justice. La peine est considérée comme intervenant, à la fois, pour donner une satisfaction à l'idée morale, et pour la défense de la société. Selon son tempérament personnel, chacun des auteurs de cette école fait une part plus ou moins grande à l'une ou à l'autre de ces deux idées. Ainsi, pour Rossi, la peine a pour principal objet de sanctionner la morale¹; pour Lucas, au contraire, c'est la défense des intérêts sociaux qui prévaut.

Voici la conséquence pratique la plus importante de ce point de vue. La peine, quant à sa mesure, est soumise à un double maximum : *ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile*. Cette formule pourrait être considérée comme la devise de l'école néo-classique. « Ni plus qu'il n'est juste » : c'est la condamnation des supplices de l'ancien droit, ainsi que des peines très sévères que Bentham voulait qu'on prononçât dans un but d'intimidation. « Ni plus qu'il n'est utile » ; c'est la condamnation des incriminations préconisées par Joseph de Maistre, concernant la défense de la religion.

56. L'Ecole pénitentiaire. — D'autre part, l'Ecole néo-classique a eu le mérite de développer la tendance qui veut obtenir, par la peine, le relèvement du coupable. C'est d'elle que procède l'*Ecole pénitentiaire*, groupe d'auteurs qui se sont attachés à réaliser la réforme des établissements pénitentiaires.

Le premier nom à citer en cette matière est celui de Charles LUCAS, avec son *Traité du Système pénal, du Système répressif en général et de la Peine de mort en particulier* (1827) son *Système pénitentiaire en Europe et aux Etats-Unis*, de 1828, et sa *Réforme des Prisons ou Théorie pénitentiaire*, publiée en 1836. A la suite de missions officielles envoyées, à partir de 1830, en Amérique, où d'intéressantes innovations avaient été réalisées pour l'aménagement des établissements pénitentiaires, il fut publié plusieurs ouvrages, parmi lesquels celui de BEAUMONT et de TOCQUEVILLE : *Le Système pénitentiaire aux Etats-Unis et son application en France* (1836), celui de BÉRENGER : *Des moyens propres à généraliser en France le Système pénitentiaire* (1836), celui de DEMETZ : *Résumé sur le Système pénitentiaire* (1847), enfin celui de M. BONNEVILLE DE MARSANGY : *Traité des diverses Institutions complémentaires au Système pénitentiaire* (1847).

57. L'avènement d'un nouveau libéralisme, en matière pénale. — Le dernier trait qui caractérise cette Ecole est son libéralisme en matière politique. Suivant la voie ouverte par Guizot, on préconise, sous la

l'exagération de la méthode abstraite et la préoccupation exclusive du préjudice. Ils cherchent à concilier les exigences de la justice morale et celles de l'intérêt social. Cf. MEZGER, *Strafrecht*, pp. 24 et suiv.

1. Son point de vue inspire à Rossi (*Traité de Droit pénal*, t. I, p. 80) le jugement suivant sur le Code pénal de 1810 : « Le Code pénal (il en est autrement du Code civil) n'est pas le Code de la France ; c'était le Code de Napoléon ; comme l'Empire a été un détour, nécessaire peut-être, dans la marche du peuple français vers la liberté, de même le Code pénal n'est que l'effet d'un état temporaire, et qui n'est plus. Il est l'expression de l'individualité impériale. »

Monarchie de Juillet, l'abolition de la peine de mort en matière politique ; et l'établissement d'une échelle de peines politiques.

58. Le mouvement législatif. — Comment ces doctrines ont-elles pénétré dans le droit positif ?

Les conceptions de Joseph de Maistre ont exercé leur influence sous Charles X¹. Après l'émotion causée par l'assassinat du duc de Berry (13 février 1820) qu'on imputa aux excitations de la presse, la loi du 26 mars 1820, article 1, rétablit les lettres de cachet contre les journalistes. La loi du 25 mars 1822 substitua, pour les délits de presse, la compétence du tribunal correctionnel à celle de la Cour d'assises, et créa « le délit de tendance ». Le ministre de Villèle fit voter, en 1825, un projet de loi punissant de mort le sacrilège simple et frappant de la peine de parricide la profanation des hosties. Cette loi ne reçut d'ailleurs aucune application.

C'est sous la Monarchie de Juillet qu'on voit la loi s'inspirer des idées de la doctrine néo-classique. Cette influence se traduit par la distinction, qui s'affirme, des infractions de droit commun et des crimes politiques. Il se produit un changement dans l'opinion à l'égard du délinquant politique. Ce dernier était considéré sous l'Ancien Régime comme le plus redoutable des malfaiteurs ; l'extradition ne s'appliquait guère à lui. Mais à une époque de révolutions comme le fut celle de 1789 à 1848, où les gouvernements successifs ont le sentiment de leur instabilité, on le considéra comme le vaincu dans une lutte honorable. Le Code pénal de 1810 ne contenait que deux peines politiques : la déportation et le bannissement ; la distinction des peines de droit commun et des peines politiques n'y était qu'ébauchée. C'est la loi du 28 avril 1832 qui institua une véritable échelle des peines en matière politique, au sommet de laquelle se trouve la déportation, au bas, la dégradation civique. Le régime de ces peines politiques est plus doux ; ainsi, le condamné n'est pas astreint au travail. Cette réforme fut complétée en 1848 ; adoptant les idées de Guizot, la constitution du 4 novembre abolit la peine de mort en matière politique, peine que la loi du 8 juin 1850 devait remplacer par la déportation dans une enceinte fortifiée.

59. La modération générale des peines. — Le mouvement issu de l'école néo-classique s'est manifesté aussi par l'atténuation générale des peines. Le législateur de 1810 avait institué des peines très sévères ; il avait prodigué la peine de mort. Il se produisit alors un phénomène souvent constaté : l'institution de châtiments trop durs, qui ne sont pas d'accord avec le sentiment public, a pour conséquence l'énerverment de la répression. Devant la nécessité d'infliger, s'ils punissent, des peines trop sévères, les magistrats, et plus encore les jurés, prennent l'habitude de multiplier les acquittements. En adoucissant les peines, on obtient la certitude de la répression ; ce qui, Beccaria l'a dit, est essentiel. C'est le résultat que le législateur de la Monarchie de Juillet a eu en vue. Déjà la Charte

1. De 1814 à 1824, la monarchie restaurée, réagissant contre l'impérialisme napoléonien, avait pris une série de mesures libérales : suppression des cours prévôtales, étendant la compétence du jury ; amélioration du régime pénitentiaire, élargissement des circonstances atténuantes.

de 1814 avait aboli, en raison de son injustice, la peine de confiscation générale qui frappait la famille du condamné. La loi du 28 avril 1832 substitua, dans plusieurs cas, à la peine de mort, des peines plus douces. La loi du 31 mai 1854 abolit la mort civile. La loi du 13 mai 1863 compléta cette œuvre d'adoucissement en correctionnalisant un certain nombre d'infractions.

60. Le développement des circonstances atténuantes. — Les circonstances atténuantes ont en général pour effet d'obliger le juge à abaisser la peine au-dessous du minimum prévu pour l'infraction à l'état simple. Le législateur de 1810 les avait admises, mais seulement pour les délits correctionnels et lorsque le préjudice causé ne dépassait pas 25 francs. Une loi de 1824 étendit le bénéfice des circonstances atténuantes à certains crimes. La loi du 28 avril 1832 vint donner au système des circonstances atténuantes une portée générale. Il en est résulté une conséquence importante, au point de vue de l'évolution du régime pénal. Le bénéfice des circonstances atténuantes n'étant pas limité par la loi, le juge n'étant pas obligé de les motiver, quand il les accorde, la pratique s'est servie des circonstances atténuantes pour modérer la répression et la mettre d'accord avec les mœurs.

Grâce à elles, la jurisprudence a pu adapter, suivant la conception néo-classique, la rigueur du châtement à la responsabilité morale des délinquants. Cette idée qu'il faut proportionner la sévérité de la peine à la gravité de la faute avait été aperçue au moyen âge, sous l'influence du christianisme, mais elle avait subi, à la fin de l'ancien Régime, une singulière éclipse. C'était alors l'idée de la vengeance sociale qui prévalait. Les aliénés, traités comme s'ils étaient responsables, étaient l'objet de traitements odieux.

61. L'adaptation de la peine au degré de responsabilité morale des délinquants. — Ce n'est, en effet, que des premières années du XIX^e siècle, que date le développement de la médecine mentale ; elle doit ses premiers progrès aux travaux de Pinel et d'Esquirol¹. On inscrivit dans l'article 64 du Code pénal le principe de l'irresponsabilité des fous. *Il n'y a ni crime, ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.*

Avec les progrès nouveaux de la médecine mentale, on découvrit qu'il existait, entre les hommes sains d'esprit d'une part, et les aliénés irresponsables de l'autre, des catégories intermédiaires : des individus dont l'intelligence et la volonté sont affaiblies, sans être annihilées, par des maladies, telles que l'épilepsie, l'hystérie ou la neurasthénie. On conçut une série de degrés dans la responsabilité morale ; on s'attacha à proportionner le châtement au degré de responsabilité. C'est ce que la jurisprudence s'est appliquée à faire, grâce au jeu des circonstances atténuantes.

62. La réforme des prisons. — Sous la Restauration et la Monar-

1. PINEL, né à Lavaur (Tarn) en 1755, auteur d'un *Traité de la Manie*, publié en l'an IX ; ESQUIROL, né à Toulouse en 1772, traça la tableau des diverses formes de la folie et prépara le mouvement qui aboutit à la loi du 30 juin 1838. Voir E. RÉGIS, *Précis de Psychiatrie*, 4^e éd., pp. 16 et suiv.

chie de Juillet, on s'est inspiré des idées de l'École pénitentiaire pour améliorer le régime des prisons. Des vœux très nets avaient été formulés dans ce sens par Mirabeau, dans un rapport fameux à l'Assemblée constituante, mais ces vœux étaient restés lettre morte pendant la Révolution et l'Empire.

L'ordonnance du 2 avril 1819 vint créer la *Société royale des prisons* avec la mission de pourvoir à l'amélioration du régime pénitentiaire¹.

Sous Louis-Philippe, des colonies pénitentiaires ont été instituées pour les mineurs. Ce furent d'abord des colonies dues à l'initiative privée telles que la colonie de Mettray, qui fut fondée, en 1837, par M. Demetz, conseiller à la Cour d'appel de Paris.

Des circulaires, en 1836, 1841 et 1849, prescrivent l'aménagement cellulaire des prisons. On était parvenu à la conviction que le régime le plus favorable au relèvement du détenu était celui de l'emprisonnement individuel; on s'efforça de transformer le régime intérieur des prisons dans ce sens. Malheureusement, ce travail fut interrompu, au début du second Empire, par une circulaire malencontreuse de M. de Persigny, alors ministre de l'Intérieur, qui ordonna d'arrêter l'aménagement des cellules. On envisageait alors un système répressif nouveau, celui de la transportation aux colonies, comme mode d'exécution de la peine des travaux forcés. La réforme des prisons fut arrêtée, elle ne reprit qu'à partir de la loi du 5 juin 1875.

§ 3. — Période contemporaine

La doctrine positiviste

63. Influence de la doctrine néo-classique. — La doctrine néo-classique avait eu une influence, un retentissement considérables; cette influence s'est exercée, non seulement sur la rédaction des lois françaises, mais encore sur le droit positif des pays étrangers, qui avaient adopté précédemment le Code Napoléon.

Parmi les Codes pénaux du XIX^e siècle qui ont subi l'influence de l'École néo-classique, il faut citer les Codes pénaux des cantons de la Suisse romande, les Codes espagnols de 1848 et de 1870, le Code autrichien de 1852, le Code turc de 1858, les Codes suédois et danois de 1866, belge de 1867, ceux des différents Etats de l'Allemagne (Saxe, 1838, Wurtemberg, 1839, Weimar, 1839, Hanovre, 1840, Hesse, 1841, Grand-Duché de Bade, 1845), y compris le Code prussien de 1851; le Code de la Confédération de l'Allemagne du Nord, promulgué en 1870, et qui est devenu, à partir du 1^{er} janvier 1872, le Code de l'Empire allemand; le Code hongrois de 1878; le Code pénal hollandais de 1881; le Code portugais de 1884; le Code bulgare de 1896 et le nouveau Code hongrois; enfin, les Codes de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud: Bolivie (1834); Haïti (1835); Chili (1875); Porto-Rico (1879); Saint-Domingue (1884); Salvador (1886); Guatémala (1889); Brésil (1890); Nicaragua (1891). Il faut surtout mentionner l'influence exercée par l'École néo-classique sur le Code pénal italien de 1889, dont le principal inspirateur a été l'un de ses derniers, et de ses plus illustres représentants, Francesco

1. J. BANCAI, *L'œuvre pénitentiaire de la Restauration et de la Monarchie de Juillet*. *Revue de Science criminelle*, 1941, pp. 218 et suiv.

CARRARA¹. FRANCESCO CARRARA est l'auteur d'un système appelé *le système de la tutelle juridique*, qui essaye d'allier le principe spiritualiste aux données de la raison et de l'expérience.

64. Les attaques dont elle est l'objet : aggravation continue de la criminalité. — Mais, depuis 1880, l'École néo-classique a été l'objet de nombreuses attaques. Les critiques visent à la fois ses résultats, son principe et ses moyens d'action.

On a critiqué d'abord ses résultats ; on mit en relief l'augmentation générale de la criminalité, qui semblait s'être produite depuis que les idées de cette école étaient en faveur, c'est-à-dire, depuis le milieu du XIX^e siècle. On s'appuya sur les données de la statistique. Depuis 1826, il existe, en effet, un *Compte général de la Justice criminelle*, statistique annuelle. Les données de la statistique, de 1826 à 1880, ont fait l'objet d'études remarquables, en particulier de la part d'un magistrat, qui fut un sociologue éminent, Gabriel Tarde. Voir, notamment, son ouvrage : *Criminalité comparée*. Ces statistiques ont été également étudiées et commentées par Enrico Ferri. Elles témoignent d'une augmentation générale de la criminalité, de 1826 à 1880. Le nombre total des infractions a triplé dans cette période. Sans doute, il s'est produit, de 1826 à 1880, une augmentation de la population, mais elle est bien inférieure et ne dépasse pas un dixième. Il faut tenir compte également du fait que des incriminations ont été créées par des lois pénales nouvelles, d'autant plus nombreuses que, par suite du développement de l'industrie et du commerce, les relations sociales sont devenues plus complexes. Néanmoins, les chiffres cités sont impressionnants.

Cette augmentation ne s'est pas produite dans la même mesure pour toutes les infractions à la loi pénale : elle est plus forte pour les délits que pour les crimes. De 1826 à 1880, on constate deux fois plus de coups et blessures, cinq fois plus d'outrages aux fonctionnaires, six fois plus d'abus de confiance, sept fois plus de délits contre les mœurs. On remarque aussi une inquiétante augmentation de la récidive. Sur cent prévenus, on trouve en moyenne huit récidivistes seulement de 1826 à 1830, tandis qu'on en relève quarante-six de 1876 à 1880. Gabriel Tarde en conclut que la criminalité se spécialise, se *professionnalise*. Mais cette aggravation de la récidive est surtout fâcheuse en ce qu'elle démontre l'inefficacité de la répression.

65. Critique du principe de la responsabilité morale. — La doctrine néo-classique a été attaquée, en même temps, dans son principe. On lui a reproché d'envisager l'acte criminel en lui-même, d'un point de vue purement objectif, de considérer le malfaiteur suivant un type abstrait. Tous les développements de cette école tournent autour de l'idée que l'auteur d'une infraction est doué de la responsabilité morale, qu'il est libre. La doctrine néo-classique fonde son argumentation sur le postulat de la liberté humaine, sur une affirmation qui n'est susceptible d'aucune démonstration scientifique.

Enfin, comme l'école néo-classique a prétendu doser la durée de la peine d'après le degré de responsabilité morale, elle est arrivée, par l'abus des

1. CARRARA, *Dottrina fondamentale della Tutela giuridica* (Opuscoli di Diritto criminale, t. I^{er}, Lucca, 1870), pp. 221 et suiv. ; *Lineamenti di Pratica legislativa penale*, 1874, pp. 11 et suiv.

circonstances atténuantes, à énerver la répression : on a prodigué de courtes peines d'emprisonnement, qui n'avaient pas de valeur intimidante et qui étaient nulles au point de vue de la réformation morale.

C'est sur ces critiques que se fonde la réaction manifestée par l'Ecole positiviste italienne, dont le développement date de 1880 environ.

66. L'Ecole positiviste. Le déterminisme. — Les idées de cette école, en matière pénitentiaire et pénale, se rattachent à la philosophie d'Auguste Comte.

Elle rejette la croyance à la liberté de l'homme, elle est *déterministe* ; elle exclut donc l'idée de responsabilité morale comme fondement de la peine. Elle fait intervenir uniquement l'idée de réaction sociale. La société réagit contre le malfaiteur, comme un organisme physique se défend contre les microbes. Le malfaiteur, selon l'expression de M. Lacassagne, professeur de médecine légale à Lyon, directeur des *Archives d'anthropologie criminelle*, est un « microbe social ».

D'après la doctrine positiviste, la réaction sociale contre le crime doit s'inspirer de l'étude scientifique des faits, en particulier de l'étude de l'homme criminel¹.

Ainsi, on arrivera à déterminer les moyens de lutte contre le crime, les « sanctions ». L'école positiviste écarte, en effet, le terme de « peine » auquel s'attachent les idées de vengeance et de rétribution.

67. Les principaux représentants de cette Ecole. — Cette doctrine a revêtu des formes diverses, selon les tendances personnelles de ses principaux représentants.

68. Cesare Lombroso, et l'anthropologie criminelle. — Son fondateur est le docteur Cesare Lombroso ; il écrivit, en 1876, son chef-d'œuvre : *L'Homme criminel*², ouvrage qui a été traduit en plusieurs langues et qui compte deux éditions en français.

Lombroso cherche les causes du crime dans la personne du criminel, dans sa constitution physique, anatomique, physiologique, dans ses caractères psychologiques. Il s'est livré à une série d'observations dans les prisons, dans les hôpitaux et dans les casernes ; il a défini le type du criminel-né, c'est-à-dire du malfaiteur voué, dès sa naissance, à la criminalité. Lombroso, après avoir beaucoup écrit et organisé de nombreux congrès, est mort en 1908.

69. Enrico Ferri et la Sociologie criminelle. — Enrico Ferri est également un des chefs de l'Ecole positiviste. Enrico Ferri, qui fut professeur de droit pénal à l'Université de Rome, a publié un ouvrage intitulé *Les Nouveaux Horizons de la Justice pénale*, qui peut être considéré comme le manifeste de la nouvelle Ecole sous sa forme sociologique. Cet ouvrage, parti de 1881, a paru sous le nom de *Sociologie criminelle* ; il a été traduit plusieurs fois en français.

1. BRUNO FRANCHI, *Il Sistema giuridico della Difesa sociale e i suoi Presupposti storici antroposociologici* (Scuola positiva, 1910, pp. 97 et suiv.).

2. Traduit en français chez Alcan, 2^e éd., 1895, t. I^{er} et II.

Tandis que Lombroso cherche les causes du crime dans la personne du malfaiteur, Enrico Ferri les découvre dans la constitution du milieu social.

Il formule à ce sujet la loi « de la saturation criminelle ». De même que dans un verre d'eau, on ne peut faire tenir qu'une certaine quantité d'une substance déterminée, de même, un milieu social déterminé ne comporte qu'une certaine dose de criminalité. La criminalité est dans un rapport constant avec le milieu, les circonstances naturelles, morales ou physiques. Toutes ces circonstances exercent une influence sur la qualité et la quantité des crimes. Il faut améliorer le milieu, de manière à réduire sa « capacité pénale ». Il faut faire en sorte que le degré de *saturation criminelle* soit atteint le plus rapidement possible. On constate que, dans une rue obscure, il se commet plus de crimes qu'ailleurs ; il suffira de mieux éclairer la rue ; ce sera plus économique et plus intelligent, dit Enrico Ferri, que de construire des prisons. Ces moyens de prévenir le crime sont les *substitutifs pénaux* ; dans un article de la *Scuola positiva*, l'auteur de la *Sociologie criminelle* s'attache à démontrer que la politique criminelle du gouvernement fasciste, en tant qu'il s'inspire des données de la science et de l'expérience, est en accord avec les principes de l'Ecole positiviste (*Scuola positiva*, 1926, pp. 240 et suiv.).

Enrico Ferri est mort au début de 1929, après une brillante carrière d'avocat, d'homme politique et de savant. (Cf. notre article dans les *Etudes criminologiques*, 1930, pp. 133 et suiv.).

70. Raffaele Garofalo : distinction des délits naturels et des délits artificiels. — Il faut citer enfin Raffaele Garofalo, auteur d'une *Criminologie* parue en 1885¹. La différence des conceptions qui séparent Raffaele Garofalo d'Enrico Ferri s'explique par leurs professions respectives ; Ferri est professeur, Garofalo est un magistrat. A la différence de Ferri, Garofalo, plus favorable aux moyens répressifs, est partisan de la peine de mort. Garofalo divise les infractions en deux classes : *délits naturels et délits artificiels*. Tandis que les premiers sont prévus et réprimés par la législation pénale de tous les Etats, parce qu'ils vont à l'encontre de tous les sentiments fondamentaux de justice et de charité, les délits artificiels sont différents suivant les Etats, et sont en rapport avec leur constitution. Il en est ainsi des délits politiques et du délit d'adultère, que Garofalo appelle « le délit politique de la famille ».

71. Classification des malfaiteurs. — Ce que la science pénale doit surtout à l'Ecole positiviste, c'est une *classification des malfaiteurs*. Elle présente un grand intérêt, au point de vue de la politique criminelle, c'est-à-dire du traitement à infliger aux délinquants.

Les délinquants sont répartis par l'Ecole positiviste en cinq grandes catégories :

72. Le type du « criminel-né ». — Tout d'abord, les *criminels nés*. Ce sont des individus qui, dès leur naissance, sont voués d'une façon nécessaire, par leur constitution même, à la criminalité ; ils se distinguent par certains caractères anatomiques, physiologiques et psychologiques. La doctrine anthropologique de Lombroso a pour base l'affirmation du type du criminel-né.

¹ Traduite en français, chez Alcan. Garofalo est mort en 1934. Voir, à son sujet : *Un Précurseur du Code Rocco, Raffaele Garofalo*, par ALTAVILLA (*Revue internationale de Droit pénal*, 1934, p. 258).

73. Ses origines. — Lombroso en a donné deux explications dans les éditions successives de son ouvrage : *L'Homme criminel*.

D'après la première explication, le type du criminel-né constitue un cas de *régression atavique*. Le criminel-né est un individu non évolué par suite d'accidents survenus dans le développement de l'espèce humaine ; il reproduit les caractères de l'homme primitif. Lombroso justifie cette affirmation en démontrant qu'il existe des traits de ressemblance entre le criminel dont il parle et certains êtres primitifs qui sont sous nos yeux, les animaux, les sauvages et les enfants. Il constate l'existence de deux traits communs aux sauvages et aux criminels : l'habitude du tatouage et celle de l'argot. Chez les enfants, il signale l'habitude du mensonge, la tendance au meurtre et à l'obscénité. Il dénonce chez les animaux tous les caractères de la criminalité, et même une certaine spécialisation dans le crime, par exemple : la fréquence du vol chez les chats, du rapt de mineurs chez les fourmis rouges, etc. Il est des animaux, tels que les taureaux, chez lesquels la passion engendre des crimes analogues à ceux des hommes.

D'après la seconde explication, que Lombroso a d'ailleurs cherché à concilier avec la première, le criminel-né serait un cas de dégénérescence héréditaire engendré par la maladie ou les vices.

74. Ses caractères anatomiques, physiologiques, psychologiques.

— Quelle que soit l'origine de ce type, il se caractérise par certains stigmates physiques ou anatomiques. Le criminel, dit Lombroso, a le regard cruel et dur, le sourire cynique, la taille basse, le front étroit, les arcades sourcilières proéminentes, les pommettes saillantes, les lèvres minces, la mâchoire volumineuse, les cheveux abondants. C'est un type si nettement caractérisé qu'il est *transversal*, c'est-à-dire qu'il fait disparaître les originalités ethniques ; il se retrouve identique dans les différentes races, et ressemble, en définitive, au type chinois ou mongol.

Le type du criminel né présente, en second lieu, des particularités physiologiques : il a une très grande sensibilité tactile ; chez lui le fonctionnement des organes vaso-moteurs est défectueux, ce qui se manifeste par l'absence de rougissement du visage.

Garofalo a insisté surtout sur les caractères psychologiques du criminel né, sur l'absence des sentiments de justice et de charité.

75. Examen critique des caractères du « criminel-né ». — Pour Lombroso, ce type du criminel-né devait être le type, sinon de la totalité des malfaiteurs, du moins de la grande majorité d'entre eux. Mais on a démontré que les conclusions de Lombroso, à cet égard, étaient excessives ; on a souligné le vice de sa méthode, qui consiste à établir des parallèles entre les individus détenus dans les prisons, qui sont des malfaiteurs, et les honnêtes gens qu'il a examinés dans les hôpitaux et les casernes. Il peut se trouver dans les casernes et les hôpitaux des malfaiteurs ignorés, tandis qu'on rencontre parfois dans les prisons des victimes d'erreurs judiciaires.

Aussi, dans les éditions les plus récentes de son ouvrage, *L'Homme criminel*, Lombroso a-t-il dû apporter des tempérants à ses affirmations précédentes. Il se borne à déclarer, en définitive, que les caractères criminels, tels qu'il les a définis, se retrouvent plus souvent chez les malfaiteurs que chez les honnêtes gens.

On constate aujourd'hui que le criminel-né de Lombroso n'est autre que le *fou moral*, type du malfaiteur qui jouit de ses facultés intellectuelles, mais auquel manque ce sens inné qui porte à rechercher le bien et à fuir le mal. Or, il est reconnu que le fou moral est un type morbide, et par conséquent exceptionnel. Même chez lui, la fatalité de la prédisposition au crime est contestée¹.

76. Le criminel aliéné. — La seconde catégorie de malfaiteurs que distingue l'Ecole positiviste est celle des criminels *aliénés*, formée de ceux qui ont accompli leur acte sous l'influence de l'idiotie, ou d'une maladie mentale. On sait que la doctrine néo-classique exclut l'aliéné du droit pénal, puisqu'elle le déclare irresponsable ; il en est autrement de l'Ecole positiviste, qui attribue pour seul fondement à la peine la défense de la société.

Les criminels aliénés tombent sous le coup de la loi pénale, à raison de leur état dangereux.

77. Le délinquant d'habitude. — L'Ecole positiviste distingue, en troisième lieu, les *criminels d'habitude*, les récidivistes, ceux qui, après avoir subi une condamnation pénale, et l'avoir peut-être exécutée, se laissent aller à commettre de nouvelles infractions. Ici, la criminalité n'est pas innée ; elle est engendrée par l'habitude de mal faire. Le sociologue Gabriel Tarde a mis en relief le rôle important que joue dans la criminalité « le malfaiteur de profession ».

Ces trois catégories de malfaiteurs sont les plus redoutables aux yeux de l'Ecole positiviste qui possède, au contraire, des trésors d'indulgence pour les catégories suivantes :

78. Le criminel passionnel. — D'abord les *criminels passionnels*. Le criminel passionnel est un homme foncièrement honnête, mais qu'un tempérament sanguin ou nerveux à l'excès a pu déterminer à la commission d'un crime grave : meurtre, coups et blessures.

79. Le délinquant d'occasion ou « criminaloïde ». — C'est enfin le *criminel d'occasion*, individu destiné à être un honnête homme, mais qui, victime de hasards fâcheux, s'est abandonné à un moment de faiblesse qu'il regrettera plus tard. De sa part, le renouvellement du délit est peu à redouter.

Le délinquant d'occasion est parfois désigné par les auteurs italiens sous le nom de *criminaloïde*.

80. La politique criminelle de l'Ecole positiviste. — A ces différentes catégories de criminels, il faut appliquer des traitements appropriés. L'Ecole positiviste a pu proposer, sur ce point, des solutions concrètes. Enrico Ferri fut nommé, en 1919, par le gouvernement italien, prési-

1. B. DI TULLIO, *Manuale di Antropologia e Psicologia criminale*, Rome, 1931, pp. 58 et suiv.

dent d'une commission officielle chargée de donner à l'Italie un nouveau Code pénal¹.

Pour les criminels aliénés, il propose l'internement, mais sur l'ordre du juge, après constatation de la culpabilité. Les aliénés seront internés, dit Ferri, dans des « manicomés » et soumis à un régime plus curatif que répressif. Les délinquants d'habitude et les criminels-nés doivent, pour que la société soit assurée d'être efficacement protégée, être l'objet d'une mesure d'élimination. Pour Lombroso et pour Garofalo, cette mesure d'élimination sera, le plus souvent, la peine de mort. Enrico Ferri, qui est opposé à la peine capitale, se prononce pour l'internement à vie, dont la durée peut d'ailleurs être abrégée, grâce au pouvoir très étendu donné à l'administration pénitentiaire. Aux délinquants passionnels et d'occasion, on infligera simplement des peines d'intimidation, telles que l'amende².

81. La troisième Ecole italienne ou Ecole du positivisme critique.

— La doctrine positiviste ne jouit aujourd'hui d'une autorité incontestée, ni en France, ni en Italie³. Dans ce dernier pays, surtout, le mouvement doctrinal est intense. On constate la formation, depuis le développement de l'Ecole positiviste, de plusieurs écoles nouvelles :

La première, tout en admettant les principes fondamentaux de la doctrine positiviste, en s'associant en particulier à sa critique de la doctrine néo-classique, est loin cependant d'adopter toutes ses conclusions.

Elle fait des réserves quant à la prépondérance, affirmée par Lombroso, du type criminel.

Elle est loin de manifester le scepticisme d'Enrico Ferri en ce qui touche l'efficacité de la peine. Elle se montre, à l'exemple de Garofalo, volontiers répressive.

Cette doctrine nouvelle est déterministe : elle nie la liberté humaine et la responsabilité morale. C'est l'école du *positivisme critique*. A cette école appartiennent Alimena, avec son ouvrage : *Naturalisme critique et Droit pénal* et Carnevale qui a écrit *Une troisième Ecole de Droit pénal en Italie*⁴.

82. L'agnosticisme des Ecoles nouvelles, quant au problème de la responsabilité morale. — Mais l'idée qui est le fondement de cette école, la négation du libre arbitre, est loin d'être à l'abri des controverses. D'un point de vue scientifique, on a montré, en effet, que s'il est impossible

1. Le texte de ce projet de Code pénal a été publié à Rome en 1931 et traduit en français. Il est précédé d'un remarquable rapport. Il a fait l'objet d'une vive critique de M. Cuche dans la *Revue pénitentiaire*, 1921, pp. 299 et 426.

2. Cette indulgence à l'égard des criminels passionnels est loin d'être approuvée par tous les représentants actuels de l'Ecole positiviste. Voir notamment : L. RABINOWICZ, *Le Crime passionnel*, préface de Léon Cornil, 1931.

3. Les idées de l'Ecole positiviste ont été soumises à l'épreuve de la discussion publique de 1885 à 1911, dans une série de Congrès d'Anthropologie et de Sociologie criminelle. Une Société italienne d'anthropologie et de psychologie criminelle, à tendance neutre, a été fondée, à Rome, les 9 et 10 mai 1936, sous la présidence de M. d'Amelio, premier président de la Cour de Cassation. Voir la Chronique étrangère de M. de CASABIANCA, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 114. A Rome également s'est tenu, du 3 au 8 octobre 1938, le Premier Congrès international de criminologie. Cf. P. de CASABIANCA, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1939, p. 88.

4. Les Œuvres de Carnevale ont été réunies en 3 volumes : *Diritto criminale* (Roma Foro italiano, 1932). Cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *En lisant le Maître Carnevale*, extrait de la *Giustizia penale*, 1933, partie II : *Il Codice e l'Esecuzione*.

de démontrer l'existence de la liberté morale, chez le délinquant, la preuve contraire est également irréalisable. L'école positiviste encourt le reproche qu'elle a formulé contre la doctrine néo-classique ; elle est fondée, comme cette dernière, sur un postulat, sur un dogme.

Au point de vue de la politique criminelle, il n'est pas difficile de démontrer qu'en écartant la notion de liberté humaine et l'idée de responsabilité morale, on enlève à la peine son caractère flétrissant. En la dépouillant de sa signification morale, on la prive d'une grande partie de son efficacité.

Aussi, les criminalistes contemporains, laissant aux philosophes le soin de trancher le problème ardu du libre arbitre, gardent-ils sur ce point une sage neutralité. C'est la position qu'avec des variantes ont adoptée en France, après M. Gabriel Tarde¹, M. Saleilles² et M. Cuche³.

83. L'Union internationale et l'Association internationale de droit pénal ; l'Ecole technico-juridique ; l'Ecole pragmatique. — La tendance qui, aujourd'hui, semble prévaloir, consiste à se laisser guider par les données de l'expérience. Le meilleur système de politique criminelle est celui qui donne les résultats les plus certains dans la lutte contre le crime.

Tel était le point de vue de l'*Union internationale de Droit pénal*, fondée en 1880 par Prins, professeur à Bruxelles, Von Liszt, de Berlin et le Hollandais Van Hamel, et qui organisa, de 1889 à 1913, une série de Congrès internationaux⁴. Elle se morcela à la mort de ses fondateurs et à la suite de la guerre. Son œuvre fut reprise, depuis 1924, par l'*Association internationale de Droit pénal*, fondée à Paris et présidée par l'illustre homme d'Etat belge, M. Carton de Wiart⁵. Telle était enfin l'inspiration de l'*Ecole technico-juridique*, fondée à Rome par le professeur Sabatini, et de l'*Ecole pragmatique*, que représentait, à Madrid, le professeur Quintiliano Saldaña⁶.

Les événements politiques ont arrêté ou modifié l'activité de ces divers organismes. L'*Union internationale de droit pénal*, réduite à ses groupes alle-

1. TARDE, *La Criminalité comparée* (1886) ; *Les Lois de l'Imitation* (1890) ; *Philosophie pénale* (1890) ; *Etudes pénales et sociales* (1891). Cf. Jules GILLARD, *Gabriel Tarde. Sa Métaphysique, sa Sociologie, sa Criminologie*, Bruxelles, 1937.

2. SALEILLES, *De l'Individualisation de la Peine*, Paris, Alcan, 4^e éd., 1927. M. Saleilles, tout en admettant que la mesure de la peine doit s'établir en considération de l'utilité sociale, maintient, comme *fondement* philosophique de celle-ci, la notion de responsabilité morale. Il croit à l'existence, chez l'homme, d'un *fonds de résistance*, qui lui permet de choisir entre les mobiles. Cf. dans le même sens, l'ouvrage du R. P. GEMELLI, *Méthodes et Limites de la Psychologie dans l'Etude et la Prévention de la Délinquance*, Milan, 1937.

3. CUCHE, *L'Eclectisme en Droit pénal* (*Revue pénitentiaire*, 1907, pp. 944 à 961). En Allemagne également, s'est instituée, entre la doctrine de la peine rétributive défendue par l'Ecole libérale de Birkmeyer, et la thèse de la peine tutélaire, qui est celle de l'Ecole réaliste de Von Liszt, une doctrine transactionnelle, dont les représentants sont Kohler, Beling, Von Bar, Oetker, Kitzinger, von Hippel, Mittermayer. Elle fait pendant à la troisième Ecole italienne et à l'Ecole éclectique française.

4. Les travaux sont publiés par le *Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal* qui paraissait en allemand et en français : 25 volumes, de 1881 à 1914.

5. Des congrès internationaux ont été organisés par ses soins à Bruxelles (1926), Bucarest (1929), Palerme (1933), Paris (1937). Voir les *Actes des Congrès* (Paris, Sirey) et les rapports publiés par la *Revue internationale de Droit pénal*.

6. Q. SALDANA, *La Criminologie nouvelle*, Paris, 1929 ; *La Défense sociale universelle*, conférence faite, en 1935, à la Faculté de Droit de Paris.

mand et autrichien, s'est dissoute : elle est remplacée par la *Société pour le droit pénal allemand*, fondée à Munich, le 27 octobre 1938, et où prévaut l'inspiration national-socialiste¹. — La guerre a empêché le Congrès que devait tenir à Belgrade, en 1940, l'*Association internationale de droit pénal*, et celui qu'avait préparé, pour la même année, à Rome, la *Commission pénitentiaire internationale*. En Italie, l'intérêt semble se détourner, à nouveau des questions purement juridiques, et se porter, de préférence, sur les problèmes de science pénitentiaire et de criminologie. La *Société italienne d'anthropologie et de psychologie criminelle*, fondée en 1936 sous la présidence de M. d'Amelio, premier président de la Cour de cassation, a provoqué la réunion à Rome, en octobre 1938, du premier Congrès international de criminologie². — Les juristes scandinaves ont inauguré à Helsingfors, le 20 août 1937, la série des congrès de criminalistes nordiques³.

84. Le mouvement législatif en France. — En France, de 1880 à 1914, un certain nombre de lois sont venues consacrer des solutions conformes aux tendances générales de la doctrine positiviste. Les auteurs de ces lois, le sénateur Béranger entre autres, sont loin de se réclamer de cette doctrine, mais ils ont obéi aux suggestions de l'expérience, aux conseils de la pratique.

Citons, en particulier, la loi du 27 mai 1885 sur la relégation. La relégation est une peine coloniale perpétuelle, éliminatoire, destinée aux criminels d'habitude.

Citons, en second lieu, la loi du 26 mars 1891, sur le *sursis à l'exécution des peines*, qui est, au contraire, une manifestation d'indulgence en faveur des délinquants primaires, de ceux qui viennent de commettre une première infraction.

C'est encore la loi du 22 juillet 1912, sur les tribunaux pour enfants et la mise en liberté surveillée, qui achève de différencier le régime pénal des mineurs et celui des majeurs.

Dans la période d'entre les deux guerres (1919-1939) la préoccupation économique et sociale est dominante. Elle se traduit par une répression plus énergique des fraudes commerciales et fiscales, la création du délit d'abandon de famille (loi du 7 février 1924), la correctionnalisation légale de l'avortement (loi du 27 mars 1923), de la bigamie (loi du 17 février 1933) que devait suivre celle de l'infanticide (loi du 2 septembre 1941) et qui est destinée, en esquivant la compétence du jury, à rendre moins illusoire la poursuite de ces infractions. La politique individualiste et humanitaire dont l'avènement du *Front Populaire* (1936) marque l'apogée, se traduit par des essais de réforme du régime des mineurs (décret-loi du 30 octobre 1935 *relatif à la protection de l'enfance*), de la peine coloniale, et surtout par les lois du 7 février 1933 et du 25 mars 1935 *sur les garanties de la liberté individuelle*. A la fin de cette période, l'imminence du danger intérieur et extérieur détermine un renversement de cette tendance indulgente.

1. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. LVIII, p. 737 ; *Deutsches Strafrecht*, 1938, p. 385.

2. *Rivista di diritto penitenziario*, 1938, pp. 913 et suiv. FREISLER et ROLAND. *Romischer Kongress für Kriminologie*, Berlin, 1939 ; P. DE CASABIANCA, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1939, p. 88. Les Actes de ce Congrès ont été publiés en octobre 1939 (5 vol. in-4°). Cf. *Revue de Science criminelle*, 1940, p. 270.

3. Voir l'*Annuaire des Associations de criminalistes nordiques*, publié par Karl Schlyter (Stockholm) ; Krabbe (Copenhague) ; Sund (Oslo) et Vekko (Helsingfors).

C'est dans un esprit de rigueur que se réalisent la suppression et le remplacement de la transportation aux colonies (décret-loi du 17 juin 1938), et, par voie également de décrets-lois (29 juillet 1939), la protection de l'Etat contre les attentats à sa sûreté extérieure, celle de la famille contre les manœuvres abortives et les outrages aux bonnes mœurs.

Le droit pénal issu de la guerre, de la défaite et de la « Révolution nationale » devait marquer, plus fortement encore, cette dernière orientation. L'intervention croissante de l'Etat dans le domaine économique par la création de nouveaux délits (loi du 2 juillet 1940 réprimant la vente frauduleuse d'automobiles...) ou le renforcement des peines (lois de 1940 et 1941 sur les fraudes en matière de chèques, la hausse illicite des prix, les infractions aux règles sur le ravitaillement), le rôle grandissant des mesures afflictives à caractère administratif, le fonctionnement de diverses juridictions d'exception dotées d'un pouvoir quasi-discretionnaire dans la lutte contre les infractions de nature politique ou sociale, telles sont les caractéristiques de la nouvelle politique criminelle.

Il en est résulté une sorte de droit pénal « de nécessité ».

85. L'évolution de la criminalité en France et à l'étranger, depuis la fin du XIX^e siècle. — Quels ont été les résultats, en France, de cette politique criminelle, que le positivisme a influencée ? Pour connaître l'état actuel de la criminalité, nous consulterons, comme nous l'avons fait jusqu'ici, les *Comptes généraux d'Administration de la justice criminelle*. Nous sommes amenés naturellement, à distinguer trois périodes : celle qui a précédé la guerre de 1914, celle de la guerre, celle qui a immédiatement suivi, et à laquelle nos renseignements actuels nous obligent à donner pour terme l'année 1940.

Dans la période qui s'écoule de 1880 jusqu'à la veille de la guerre (1914-1918), nous ne constatons aucune amélioration, ni en ce qui touche la criminalité générale, ni en ce qui concerne la proportion des récidivistes. Il y a même recrudescence très nette de la délinquance astucieuse. Une amélioration s'est manifestée, cependant, de 1890 à 1905. On l'explique, en général, par l'heureux effet de la loi sur la *relégation*, qui a débarrassé le territoire d'un grand nombre de malfaiteurs dangereux, et par celui de la loi de *sursis*. Mais cette amélioration devait être de courte durée. La situation est de nouveau inquiétante à la veille de la guerre.

La période de la guerre (1914-1918) n'est pas instructive au point de vue qui nous occupe, celui du développement général de la criminalité. Les éléments des statistiques se trouvent brusquement modifiés : d'une part, à raison de ce fait qu'une partie du territoire est occupée par l'ennemi ; d'autre part, parce que la plupart des hommes qui sont à l'âge où le taux de la criminalité est le plus élevé se trouvent sous les drapeaux.

On devait prévoir, pour le lendemain de la guerre, une recrudescence de la criminalité. Les raisons de la redouter ne manquaient pas. C'étaient, en particulier, les diverses manifestations du désordre social, la désorganisation de la famille, les déplacements de populations, l'afflux des étrangers dont le contingent dans la criminalité, pour des raisons que nous indiquerons, est toujours supérieur à celui des nationaux. Ces prévisions pessimistes ne se sont pas entièrement réalisées.

En fait :

1° On remarque sans doute, après l'armistice, une aggravation de la criminalité violente. Mais cette aggravation ne dure pas. Ainsi, le nombre annuel des accusés de meurtre, qui, de 333 en 1913, s'était élevé en 1921 à 510, est descendu en 1930 à 291, en 1931 à 252, en 1932 à 321, en 1933 à 259, en 1934 à 272, en 1938 à 194, en 1940 à 121.

2° Une régression de la criminalité *générale* semble manifestée par la réduction du nombre des procès-verbaux, plaintes et dénonciations, réduction qui atteint le chiffre de 100.000 dans la période 1913-1923. On l'explique surtout par la transformation des conditions économiques, la rémunération meilleure du travail manuel, qui a favorisé les catégories sociales où se recrutent précédemment la plupart des délinquants¹. Il était malheureusement à prévoir que le développement du chômage amènerait un phénomène inverse. Le nombre des procès-verbaux, plaintes et dénonciations est en augmentation presque constante de 1930 à 1940 : 626.269 en 1931, 635.261 en 1932, 642.147 en 1933, 664.790 en 1934, 636.315 en 1936, 725.019 en 1940. La criminalité astucieuse, sous la forme, notamment de l'escroquerie et de l'abus de confiance, marque de 1920 à 1939 une progression² plus que proportionnelle à l'ensemble de la délinquance.

3° On a pu considérer comme un symptôme réjouissant, sinon la régression apparente de la récidive (elle s'explique par les lois d'amnistie, qui ont blanchi bien des casiers judiciaires), du moins le recul de la délinquance juvénile, dû au bienfait de la législation récente sur les tribunaux pour enfants. La diminution du nombre des mineurs de 21 ans condamnés, de 1913 à 1933, atteint une proportion de 17%. Ces dernières années, malheureusement, une aggravation s'est produite.

Quant à la période présente — 1940-1945 — les circonstances qui ont suivi le déclenchement des hostilités, l'exode des populations consécutif à la défaite, l'afflux des réfugiés dans les grandes villes, les difficultés de ravitaillement font prévoir, quand des chiffres seront établis, les constatations les plus sombres. Il est à craindre que la progression de l'immoralité et de la délinquance concerne en particulier ceux qui souffrent au plus haut point de la dispersion de la famille, c'est-à-dire les femmes et les enfants.

A l'étranger, des circonstances économiques et sociales analogues semblent avoir eu les mêmes effets. Seule, l'existence, dans certains pays, d'un pouvoir fort a pu parer à l'augmentation de la criminalité, à laquelle participe, au premier chef, la délinquance astucieuse.

Les statistiques d'avant-guerre témoignent d'une importante régression dans quelques pays d'Europe. En Italie, la délinquance, qui atteignait, en 1923, le chiffre de 18,83 délits dénoncés par 1000 habitants, serait tombée en 1938, à 12,94³. Une nouvelle réduction, importante, se serait produite de 1938 à 1939⁴. — En Allemagne, la moyenne des crimes et délits se serait

1. GUILHERMET, *L'Influence des Conditions économiques d'après guerre sur la Criminalité* (Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1924, p. 126); CALBAIRAC, *Les Répercussions de la Grande Guerre sur la Criminalité en France (Etudes criminologiques, 1928, p. 62)*. O. KIRCHHEIMER, *Remarques sur la Statistique criminelle de la France d'après guerre (Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé, 1936, pp. 363 et suiv.)*.

2. 6.274 prévenus d'escroquerie en 1934, au lieu de 4.092 en 1925; 9.742 prévenus l'abus de confiance, au lieu de 6.777. En 1940, ces chiffres se sont abaissés à 2.433 pour l'escroquerie, et 5.661 pour l'abus de confiance. Mais, c'est que la guerre, la mobilisation, l'occupation ont réduit les occasions de ces délits et compliquent les poursuites.

3. NOVELLI, La diminution de la criminalité en Italie, *Revue internationale de doctrine et de législation pénale comparée*, n° 1 (1937), pp. 3 et suiv.

4. Rapport de A. Bocchini, chef de la police, au Duce, *Rivista di diritto penitenziario*, 940, p. 394.

abaissée de plus d'un tiers de 1931-1932 à 1936¹. Les juristes de ces pays attribuent cette évolution à l'influence d'un régime autoritaire. — En Angleterre, c'est la reprise économique de 1933-1934 et la réduction du chômage qui rendraient compte d'une notable diminution de la criminalité²; mais la statistique pénitentiaire relative à 1938 atteste une recrudescence: le nombre des hommes détenus dans les prisons s'élève de 42.014 en 1937 à 44.928 en 1938³. Les dernières statistiques criminelles confirment ces données inquiétantes.

On signale une aggravation en Grèce (1933), en Suède (1934), et aux Pays-Bas (1936).

Aux Etats-Unis, où, à défaut de statistiques complètes, l'évolution de la criminalité ne peut guère être appréciée que d'après le nombre annuel des entrées dans les établissements pénitentiaires, la situation, en 1936, apparaît sous des couleurs très sombres⁴.

Pour prévenir les erreurs d'appréciation que risquent d'entraîner les différences de méthodes suivies dans l'établissement des statistiques, l'*Institut international de statistique* et la *Commission pénale et pénitentiaire* se sont mis d'accord pour proposer, dans un rapport publié à Berne en 1937, des *directives d'élaboration* des statistiques criminelles dans divers Etats⁵.

86. La réforme du droit positif dans les pays étrangers. — L'évolution des doctrines criminalistes a eu aussi son action sur le droit positif des pays qui nous entourent.

Nous avons signalé l'influence prépondérante qu'a exercée la doctrine néo-classique sur tous les codes étrangers élaborés de 1835 à 1870 environ. Cette influence domine encore la rédaction du Code pénal italien de 1889⁶, mais le mouvement de codification ne s'est pas ralenti depuis cette époque⁷. Et c'est alors la doctrine positiviste, dont on trouve la marque dans

1. EXNER, *Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1938, p. 336. Cf. *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 609.

2. *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 383.

3. *Bulletin de l'Union des Sociétés de patronage*, 1940, p. 71.

4. L. BELYM, Le crime et les déficiences du système pénitentiaire et répressif aux Etats-Unis. *Revue de droit pénal et criminologie*, 1939, p. 933.

5. E. HACKER, Les devoirs de la Société des Nations dans le domaine du droit pénal, *Revue internat. de droit pénal*, 1939, p. 858; Les Méthodes de la statistique comparée de la criminalité en Hongrie, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1940, p. 70.

6. Le Code pénal turc du 1^{er} mars 1926 est imité du Code italien de 1889. L'influence néo-classique est encore la plus sensible, dans le Code pénal de l'Iran, du 13 janvier 1926, promulgué le 17 mars 1936; celui de la Palestine (1^{er} janvier 1937); celui de l'Egypte (31 juillet 1937) qui est une édition modifiée, consécutive à l'abrogation des Capitulations, du Code national de 1904. Voir, sur le nouveau Code pénal égyptien, l'excellent commentaire, avec exposé de droit comparé, de MM. A. Chéron et A. Badawi, t. I, Le Caire, 1939.

7. Même dans les Etats anglo-américains où la coutume (*common law*) et la jurisprudence (*case law*) sont les principales sources du droit, un certain nombre de lois particulières (*statute law*) apportent des réformes qu'inspire un esprit nouveau. Citons, pour l'Empire Britannique: le *Probation of First Offenders Act* de 1887, qui introduit le sursis à la condamnation; le *Penal Servitude Act* de 1891, qui réforme la peine des travaux forcés; le *Reformatory School Act* de 1899, instituant des écoles de réforme pour les jeunes délinquants; le *Probation of Offenders Act* de 1907 (condamnation conditionnelle); le *Prevention of Crime Act* de 1908, qui soumet les délinquants d'habitude à des mesures de sûreté. Dans la période récente se développe une politique criminelle orientée vers la réadaptation sociale et que caractérisent: le recours plus étendu à la peine pécuniaire; l'octroi plus fréquent du sursis à l'exécution de la peine qui, à l'égard de la criminalité *indictable* (la plus grave) se rencontre aujourd'hui dans plus de la moitié des cas; une régression correspondante de la peine privative de liberté dont l'application, dans l'ensemble des sanctions, se réduit à la proportion, de 28 % en 1924, à 18,2 % en 1936. La *probation* (ou sursis de 3 ans au jugement), la substitution de la mesure de sûreté à

le Code pénal norvégien de 1902, qui introduit les mesures de sûreté contre les délinquants d'habitude ; dans le Code pénal russe du 22 mars 1903¹ ; et surtout dans les législations récentes de certains Etats de l'Amérique du Sud².

Par une série de projets qui s'échelonnent de 1893 à 1918, la Suisse entreprenait l'unification difficile de ses législations cantonales. Cet effort s'accomplissait dans l'esprit de l'*Union internationale de droit pénal*, et, du point de vue politique, sous une inspiration très libérale. Les législations récentes des cantons de Vaud, Fribourg, et du Valais se sont approprié maintes dispositions de ces projets. Ils ont abouti, enfin, à la promulgation d'un Code national, qui, voté par l'Assemblée fédérale le 21 décembre 1937, soumis au référendum populaire le 3 juillet 1938, est entré en vigueur en 1943³. — Il faut citer, comme ayant reçu la même empreinte doctrinale, le Code pénal japonais de 1907⁴, les Codes promulgués par des Etats ressuscités par la guerre, tels que la Pologne⁵, ou par des nations qui, ayant vu leur territoire

la peine, au lieu de l'ordre successif du *Prevention of Crim Act*, sont l'objet du *Criminal Justice Bill* de 1938. — Aux Etats-Unis, où la *common law* britannique est également la base du droit, la *statute law* est représentée par une législation fédérale qui ne contient qu'un petit nombre de prescriptions, d'ordre constitutionnel, et surtout par les Codes particuliers des Etats, dont certains seulement (en particulier le Code pénal de New York 1881) portent une réglementation d'ensemble. — Au Canada s'applique un *Criminal Code* de 1906 (55/56 *Vict. C.* 29).

1. Ce Code a été abrogé, en Russie, par la législation soviétique ; mais il a été mis en vigueur en Lithuanie (1919), en Lettonie (loi du 6 déc. 1918), et en Esthonie. Un Code lithuanien du 30 mars 1935, un Code letton du 25 décembre 1930, entré en vigueur le 1^{er} août 1933, l'ont remplacé. La Finlande est régie par un Code du 19 décembre 1889, inspiré du Code suédois de 1864, et du Code allemand de 1871. Un projet de Code pénal finlandais a été rédigé par le professeur Allan Serlackius Sarkilahti.

2. Citons : les Codes pénaux de la République argentine (1921), de Panama (1922), Costa Rica (1924), Pérou (1924), Vénézuéla (1926), Mexique (1929 et 1931), Uruguay (1934), Guatémala (1936), Pérou (1936), Colombie (1937), Equateur (1938), D^r Luis Caro Escallon, Le nouveau Code pénal de Colombie, *Revista colombiana de biología criminal*, avril 1936, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 343.

Dans d'autres Etats américains, où les Codes, plus anciens, portent l'empreinte néo-classique, la réforme pénale est en cours. Pour la République argentine, un projet, d'inspiration également positiviste, a été rédigé par les D^{rs} Jorge Coil et Eusebio Gomez. A Cuba, la loi du 8 octobre 1936 a suspendu pour deux ans l'application du nouveau Code de défense sociale (février 1936) où l'on a vu un compromis malheureux entre l'idée de défense sociale, qui avait inspiré le projet positiviste du D^r Ortiz, imité du projet Ferri et le point de vue de la réforme morale : Vieites. Quelques mots sur le Code de défense sociale de la République de Cuba. *Revue internat. de droit pénal.*, 1936, n^o 4. Au Brésil, un nouveau Code pénal, animé d'un esprit à la fois progressif et éclectique, attaché au principe de la responsabilité morale, est entré en vigueur en 1940. Voir : NIKO GUNZBURG, *Le nouveau Code pénal du Brésil*, et *La trajectoire du crime*, Rio de Janeiro 1942.

3. F. CLERC, Le nouveau Code pénal suisse, *Revue de science criminelle*, 1939, pp. 238 et suiv. ; J. MORUZI, *Revue internat. de doctrine et de légis. pénale comparée*, 1940, p. 202.

4. Ce Code pénal -- qui remplaçait le Code de 1880, d'inspiration française -- est aujourd'hui remis sur le chantier (projet de 1925). En Chine se sont succédé le Code pénal provisoire de 1912, imité du Code japonais de 1907, le Code de 1928, enfin, celui du 1^{er} juillet 1935. Ce dernier, « tout en demeurant, comme celui de 1928, une sorte de compromis entre les théories de l'Ecole classique et celles de l'Ecole positiviste, accuse une tendance marquée dans cette dernière direction ». (ESCARRA, *Le Droit chinois*, Pékin-Paris, 1936, p. 220). Le Code du Mandchoukouo (4 janvier 1937) a été rédigé sous la direction japonais.

5. Le projet de Code, œuvre d'une commission présidée par MM. Makarewicz et Rapport, a paru dans la *Revue polonaise de Législation civile et criminelle*, en 1922, et 1926. Le Code lui-même est compris, ainsi que le Code danois, dans la collection de l'*Association internationale de droit pénal*.

s'étendre, ont compris la nécessité d'élaborer des législations nouvelles, susceptibles d'être appliquées aux régions récupérées. C'est ainsi qu'ont paru successivement : en 1929, un Code pénal yougoslave ; en 1932, un Code pénal polonais ; en 1933, un Code pénal danois. Un nouveau Code pénal roumain est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1937. Un projet tchécoslovaque était, depuis de longues années (1927) sur le chantier¹.

Dans d'autres pays, ce sont les changements de régime politique qui ont entraîné la rédaction de Codes pénaux aujourd'hui en vigueur, ou dont la promulgation est imminente. Ainsi, la République des Soviets s'est donné successivement en 1922, puis en 1926, deux Codes pénaux où l'esprit de lutte des classes s'allie à l'inspiration positiviste² ; entre temps, une loi fédérale du 31 octobre 1924 a énoncé, dans le même esprit, les principes fondamentaux dont doivent s'inspirer les Codes pénaux des républiques associées. En Italie, le projet préparé par la commission Ferri a fait place au projet du ministre Rocco, réaliste, sévère à l'égard des délinquants politiques, inspiré, au point de vue doctrinal, par l'École *technico-juridique*, qui est, depuis le 1^{er} janvier 1931, le nouveau Code pénal italien³. Dès auparavant, un nouveau Code, offrant des tendances analogues, avait été promulgué en Espagne, par la dictature⁴. La République espagnole l'a abrogé, remettant provisoirement en vigueur celui de 1870 dont le Code nouveau, du 27 octobre 1932, n'est qu'une édition révisée⁵. En Allemagne, les projets élaborés de 1909 à 1930, sous l'influence doctrinale de l'Union internationale de Droit pénal⁶, sont abandonnés. Le projet suivant est celui d'un Code pénal national-socialiste, racial, autoritaire, et qui, adoptant un point de vue subjectif, s'attache à saisir et à frapper, chez le délinquant, la volonté coupable (*Willensstrafrecht*)⁷.

1. A. MIRICKA, *La Législation pénale et sa Réforme en Tchécoslovaquie* (*Rev. internat. de Droit pénal*, 1924, p. 202).

2. *Les Codes de la Russie soviétique : le Code pénal de la R. S. F. S. R., avec les Modifications jusqu'au 1^{er} octobre 1933*, traduit par J. PATOUILLET, et publié, avec préface de P. GARRAUD, dans la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*, Paris, 1935 ; Napolitano TOMASO, *La Politica criminale sovietica*, Padova, 1936. Le projet Krylenko, destiné à remplacer le code de 1926, dont il outrepassait le marxisme et exagérait l'arbitraire — il ne contenait pas de partie spéciale — est abandonné. Une réaction contre l'illuminisme de Pasukanis et de Krylenko, un retour au droit bourgeois semble se manifester. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des Etats autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, R. BÉRAUD, *Le droit pénal et les dictateurs*, *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 672 ; R. MAURACH, *Vier Jahre bolschevistischer Strafrechtsgeschichte (1933-1936)*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1937, p. 735 ; du même : *La banqueroute de la doctrine bolcheviste en droit pénal*, *Deutsches Strafrecht*, oct.-nov. 1938, pp. 359 et suiv. ; du même : *Les récents changements de la théorie générale du droit dans le droit pénal et le droit international de l'Union Soviétique*, *Giustizia penale*, 1939, parte I, col. 346 et suiv.

3. Voir sur ce Code qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires, les ouvrages cités p. 10 (bibliographie). En 1935 a été promulgué, pour la République de Saint-Marin, un nouveau Code qui fait une large place au *droit pénal subjectif*. Cf. GRAMATICA, *Principi di Diritto penale soggettivo*, 1934.

4. Le Code espagnol du 8 septembre 1928, traduit par MM. MAGNOL et DE MOULINS, est publié dans la *Bibliothèque de l'Institut de Criminologie de Toulouse*, Paris, 1931.

5. J. DE ASUA, *Código penal reformado* du 27 oct. 1932 ; LOPEZ-REY, *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933.

6. Voir sur ces travaux : RAPPAPORT, *La Lutte autour de la Réforme du Droit pénal en Allemagne*, Paris, 1913, avec une préface de M. Garçon.

7. Pour les travaux préparatoires de ce Code, on consultera : le mémoire du ministre de la Justice de Prusse (*Droit pénal national-socialiste*), publié en automne 1933 ; *Das*

87. Les problèmes à l'ordre du jour. — Les événements politiques ont relégué à l'arrière-plan trois ordres de problèmes qui sollicitaient naguère l'attention des juristes, en France et à l'étranger.

1° *La révision de notre Code pénal*, qui est le plus ancien de l'Europe. Elle permettrait de remédier à certains défauts techniques, et de l'adapter aux exigences de la politique criminelle, notamment par l'organisation des mesures de sûreté. Elle aurait, par contre, l'inconvénient de rendre inutile, en grande partie, pour l'avenir, la jurisprudence qui s'est échafaudée sur le Code pénal de 1810. Un projet rédigé depuis 1930 par une commission extraparlamentaire, que présidait M. Paul Matter, procureur général à la Cour de cassation, et amendé, dans sa partie générale, après consultation des Cours d'appel et des Facultés¹, avait été soumis à l'examen des Chambres.

2° *L'unification des législations pénales*, devant s'appliquer dans l'esprit de ses promoteurs, aux matières qui mettent principalement en jeu des considérations techniques (théories de la tentative, de la complicité, etc...) ou la réglementation des délits de droit des gens (piraterie, traite des blanches, etc.) ; l'*Association internationale de droit pénal* s'est mise, en 1926, à la tête du mouvement. Les dernières *Conférences internationales pour l'unification du droit pénal* se sont tenues à Paris en 1931, à Madrid, en 1933, à Copenhague, en 1935, au Caire en janvier 1938². Formées de délégués officiels, elles s'appliquent à la rédaction de textes dont les législateurs futurs des divers États s'inspireraient. On est malheureusement obligé de se montrer sceptique quant aux perspectives prochaines de cet effort. L'Europe actuelle nous offre moins le spectacle d'un rapprochement des législations répressives que celui d'une opposition très nette entre un droit pénal « libéral » — celui des États démocratiques — et un droit pénal « autoritaire » — celui des États « totalitaires ».

3° *La réforme du régime pénitentiaire*. — Cette opposition se reflète dans les projets de réorganisation des prisons et d'amendement du régime pénitentiaire. Ce régime doit-il être aménagé dans le sens de la réformation morale, de la réadaptation sociale des détenus ? Doit-on s'efforcer, au contraire, de renforcer, par les modalités d'exécution, l'effet intimidant, sanctionnateur

kommende deutsche Strafrecht, rapport sur la travail de la Commission officielle, publié par M. GÜRTNER, ministre de la Justice, en deux volumes, l'un consacré à la partie générale, l'autre à la partie spéciale, Berlin, 1935, 2^e éd. 1936 ; les écrits de l'Académie de droit allemand, *Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts*, par le D^r FRANK (Berlin, 1935), *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60 Geburtstag von Graf Gleispach*, Berlin, 1936. Cf. E. ST. RAFFAPPORT, *Le Futur Code pénal du Troisième Reich*, extrait de la *Revue internationale de Droit pénal* (1934) ; E. MEZGER, *Le Linee direttive del Progetto preliminare di un nuovo Codice penale tedesco*, extrait de la *Rivista italiana di Diritto penale*, Milan, 1935 ; B. PERREAU, *Vers un Nouveau Droit pénal allemand*, extrait de la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1935.

1. On consultera, sur ce point, les rapports de MM. DONNEDIEU DE VABRES (à la Société générale des Prisons), *Gazette du Palais* du 5 janvier 1933 ; REULOS, au nom de la cour d'appel de Paris (Paris, 1933) ; MAGNOL, de la Faculté de Droit de Toulouse (Paris, Sirey, 1934) ; GARRAUD, de la Faculté de Droit de Lyon (Paris, 1934) ; B. PERREAU (de Caen) ; FRÉJAVILLE (Alger) ; CAMERLYNK (Strasbourg)... Voir aussi R. SAVATIER, *Le Nouvel Avant-Projet du Code pénal français*, extrait de *La Nuova Legislazione italiana*, 1934 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La Riforme del Codice penale francese*, extrait de la *Rivista di Diritto penitenziario*, 1933 ; *Le Linee direttive del Progetto di Riforma del Codice penale francese*, extrait de la *Rivista italiana di Diritto penale* (1935). Plus récemment, dans la *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1937, p. 172, la conférence faite à l'Union belge de Droit pénal par M. Paul Matter, premier président de la Cour de cassation, sur *L'Evolution du Droit criminel en France, et le Nouveau Projet de Code pénal*.

2. Voir les Actes de ces Conférences, publiés par la librairie Pedone. *Le Bureau international d'Unification du Droit pénal*, qui les organise, à son siège à Bucarest. Cf. RAFFAPPORT, *Le problème de l'Unification internationale du Droit pénal (Revue pénitentiaire de Pologne, 1929)*. M. ANCEL, *La 7^e Conférence pour l'unification du droit pénal*, *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 278.

de la peine ? Est-ce, en d'autres termes, le point de vue de la prévention individuelle, « spéciale », ou celui de la prévention collective, « générale », qui doit prévaloir ? Le progrès des idées humanitaires avait consacré le succès de la première tendance. Elle s'était longtemps affirmée dans les travaux des *Congrès pénitentiaires internationaux* qui, sur l'initiative de la *Commission pénale et pénitentiaire*, dont le siège est à Bâle, se tiennent, depuis 1877, tous les cinq ans et réunissent les délégués officiels des gouvernements (Londres, 1925 ; Prague, 1930 ; Berlin, 1935). Les travaux préparatoires du nouveau Code pénal allemand, des déclarations sensationnelles faites au Congrès de Berlin marquent, en revanche, le retour à des méthodes vindicatives qu'on eût volontiers regardées, naguère, comme liées à une étape aujourd'hui dépassée, dans l'évolution du droit criminel.

88. Division. — Cette première partie, consacrée à l'étude du droit pénal proprement dit, comprendra cinq chapitres.

I. *Théorie générale du délit.* — Quels sont les différents éléments de l'infraction à la loi pénale ? Quelles sont les différentes espèces de délits ? A partir de quel moment l'activité délictueuse tombe-t-elle sous le coup de la loi pénale ?

II. *Théorie générale de la responsabilité.* — Quelles sont les variations que subit la responsabilité, du fait de l'âge, de l'altération des facultés intellectuelles et physiques ? Quelles sont les modalités de la répression, quand le délit a été commis, en participation, par plusieurs personnes ?

III. *Théorie générale des peines* (ou science pénitentiaire).

IV. *Des circonstances qui sont de nature à influencer sur la rigueur et sur la durée des peines* : excuses, circonstances atténuantes, ou circonstances aggravantes (récidive).

V. *Des causes d'extinction de la peine et d'effacement de la condamnation.*

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DU DÉLIT

89. Définition du « délit ». — Le mot « délit » est susceptible de deux acceptions. Quand on emploie ce mot dans son sens le plus limité, le plus étroit, on entend par *délit* l'infraction que le législateur punit d'une peine correctionnelle. Dans un sens plus large, on entend par délit *toute infraction à la loi pénale*. C'est dans ce dernier sens qu'on parlera ici du délit.

La définition du *délit* varie selon l'École à laquelle on se rattache. Pour l'École de la justice absolue — et cette définition serait vraisemblablement adoptée par M. Lanza, le fondateur de l'humanisme — le délit est « tout acte contraire à la morale et à la justice ». Pour Garofalo, le délit est « l'outrage fait, en tout temps et en tout pays, à un certain sentiment moyen de probité et de charité »¹. Carrara propose de définir le délit « la violation d'une loi de l'Etat, résultant d'un acte externe de l'homme qui ne se justifie pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est frappé d'une peine »². C'est cette définition que nous adopterons. Elle a l'avantage de mettre en relief les trois éléments fondamentaux du délit : élément légal, élément matériel et élément moral.

90. Des moyens de lutte contre la délictuosité : rôle essentiel de la prévention. — Il est couramment admis, depuis l'école classique, que la mission du droit pénal est essentiellement utilitaire. *Punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur*. Dès lors, le but essentiel de la politique criminelle est d'empêcher le délit de se commettre. Les notions de *prévention* et de *répression* ne s'opposent pas. La répression apparaît, au contraire, comme un moyen de prévenir la criminalité. Mais elle n'est pas le seul, *ni même le principal*. L'histoire, l'observation confirment la thèse d'Enrico Ferri sur l'existence d'un rapport nécessaire entre la constitution du milieu et l'intensité du phénomène criminel. La délictuosité est la résultante d'un déséquilibre social, absolument comme l'éruption, l'accès de fièvre, la crise nerveuse sont, dans l'organisme humain, la manifestation d'un état morbide. Inversement, la stabilité du pouvoir politique est, comme l'a observé Gabriel Tarde, la première condition d'une prévention efficace. En France, au XIX^e siècle, c'est au milieu du règne de Napoléon III, vers 1860, que, d'après les statistiques, le niveau de la délictuosité s'est trouvé au plus bas : c'est qu'alors, l'*Etat étant fort*, les risques de perturbations intérieures ou extérieures paraissaient pour longtemps exclus³. Tandis que l'Italie, au témoignage de Prins, compte 239 détenus sur 100.000 habitants, la France 158, la Prusse 120 et la Belgique 110, on n'en compte que 75 dans l'Empire britannique. Il est possible que les circonstances récentes, et notamment le développement du chômage en Angleterre aient modifié

1. GAROFALO, *Criminologie*, 1^{re} partie, chap. 1^{er} et *Revue philosophique*, 1887, p. 1.
2. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto criminale* (partie générale, §§ 21 et suiv.).
3. G. TARDE, *Criminalité comparée* (5^e éd., 1902, pp. 90 et suiv.).

ces proportions¹. Elles renferment, néanmoins, un enseignement. La part faite à l'influence du climat et du tempérament physique qu'Enrico Ferri a surestimée, la part faite, également, à la préoccupation morale et pénitentiaire qui a tenu depuis longtemps, chez les Anglais, une place si remarquable, on doit imputer cette supériorité au traditionalisme d'un peuple où le progrès politique et social a presque toujours été obtenu sans secousses violentes.

De ces constatations, la leçon se dégage d'elle-même. Toutes mesures d'assainissement social seront des facteurs efficaces — les plus efficaces — dans la lutte contre le crime. Pour le choix de ses *substitutifs pénaux*, Ferri s'est laissé guider, en quelque mesure, par son parti pris politique de député socialiste italien. Mais on doit citer, avec Prins, comme des mesures d'hygiène préventive dont la valeur pacificatrice doit rallier tous les suffrages : « une politique économique fournissant le pain à bon marché, et une législation sur les habitations ouvrières procurant au propriétaire, à un prix modique, avec l'air, la lumière, l'eau potable, un intérieur qui ne lui fait regretter ni le cabaret, ni la cellule confortable de la prison ; des unions professionnelles conservant à l'ouvrier moderne ce qu'il y avait de bon dans la vie corporative d'autrefois, c'est-à-dire le contrôle mutuel et l'assistance mutuelle ; une organisation de la bienfaisance publique garantissant le secours aux vrais indigents et non aux paresseux rebelles au travail ; une législation sur les assurances ouvrières contre la maladie, l'accident, la vieillesse, le combat contre l'alcoolisme, cette intarissable source de criminalité ; la protection, l'éducation physique et morale de l'enfance abandonnée, et une instruction populaire surtout professionnelle, et variant suivant qu'elle s'adresse aux campagnes ou aux centres industriels ; la lutte contre la presse licencieuse qui empoisonne l'âme populaire ; des efforts constants pour empêcher les villes d'attirer toutes les énergies d'un pays, pour repeupler les campagnes abandonnées, et rendre la vigueur à la petite industrie »².

Ainsi, le facteur répressif, dans la lutte contre le crime, est ramené à son vrai rang, qui est *subsidaire*, et donc *secondaire*. En ce sens également, il est vrai de dire qu'une « abolition continue de la peine » donne la mesure du progrès social : elle atteste, en effet, le succès de la prévention. Mais le progrès n'est pas rectiligne. Si les gouvernements autoritaires, issus des convulsions récentes, ont eu largement recours à l'arme répressive, c'est qu'ils ont vu, dans cet expédient, la double commodité d'un maniement rapide et d'une impression profonde produite sur les esprits. Leur souci était moins de réagir contre la délinquance en général, que d'abattre des ennemis politiques.

91. Le délit en tant qu'objet de la répression. Division du chapitre. — Quand, au mépris des mesures préventives, le phénomène délicieux est produit, le rôle du droit pénal est de le circonscrire, de déterminer les éléments auxquels s'appliquera la sanction, de préciser les faits qui conditionnent l'intervention de la peine.

Tel est l'objet de ce chapitre, que nous divisons en trois sections :

Section I. Des différents éléments de l'infraction ;

Section II. Des différentes sortes de délits ;

Section III. Des divers moments de l'infraction : théorie générale de la tentative.

1. Voir ci-dessus, n° 85, p. 45. Une statistique établie tout récemment par la ligne Howard, donne les chiffres suivants. Proportion des détenus sur 100.000 habitants : Italie : 131,9 ; France : 55,9 ; Allemagne : 156,9 ; Angleterre : 29,9.

2. PRINS, *Science pénale et Droit positif*, n° 48, pp. 25 et 26. Cf. *L'Œuvre d'Adolphe Prins*, par WODON et SERVAIS, publiée sous les auspices de l'Université de Bruxelles, avec avant-propos de Paul HYMANS, Bruxelles, 1937. Dans le même sens : Silvio LOMENI *Répression et Prévention*, Milan, 1911 ; J.-A. ROUX, *Répression et Prévention*, Paris, 1922.

SECTION I

LES DIVERS ELEMENTS DU DELIT

92. Division. — Pour qu'un acte soit socialement punissable, il faut trois conditions : 1) la violation d'une loi pénale ; 2) un fait matériel ; 3) un élément moral ou intentionnel.

§ 1. — De l'élément légal du délit

93. Le principe de légalité des délits et des peines. — C'est un principe fondamental de notre droit public qu'un fait ne peut déterminer l'intervention du juge répressif, s'il n'a été formellement prévu par une loi promulguée antérieurement. C'est ce qu'exprime l'adage : *Nullum crimen sine lege*.

Aucune peine ne peut être infligée, si elle n'est déterminée, quant à son régime et à sa durée, par une loi promulguée antérieurement au délit qu'elle réprime : *Nulla poena sine lege*.

Ces idées ont trouvé leur expression dans les lois révolutionnaires. On lit dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : *La loi ne doit établir que des peines évidemment et strictement nécessaires : nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*¹. La même règle se retrouve, sous une forme différente, dans le Code pénal de 1810, article 4 : *Nulle convention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis*.

94. Ses adversaires. — Ce sont des idées qui étaient inconnues sous l'ancien régime, où régnait l'arbitraire. Elles sont d'ailleurs loin d'être unanimement admises aujourd'hui ; elles ont été souvent méconnues par l'Ecole positiviste. Se fondant sur le fait qu'il y a des individus que leur constitution voue à la criminalité, et qui peuvent être dépistés sans qu'une erreur soit à craindre, des représentants extrémistes de l'Ecole positiviste ont proposé qu'on les élimine avant la commission de leur premier délit.

95. Le principe de légalité et la notion de « l'état dangereux du délinquant ». — La thèse de *l'état dangereux du délinquant* a été soutenue au sein de l'*Union internationale de droit pénal*. Elle préconise le recours, vis-à-vis de ceux que, même en l'absence d'infractions à la loi pénale, leurs antécédents héréditaires, leurs habitudes de vie révèlent comme particulièrement nuisibles, à des moyens de défense sociale qui seraient, sinon des

1. La Constitution du 24 juin 1793, art. 14, dispose plus énergiquement encore : *Nul ne doit être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit ; la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à cette loi, un crime*.

peines, du moins des *mesures de sûreté*¹. Cette thèse a toujours répugné au sentiment individualiste et libéral des criminalistes français. Exception faite du Code pénal soviétique, la règle *Nullum crimen, nulla poena sine lege* trouve encore sa formule dans toutes les législations². Néanmoins, le régime de rigueur spéciale que le Code pénal italien de 1930 destine au « délinquant par tendance » en qui se retrouve le « criminel-né » de Lombroso et qui se voit, dès son premier délit, assimilé au récidiviste, s'inspire certainement de la thèse de « l'état dangereux ». Les mesures de sûreté, d'après le même Code (art. 202, al. 2), sont applicables, dans quelques cas, en l'absence de tout délit. On verra plus loin les tempéraments, toujours plus nombreux, apportés au principe de légalité des délits et des peines, notamment par l'admission du raisonnement par analogie.

96. Justification du principe. — Il faut considérer ces deux règles : *Nullum crimen sine lege* et *Nulla poena sine lege* comme solidaires, inséparables l'une de l'autre, et comme constituant le fondement nécessaire de la liberté individuelle. Si ces règles n'étaient pas observées, s'il était admis que l'action publique peut être mise en mouvement pour la répression d'un fait que la loi n'incriminait pas lorsqu'il a été commis, que le juge peut prononcer une peine à laquelle le délinquant n'a pas dû s'attendre, la justice pénale serait une justice de circonstance, d'occasion, abandonnée à l'influence des passions individuelles. « Le caractère général de la loi, a dit Rousseau, est la meilleure sauvegarde du droit individuel »³.

97. Ses conséquences. — De cette règle traditionnelle *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, il résulte tout d'abord que le juge ne peut prononcer une condamnation pénale pour un fait que la loi n'a pas prévu.

Généralement la prévision légale est accompagnée d'une définition. C'est ainsi qu'on trouve dans le Code pénal, aux articles 379, 405 et 408, la définition du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance.

Mais il y a également des faits que la loi prévoit sans en donner la définition. Il en est ainsi du viol (art. 332), ou de la castration (art. 316). Parfois la définition légale est insuffisamment précise. Il appartient alors à la doctrine et à la jurisprudence de remédier à la carence ou à l'insuffisance de la loi. Quoi qu'il en soit, une infraction ne peut être suivie d'un châtement que si elle a été, à l'avance, formellement prévue par la loi.

1. Enrico FERRI dans son ouvrage (*Principii di Diritto criminale*, 1928, nos 54 et suiv.) distingue de la *periculosità criminale*, manifestée par la commission d'un délit, la *periculosità sociale*, qui se révélerait antérieurement. Cette dernière justifierait l'application des mesures de sûreté.

2. Notamment, les codes allemand (§ 2) (aujourd'hui modifié); espagnol, art. 1, 2 et 23; grec, art. 1; hollandais, art. 1; italien, art. 1; péruvien, art. 2 et 3; polonais, art. 1. Le principe de légalité des délits et des peines était inscrit dans la constitution républicaine espagnole du 9 décembre 1931, art. 28 et dans le Code pénal espagnol du 27 octobre 1932, art. 2. Par contre, on trouve dans l'article 6 du Code pénal soviétique de 1926 la disposition suivante : *Est considérée comme socialement dangereuse toute action ou omission dirigée contre le régime soviétique ou portant atteinte à l'ordre juridique établi par le Pouvoir ouvrier et paysan pour la période servant de transition au régime communiste*. Or l'article 7 déclare les *mesures de défense sociale* — qui remplacent les peines — applicables, non seulement aux personnes ayant commis des actes socialement dangereux, mais à celles qui présentent un danger par leurs attaches avec un milieu dangereux ou par leur passé. — La thèse « de l'état dangereux » est ici poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences.

3. Comp. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *De la Règle Nulle poena sine lege*, thèse Paris 1910, pp. 175 et suiv.; GARÇON, *Méthode en Droit criminel (Les Méthodes juridiques)*, Paris, Giard et Brière, 1911, pp. 203 et suiv.).

De la règle *Nullum crimen sine lege*, il résulte, en second lieu, que le juge ne peut prononcer que des peines prévues par la loi ; il n'a pas le pouvoir d'inventer des châtiments. Cette règle n'est pas nouvelle ; elle était admise de façon constante sous l'ancien droit, alors même que le pouvoir du juge était arbitraire.

En outre, pour une infraction déterminée, le juge ne peut infliger que la peine prévue par la loi pour cette infraction. Parfois, le législateur n'a prévu qu'une peine fixe. On peut citer comme exemple la peine prévue pour le meurtre, qui est celle des travaux forcés à perpétuité. Le plus souvent, le législateur confère au juge un certain pouvoir d'appréciation, dans les limites d'un minimum et d'un maximum. Ainsi le vol est puni, d'après l'article 401 du Code pénal, d'un an (minimum) à cinq ans (maximum) d'emprisonnement, et de 16 à 500 francs (aujourd'hui¹ de 1.000 à 30.000 francs) d'amende.

Il peut arriver — et il arrive de plus en plus souvent — que le législateur, instituant une infraction nouvelle, se réfère, pour la peine qu'il entend lui attacher, à une disposition précédente visant une autre infraction. C'est ainsi que la peine du délit d'émission de chèque sans provision (décret-loi du 30 octobre 1935 modifié par celui du 24 mai 1938) est fixée par référence à celle de l'escroquerie (art. 405 C. p.). Ce système, dit de la pénalité « par référence » n'est pas sans faire naître, lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée du renvoi, certaines difficultés². On se demande, par exemple, si le renvoi à la disposition fixant la peine principale entraîne l'infliction des incapacités qui s'y attachent ; s'il est permis de dégager de ce renvoi une conséquence, quant à la nature intentionnelle ou purement matérielle de la nouvelle infraction (Cf. ci-dessous n° 191).

98. « Poenalla sunt restringenda ». — De cette règle *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* il résulte, en troisième lieu, que l'interprétation de la loi pénale doit être restrictive, bienveillante en principe pour l'inculpé. Cela ne signifie pas que toutes les fois qu'un doute surgit, il doive se résoudre dans un sens favorable à l'inculpé ; la loi pénale, comme la loi civile, doit s'éclairer par l'étude des précédents historiques, des travaux préparatoires, par toutes les données de la raison³.

Les incriminations résultant du Code s'étendent même, quand leurs termes le permettent, à des faits que leurs auteurs n'ont pas entendu viser, parce que l'état de la science, au jour de la rédaction de ces textes, ne leur permettait pas de les prévoir. C'est ainsi que l'article 428 du Code pénal, qui réprime les atteintes portées à la propriété littéraire ou artistique en matière de spectacles, a été appliqué à la radiodiffusion⁴. C'est ainsi encore que le délit de diffamation au moyen de projections cinématographiques a été jugé punissable, en vertu de la loi du 29 juillet 1881, art. 32, bien que cette loi soit antérieure à l'invention du cinématographe⁵.

1. Depuis la loi du 24 mai 1946 (*infra*, n° 664 bis) qui a élevé le taux des amendes pénales.

2. Trib. corr. Dunkerque, 7 nov. 1936, *Gaz. Pal.*, 22 déc. 1936 ; Crim., 3 mars 1938, *Gaz. Pal.*, 10 mai 1938.

3. FAUSTIN-HÉLIE, *Introduction aux Leçons de Boillard*, p. XIII ; GARRAUD, *Traité...*, 3^e éd., t. I, p. 303, n. 2. Crim., 27 déc. 1934, S. 35. 1. 195 note Gény. — Une application curieuse et excessive du principe de stricte interprétation de la loi pénale résulte d'un jugement précité du tribunal de Dunkerque du 7 nov. 1936, *Gaz. Pal.*, 22 déc. 1936, Cf. MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 61. Mais voir l'arrêt contraire de la Cour de cassation ; Crim., 3 mars 1938, *Gaz. Pal.* du 10 mai 1938.

4. Trib. corr. Seine, 27 fév. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931. 1. 475.

5. Dijon, 8 janv. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936. 1. 339.

Quand on dit que l'interprétation de la loi pénale est restrictive, cela signifie qu'en matière pénale on ne doit pas, à l'inverse de ce qui se passe en matière civile, résoudre la question controversée *par analogie*. Ainsi le contrat d'assurance, contrat très fréquent à l'heure actuelle et qui a une importance pratique considérable, n'a pas été réglementé par le Code civil. Devant cette carence de la loi civile, la jurisprudence a créé une interprétation du contrat d'assurance, dont elle a emprunté les éléments aux contrats voisins : mandat ou société. La jurisprudence a donc procédé par analogie. Cette méthode est exclue du droit criminel.

99. L'exclusion du raisonnement par analogie. — Dans l'article 379 du Code pénal, on trouve la définition du vol. Ce délit est constitué par la mainmise sur un objet appartenant à autrui, contrairement à la volonté du propriétaire. L'élément essentiel du vol, c'est l'appréhension de la chose ou, suivant l'expression de la loi, la « soustraction frauduleuse ». Supposons qu'un individu entre dans un restaurant, se fait servir un repas copieux, et, au moment de régler l'addition, se trouve dans l'impossibilité de payer. Supposons qu'une personne entre dans un auto-taxi et, la course terminée, refuse de payer le chauffeur. Ces agissements sont répréhensibles, mais un élément du vol fait défaut, c'est la *contrectatio fraudulosa* ; il y a eu remise volontaire de la chose par la victime ! Ces agissements sont restés impunis jusqu'à la loi du 26 juillet 1873 qui est venue ajouter à l'article 401 du Code pénal une incrimination nouvelle : la filouterie d'aliments ou grivèlerie : *Quiconque, dit le législateur, sachant qu'il est dans l'impossibilité de payer, se sera fait servir des boissons ou des aliments qu'il aura consommés en tout ou en partie dans les établissements à ce destinés, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de six mois au plus, et d'une amende de seize francs au moins et de 220 francs au plus*¹. Plus récemment, la loi du 31 mars 1926, dans son article premier, s'exprime en ces termes : *Quiconque, sachant qu'il est dans l'impossibilité absolue de payer, aura pris en location une voiture de place, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de trois mois au plus et d'une amende de seize francs au moins et de 1.000 francs au plus*.

100. Les exceptions admises par la jurisprudence française. — Cette règle, qui exclut en matière pénale le raisonnement par analogie, n'a pas toujours été observée scrupuleusement. Dès avant la guerre, on a dû régler la situation suivante : Un individu a détourné à son profit un courant électrique en branchant indûment des fils sur le courant de la Compagnie. Peut-on lui appliquer la peine du vol ? Il semble que la question doive être résolue par la négative, car le vol suppose l'appréhension illicite d'un objet. L'électricité n'est qu'un état de la matière. Cependant les tribunaux ont admis que le détournement d'électricité constitue un vol, tombant sous le coup des articles 379 et 401 du Code pénal².

1. Les prévisions de cette loi ont été élargies par celle du 28 janvier 1937 « tendant à réprimer plus sévèrement les filouteries alimentaires ». Elles sont étendues au cas de celui qui s'est fait *loger* sans intention de payer.

2. Voir notamment : Crim., 3 août 1912, S. 1913, 1, 337, note Roux ; 12 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 251. La jurisprudence allemande s'était prononcée en sens contraire. L'électricité n'étant pas une « chose » au sens du § 242 du Code pénal, la peine du vol

La notion des *manœuvres frauduleuses*, comme élément constitutif au délit d'escroquerie, a fait l'objet d'une interprétation toujours plus large¹.

Pendant la guerre, sous l'influence de nécessités urgentes, certains textes du Code de justice militaire concernant l'abandon de poste, ont été l'objet d'une interprétation extensive². Depuis la guerre, on a, dans une affaire sensationnelle, étendu la notion du crime de forfaiture et prononcé contre l'inculpé une peine qui n'était pas prévue par la loi³. Il est vrai que le procès se déroulait devant la Haute-Cour de Justice ; cette dérogation aux principes pouvait s'expliquer par le pouvoir souverain que s'était reconnu cette haute juridiction.

est exclue. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. XXIX, p. 11. Cf. au sujet des fraudes commises par un abonné à la Cie des eaux ou de l'électricité : usurpation d'une quantité supérieure à celle marquée au compteur : Crim., 10 déc. 1887, *D. P.* 88, 1, 381 ; *S.* 83, 1, 38 ; 16 fév. 1899, *D. P.*, 99, 1, 201, *S.*, 1900, 1, 471 ; 27 janv. 1933, *S.*, 1934, 1, 234 ; 2 nov. 1945, *D.* 1946, *J.*, 8. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 379, n° 253 et 255.

1. Crim., 12 juillet 1935, *Gaz. Pal.*, 24 octobre 1935 ; Lyon, 7 novembre 1940. *Semaine juridique*, 1941, 1590 ; Trib. corr. Laval, 22 nov. 1940, *Gaz. Pal.*, 1-2 janvier 1941. GABOLDE, Les effets de « cavalerie » devant les juridictions pénales, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 21. De cette jurisprudence relative au procédé de l'escroquerie on rapprochera celle qui étend la notion de *soustraction frauduleuse*, constitutive du vol, au cas où l'agent s'est approprié un objet dont il avait déjà la détention matérielle : Crim., 11 janv. 1919, *B. crim.*, n° 9 ; 15 juillet 1920, *S.* 23, 1, 186 et la note ; 22 déc. 1926, *B. crim.*, n° 317 ; 15 juin 1939, *D. P.*, 1940, 1, 60 ; 5 mars 1941, *S.* 41, 1, 102 et chronique DONNEDIEU DE VABRES, *Revue de Science criminelle*, 1941, p. 201 ; Trib. corr. Nantes, 30 septembre 1940, *Gaz. Pal.*, 4-8 octobre 1940.

Parmi les cas d'interprétation extensive se rattachant à l'époque la plus récente, on citera ceux qui concernent : l'émission d'un chèque sans provision : assimilation au retrait de la provision de la défense faite au tiré de payer (Crim., 31 mars 1922, *S.* 22, 1, 388) ; application de la peine prévue par le décret-loi du 30 octobre 1935, art. 66, bien que le chèque, atteint d'une irrégularité de forme, soit nul au regard de la loi commerciale (Crim., 8 janv. 1937, *Gaz. Pal.*, 1937, 1, 545 ; 9 oct. 1940, *D. A.*, 1941, *J.* 28 ; Aix-en-Provence, 12 juillet 1941, *Semaine juridique*, 1941, 1709 ; — l'abandon de famille, dont la notion engloberait les enfants adultérins : Crim., 4 juillet 1925, *S.* 26, 1, 329, note ROUX ; 1^{er} fév. 1940, *Gaz. Pal.*, 12 avril 1940 ; — l'usurpation d'identité (art. 11, § 1 de la loi du 5 août 1899 modifié par la loi du 11 juillet 1900), dont la qualification est étendue à l'usurpation d'un numéro d'automobile (Crim., 17 juin 1911, *S.* 1912, 1, 65) ; — la destruction d'édifice (article 437 du Code pénal) : assimilation à l'édifice d'une installation de chauffage central : Crim., 19 mai 1925, *S.* 26, 1, 185, note ROUX ; — l'incendie par feux ou lumières portés ou laissés sans précaution (art. 458 du Code pénal) résulte d'une imprudence commise dans l'emploi de l'électricité : Dijon, 7 mars 1941, *D. A.*, 1941, *J.*, 203. *Contra*, sur ce dernier procédé : Orléans, 10 janvier 1922, *D. P.*, 22, 2, 48, et trib. corr., Chaumont, 26 nov. 1940, *D. H.*, 1940, 220. Chroniques HUGUENY ET DONNEDIEU DE VABRES, *Revue de Science criminelle*, 1940, p. 361 ; 1941, p. 47, 187.

Voir encore : au sujet du délit de représentation illicite : Paris, 6 mars 1933, sous Crim. 27 déc. 1934, *S.*, 35, 1, 193, note GÉNY ; — de la falsification de passeport : Crim., 22 déc. 1933, *D. H.*, 34, 86 ; — des fraudes en matière d'examen : Crim., 19 déc. 1935, *D. H.*, 36, 87 ; de la corruption d'employé : Crim., 12 avril 1935, *B. crim.*, 1935, n° 47. Cf. note NAST sous trib. corr. Meaux, 4 avril 1935, *D. P.*, 36, 2, 131.

L'exclusion du raisonnement par analogie ne concerne d'ailleurs que les lois pénales créatrices d'infractions ou de pénalités, PAUL COSTE FLORET, *Revue de science criminelle*, 1937, p. 4.

2. P. HUGUENY, *Traité de Droit pénal et de Procédure pénale militaires*, Paris, 1933, n° 526, p. 549.

3. Affaire Malvy, 6 août 1918. Cf. JOSEPH-BARTHÉLÉMY ET DUBZ, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 882.

101. L'admission du raisonnement par analogie en droit étranger.

— Mais on ne devra pas s'étonner de voir ces méthodes s'étendre à l'interprétation du droit pénal commun ; elles répondent à un besoin actuel. Les transformations du commerce et de l'industrie, les progrès de la science mettent sans cesse à la disposition des malfaiteurs de nouvelles occasions de nuire que le droit antérieur n'a pas prévues. Quand se produit l'intervention législative, ralentie par les méthodes parlementaires, des cas scandaleux d'impunité ont pu se produire. Le souci dominant du droit individuel, que traduit la règle de stricte interprétation, compromet l'intérêt social. A cette situation, des législations étrangères ont cru trouver un remède dans l'emploi de formules vagues, dans le recours à des incriminations dont l'élasticité contraste avec la précision technique du Code français. Les Codes du groupe scandinave sont particulièrement remarquables à cet égard¹. Mais ce remède ne s'est manifesté, à l'usage, que comme un palliatif.

Le remède vraiment efficace serait l'admission du raisonnement par analogie². Ainsi l'ont entendu les auteurs du Code pénal japonais de 1870, aujourd'hui abrogé, qui se conformaient à une vieille tradition chinoise. Ainsi l'ont entendu les auteurs du nouveau Code pénal soviétique (1926), d'où la règle *Nullum crimen, nulla poena...* est d'ailleurs absente. Aux termes de l'article 16 : *Si tel ou tel acte socialement dangereux n'est pas nettement prévu par le présent code, le fondement et les limites de la responsabilité encourue à son sujet sont déterminés conformément aux articles du Code qui prévoient les délits dont la nature s'en rapproche le plus*. Le Code pénal danois de 1930, art. 1, dispose : *Tombe sous le coup de la loi un acte dont le caractère punissable est prévu par la législation danoise, ou un acte entièrement assimilable à celui-ci*. Sans doute, un correctif est ainsi apporté à l'imprévision possible de la loi. Les lacunes de la répression sont comblées au jour le jour. Mais le Code pénal, dans ces conditions, est-il autre chose qu'une « illusion sociale » ? Quelles limites sont apportées à l'arbitraire et à la fantaisie du juge³ ?

Ces limites, les auteurs du projet national-socialiste allemand, qui admettent aussi, en principe, le raisonnement analogique, se sont efforcés de les définir. Leur texte, séparé de l'ensemble du projet, est en vigueur depuis la loi du 28 juin 1935, qui a modifié certains articles du Code pénal et du Code de procédure pénale. Le § 2 nouveau du Code pénal est ainsi conçu : « Quiconque commet un acte que la loi déclare punissable ou qui mérite d'être puni en vertu des principes fondamentaux de la loi pénale et d'après la saine raison populaire sera puni. Si aucun texte pénal ne s'applique au cas en question, l'acte sera puni conformément au texte dont l'idée fondamentale s'en rapproche le plus »⁴.

1. Voir notamment le Code pénal norvégien de 1902, traduit par M. de Mouceau, avec préface de M. Garçon, Paris, 1903. Le récent Code pénal suisse est également remarquable par l'élasticité de certaines définitions. Voir, notamment, parmi les délits contre la propriété, celles de « l'appropriation illégitime du bien d'autrui » (art. 148 et 149), de « la gestion déloyale du patrimoine d'autrui » (art. 159)...

2. ANCEL, *La Création des Infractions par le Juge en Droit français et en Droit anglais comparés* (Bull. de la Soc. de Législ. comp., 1931, p. 91) ; GÉGOÛT, *L'Interprétation littérale des Lois pénales* (Rev. crit. de Lég., 1933, p. 119). SALVAGNO CAMPO, *Le Délit innommé et l'Interprétation analogique* (Revue internat. Dr. pénal, 1933, p. 162) ; MARIANO d'AMELIO, *Il Crepuscolo dei Codici* (Archivio di Antropologia criminale, Torino, 1935). ESCOBEDO, *Ancora sull' analogia nel diritto penale sostanziale*. Bibliothèque de la *Revista de identificacion*, t. XI. La Plata, 1935. L'analogie source de droit pénal, Rapport de E. Florian au Congrès international de droit pénal de Paris (1937). *Revue internat. du droit pénal*, 1938, pp. 382 et suiv.

3. Un nouveau projet de Code pénal rédigé en 1930 par Krylenko méne cette évolution à son terme logique en excluant du Code pénal la partie spéciale. JIMENEZ DE ASUA, *Il Principio Nullum crimen sine lege e il Problema dell' analogia* (*Giustizia penale*, 1936, I, p. 258).

4. M. ANCEL, *La Règle Nulla poena sine lege dans les Législations modernes* (*Annales de l'Institut de Droit comparé*, 1936, II, p. 245). Dr JOACHIM SCHEM, *Die Analogie im Strafrecht*, Breslau, 1936.

Il résulte de ce texte, et des commentaires qui ont précédé sa promulgation¹, que l'admission du raisonnement par analogie est subordonnée aux trois conditions suivantes :

1° Il doit exister entre l'acte visé par la loi et l'acte soumis au juge une *ressemblance*, qui peut tenir soit à la nature de l'intérêt visé, soit à celle des instincts que l'acte révèle ;

2° L'intervention de la peine ne doit pas choquer la volonté certaine du législateur. Ainsi, de nombreux codes fixent un âge *maximum* (13 ou 15 ans) de protection pénale des mineurs contre les attentats à la pudeur commis sans violence. Cf. l'article 331 du Code français. On ne saurait, par analogie, étendre la protection pénale à des mineurs d'un âge plus avancé ;

3° L'extension, par analogie, de la loi pénale, doit être conforme à la conscience éclairée du peuple allemand². De cette conscience, le juge, considéré comme *Führer*, est l'interprète. Le contrôle d'une juridiction supérieure, au moyen d'un recours spécial qu'institue la loi du 28 juin 1935, en assure l'uniformité.

En Danemark et en Allemagne, la jurisprudence, dans l'application de la méthode analogique, se montre réservée. En Russie, une loi du 25 juin 1932 tend à en limiter l'emploi, en réaffirmant le principe de « la légalité révolutionnaire »³.

Le problème de l'exclusion ou de l'admission du raisonnement analogique figurait à l'ordre du jour du congrès de l'Association internationale de droit pénal (Paris, 1937). Ce congrès, tout en exprimant le vœu « que les dispositions de la loi pénale, qui définissent les infractions, soient conçues en termes assez généraux pour faciliter l'adaptation de la jurisprudence aux nécessités sociales », a affirmé que « le principe de légalité des délits et des peines, garantie nécessaire du droit individuel, a pour conséquence l'exclusion de la méthode analogique, dans l'interprétation des lois pénales »⁴.

102. Sources du droit pénal français. — Les principales sources du droit pénal actuel sont : le Code pénal et le Code d'instruction criminelle ; mais la promulgation du Code pénal n'a pas eu pour effet d'abroger tous les textes antérieurs ; il en est qui datent, soit de l'ancien régime, soit de la période révolutionnaire, et sont encore en vigueur. Il faut tenir compte aussi des lois qui sont intervenues depuis le Code, ainsi que des actes du pouvoir exécutif : règlements, décrets et arrêtés.

103. De l'application des textes antérieurs au Code pénal. —

1. SCHÄPER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 128. E. HAMBURGER, L'analogie dans le droit pénal allemand, *Revue de science criminelle*, 1937, p. 182.

2. Le terme *gesunde Volksanschauung* est préféré par la Commission d'élaboration du Code pénal à celui de *sittliche Verwerflichkeit*, que proposait le ministère de la Justice prussien. Un acte peut offenser l'ordre public, et choquer, à ce titre, la conscience du peuple allemand, sans offenser la morale.

3. H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des Etats autoritaires*, 1937, p. 160. En 1937, le procureur général Vichinsky s'élève contre une application exagérée de la méthode analogique. L'incrimination par analogie, dit-il, n'est possible que sur la base légale très ferme d'un texte du Code. L'art. 16 du Code de 1926 se contente d'une analogie de *nature*. Mais la loi fédérale de 1924 sur les principes fondamentaux exige, en outre, une similitude de *gravité*. La Cour Suprême de l'U.R.S.S. (22 mars 1929) a écarté l'application analogique à un fait d'incendie par imprudence de l'art. 175 relatif à la destruction préméditée de biens. (GOLIAKOV, *Traité de droit pénal*, p. 98).

4. Voir le Rapport général de M. H. DONNEDIEU DE VABRES, la discussion et le vœu émis par le Congrès dans les *Actes du quatrième Congrès international de droit pénal* (Paris 26-31 juillet 1937), MARCHAL et BILLARD 1939, pp. 46 et suiv., pp. 441 et suiv. — Une distinction semble s'imposer, entre la méthode *interprétative* qui, refusant de s'asservir à la lettre de la loi, prend pour guide la volonté *réelle* du législateur, et la méthode *analogique* qui fonde ses assimilations sur des éléments étrangers à l'intention de la loi, tels que la « conception éclairée du peuple » ou « la conscience socialiste du droit ».

Aujourd'hui encore, malgré la promulgation du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, le droit pénal antérieur au Code est en vigueur. Il ne s'agit naturellement pas ici du droit romain, qui n'a jamais eu chez nous qu'une valeur doctrinale, ni du droit canonique dont l'application serait contraire au principe de laïcité, qui domine notre droit public ; mais on fait allusion ici aux édits, aux ordonnances des rois, ainsi qu'aux textes révolutionnaires.

Le maintien de ce droit antérieur résulte de l'article 484 (aujourd'hui, art. 486)¹ du Code pénal ainsi conçu : *Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer.* Cette disposition a une portée très générale ; elle s'applique aux actes du pouvoir législatif comme à ceux du pouvoir exécutif. On est d'accord pour admettre qu'elle concerne, non seulement les dispositions isolées², mais les codes en vigueur avant 1810, par exemple celui de brumaire an IV.

Mais pour qu'une loi ou un règlement particulier, antérieurs à la période napoléonienne, soient encore en vigueur en France, certaines conditions doivent être remplies.

Il faut, tout d'abord, que la loi ou le règlement n'aient pas été l'objet d'une abrogation expresse ou tacite. Or il y a une abrogation tacite, en vertu de l'article 484, lorsque la matière dont il s'agit a été réglée par le Code pénal³.

Mais dans quel cas est-on en présence d'une matière réglée à nouveau et régie par le Code pénal ? Il se présente ici certaines difficultés. Ainsi, le législateur de 1810 a consacré un certain nombre de textes (art. 309 et suiv.) à la répression du délit de coups et blessures, mais il a omis certains actes qui ressemblent aux coups et blessures, et n'en sont pas, à proprement parler ; le législateur de 1810 a oublié de prévoir et de réprimer les *voies de fait légères*, telles qu'une gifle. Etant donné cette carence, faut-il considérer comme étant toujours en vigueur la disposition du Code de brumaire an IV (art. 605, 8°) qui prévoit et punit les voies de fait légères, ou, au contraire, écarter cette interprétation en admettant qu'il s'agit d'une matière réglementée par le Code pénal ? C'est la première solution qui a prévalu ; la jurisprudence a fait plusieurs fois application, devant le silence du Code, des dispositions du Code de brumaire an IV à des voies de fait⁴.

En second lieu, pour qu'une disposition ancienne soit considérée comme encore en vigueur, il faut qu'elle ait un caractère permanent, que son application n'ait pas été limitée par ses auteurs à une situation transitoire, pour laquelle elle a été faite. Ainsi, il existe un édit de Turgot de février 1776, dont l'article 6 interdit aux bouchers, aux boulangers et aux com-

1. Depuis l'ordonnance du 4 oct. 1945 qui, créant une quatrième classe de contraventions (*infra*, nos 150, 793 et 860) a élevé le nombre des articles du Code de 484 à 486.

2. Jugé qu'est en vigueur l'ordonnance du lieutenant-général de police de la ville de Paris du 8 nov. 1780 sur les brocanteurs, art. 2 et 3, qui les oblige à tenir un registre, *Crim.*, 17,2,1883, S., 85,1,232.

3. Voir, au sujet de l'usage d'un poinçon falsifié : *Crim.*, 26 mai 1876, S., 76,1,437. L'art. 108 de la loi du 18 brumaire an VI est abrogé tacitement par l'art. 141 C. pénal.

4. *Crim.*, 12 fév. 1909, S., 1909,1,232. La question ne se pose plus, la loi du 13 mars 1942 ayant abrogé l'article 605 du Code de brumaire, an IV. Les rixes, voies de fait et violences légères sont alors prévues comme contravention de simple police par l'article 479, 14° du Code pénal qui est abrogé, à son tour et remplacé par l'art. 483, 1° (ordonnance du 4 octobre 1945).

merçants similaires de cesser leur commerce moins d'un an après une déclaration formelle qui leur est imposée. Naguère, les difficultés de l'approvisionnement ayant fait renaître des circonstances analogues à celles qui avaient déterminé cet édit, on s'est demandé si on ne devait pas le considérer comme encore applicable, malgré sa longue désuétude, et si on ne pouvait pas l'invoquer contre des commerçants qui avaient cessé brusquement leur commerce au détriment du bien public. La Chambre criminelle de la Cour de cassation décida que l'édit de 1776 était encore en vigueur (Crim., 12 janvier 1923, S. 1923, 1, 137, note J.-A. Roux). Mais un nouveau pourvoi ayant été formé, les Chambres réunies de la Cour de cassation se sont prononcées en sens contraire, considérant que cette mesure n'a été prise que pour les bouchers et les boulangers en exercice lors de sa promulgation ; l'édit de Turgot est inséparable des difficultés qu'avaient créées l'abolition des anciennes corporations et l'institution de la liberté du commerce et de l'industrie (cf. l'arrêt du 5 mars 1924, rapporté au *Sirey*, 1924, 1, 139 et au *Dalloz*, 1924, 1, 81, rapport Rambaud, note M. Garaud).

En troisième lieu, un règlement ou une loi anciens ne peuvent être appliqués aujourd'hui qu'autant qu'ils sont compatibles avec les exigences de l'ordre public et l'état de nos mœurs. L'édit de Turgot édictait une peine d'emprisonnement pour le délit de cessation de commerce ; mais il attribuait, en outre, au juge, la faculté de prononcer une peine plus forte s'il le jugeait nécessaire. En supposant que la solution de la Chambre criminelle eût prévalu, personne n'aurait songé à reconnaître au juge la faculté d'élever la peine au-dessus du maximum prévu. De même, on ne pourrait, en vertu de textes anciens, infliger la peine du fouet, du carcan ou du pilori¹.

104. Le Code pénal de 1810. Ses divisions. — Le Code pénal a été décrété le 12 janvier 1810, mais il est entré en vigueur en même temps que le Code d'instruction criminelle, le 1^{er} janvier 1811. Il comprend aujourd'hui 486 articles ; il est divisé en 4 livres. Le livre premier traite *des peines en matière criminelle et correctionnelle et de leurs effets* ; le livre 2 traite *des personnes punissables*. C'est là qu'on trouve exposées la théorie de la participation, la détermination des cas de responsabilité et le régime des mineurs. Dans le livre 3, il est question des crimes et des délits envisagés isolément ; cette partie est consacrée au droit pénal et nous n'aurons pas à nous en occuper ici. Signalons seulement que les crimes et les délits sont divisés en deux grandes catégories : les crimes et les délits *contre la chose publique*, les crimes et délits *contre les particuliers*. Enfin, le livre 4 s'occupe des contraventions de simple police.

105. Appréciation critique. — Le plan du Code pénal explique, dans une certaine mesure, les critiques dont ce code a été l'objet, en ce qui touche sa valeur technique. Il est un peu surprenant de ne pas voir figurer en premier lieu, en tête de ce code, avant l'énumération des peines, un exposé général de la théorie du délit. Les « dispositions préliminaires » sont d'un laconisme exagéré.

1. Ni la peine des galères. Crim., 30 avril 1874, S., 74.1.236, B. cr., n° 125.

Il est vrai qu'un Code pénal n'est pas une œuvre didactique ; ce qui est essentiel, c'est que les dispositions soient précises et intelligibles.

Mais certains inconvénients se rattachent au défaut qu'on vient de signaler. Certaines solutions qui, dans la pensée du législateur, avaient une portée-générale, risquent d'être mal interprétées, du fait qu'elle figurent dans un chapitre consacré à des délits spéciaux. Ainsi, dans les articles 328 et 329 du Code pénal, il est question de la légitime défense. Il n'est pas douteux que ces textes ont une portée générale ; c'est d'ailleurs ainsi que les interprètent la doctrine et la jurisprudence ; mais il faut bien reconnaître qu'à s'en tenir à la lettre du code, et surtout à la place de ces articles, on serait porté à croire le contraire ; ces articles figurent en effet dans la section 3 du livre 3, titre, 2, au § 3, consacré uniquement à l'homicide, ainsi qu'aux coups et blessures.

Enfin il est des règles qui, bien que concernant le fond du droit, sont insérées dans le Code d'instruction criminelle, celles notamment qui concernent le cumul réel d'infractions (art. 351 (ancien article 365) et 379, C. instr. crim.).

106. Les travaux préparatoires du Code. — Ces quelques défauts s'expliquent par la difficulté de la tâche et aussi par les circonstances de la rédaction. L'élaboration du Code pénal et celle du Code d'instruction criminelle ont été simultanées ; elles se rattachent à la période la plus troublée et aussi la plus glorieuse de l'Empire.

Sans doute, c'est en germinal an IX que commencèrent les travaux et que fut nommée une commission composée de Oudard, Treilhard, Vieillard, Target et Blondel, chargée de préparer « un projet de lois de fond et de forme en matière pénale ». Mais ces travaux furent interrompus pour procéder à la consultation des tribunaux. Signalons que les tribunaux se montrèrent, en général, hostiles à la législation révolutionnaire et favorables à un retour vers l'esprit de l'Ancien Régime. La discussion fut reprise devant le Conseil d'Etat. Elle fut interrompue de nouveau pendant trois ans, à partir de prairial an XII, pour se mettre d'accord sur la nouvelle organisation des tribunaux. Reprise enfin au sein du Conseil d'Etat, elle aboutit, en 1810, à la rédaction du Code pénal, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1811.

Il est à noter que Napoléon prit part à toutes les séances du Conseil d'Etat où des questions de principe furent réglées, et son influence se manifesta dans un grand nombre de textes, qui donnent au Code son caractère d'autoritarisme et prévoient des peines rigoureuses.

Ce caractère et cette orientation ont été profondément modifiés par les lois qui sont intervenues de 1810 à nos jours.

107. L'œuvre législative postérieure au Code pénal de 1810. — Parmi ces lois, on peut distinguer plusieurs groupes :

Le premier se rattache à la période de 1820 à 1870. Ce qui se manifeste dans les lois de cette époque, c'est une tendance constante à l'adoucissement des peines. Il suffit de mentionner les lois précitées du 28 avril 1832 et du 13 mai 1863.

Le second groupe comprend les lois promulguées entre 1870 et nos jours. Elles sont généralement dominées par une tendance nouvelle qu'inspire la doctrine positiviste ; tendance à l'*individualisation de la peine*. On peut citer la loi du 27 mai 1885 sur la relégation, celle du 26 mars 1891

sur le sursis et celle du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants. Une réaction contre cette tendance, réaction déterminée par un esprit de rigueur, se manifeste à l'heure actuelle ; elle se traduit par la limitation des circonstances atténuantes et du sursis.

On comprendra dans un dernier groupe les lois qui, à la suite de changements économiques ou sociaux, sont venues réglementer des matières dont le législateur répressif ne s'était pas occupé. A la suite des récents bouleversements, ce mouvement législatif s'est accéléré. Citons la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ; la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine ; la loi du 7 février 1924 sur l'abandon de famille, celle du 23 avril 1932 qui réprime la fraude en matière de divorce et de séparation de corps. Le progrès inquiétant de l'immigration a déterminé, à partir de 1935, une série de décrets-loi réglementant la police des étrangers. Les décrets-lois, puis la loi du 24 octobre 1940 réprimant la hausse illicite des prix, le décret du 9 septembre 1939 instituant le délit de création non autorisée d'un commerce nouveau, les sanctions pénales attachées aux nombreuses prescriptions qui ont organisé suivant le principe corporatif les professions agricoles, industrielles, commerciales sont la conséquence de l'interventionnisme croissant de l'Etat.

108. Les nouvelles lois constitutionnelles et organiques. — Les changements constitutionnels de l'époque récente ont nécessairement exercé leur influence sur le mouvement législatif. A l'heure actuelle, on doit, en prenant pour point de départ le déchainement de la deuxième guerre mondiale, distinguer trois périodes historiques. Un caractère qui leur est commun est l'abandon de la règle, classique depuis le XVIII^e siècle, de la séparation des pouvoirs.

A. — Le trait est particulièrement marqué, sous le régime dit « de Vichy » que définissent, au lendemain de la défaite et du coup d'Etat, les lois constitutionnelles de 1940. La loi du 10 juillet 1940 remet le pouvoir constituant « au gouvernement de la République sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain » tout en déclarant que la Constitution sera ratifiée par la nation et appliquée par les assemblées qu'elle aura créées. Le Chef de l'Etat promulgue ensuite une série d'actes constitutionnels, qui diffèrent des lois ordinaires en ce qu'ils sont déclarés pris en vertu de la loi du 10 juillet 1940, ne sont pas délibérés en Conseil des ministres, et ne sont pas revêtus du contre-seing ministériel¹. L'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 décide que le Chef de l'Etat français exerce le pouvoir législatif en Conseil des ministres jusqu'à la formation de nouvelles assemblées. Il continuera à l'exercer après cette formation, en cas de tension extérieure ou de crise intérieure grave, sur sa seule décision. La loi est donc un acte du Chef de l'Etat pris en Conseil des ministres ; la délibération est constatée dans le préambule de la loi ; l'habitude s'est conservée de faire contresigner les lois par les ministres.

1. Deux de ces actes constitutionnels ont eu pour objet la création de juridictions d'exception à caractère politique : l'acte n° 5 du 30 juillet 1940 a créé la Cour suprême de justice, l'acte n° 7 du 27 janvier 1941 a constitué la juridiction politique qu'exerce, à titre personnel, le Chef de l'Etat (*infra*, n° 1169).

Les événements n'ont pas permis au gouvernement de Vichy d'atteindre sa forme définitive. Un projet de constitution dont l'élaboration avait été entreprise n'a jamais vu le jour. Les assemblées prévues par les lois constitutionnelles de 1940 n'ont pas été formées. De plus, les organismes dont la coopération à la rédaction des lois avait été prévue, n'ont guère fonctionné. La section de législation du Conseil d'Etat, qu'une loi du 20 août 1940 avait rétablie, n'a été que rarement consultée. Le *Conseil national*, dont la consultation était également facultative, n'a eu qu'une existence éphémère. — On se gardera de confondre avec les lois les *décrets-lois* qui s'étaient succédés dans les dernières années de la III^e République (*infra* n° 111) et que rendait désormais inutiles la réunion du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire aux mains du Chef de l'Etat.

B. — Cette réunion est également caractéristique du *gouvernement provisoire de la République française*, dont l'installation sur le territoire métropolitain suit le débarquement des alliés. Ce gouvernement remplace, depuis l'ordonnance du 3 juin 1944, le *Comité français de la libération nationale*, créé en Afrique du Nord, par ordonnance du 3 juin 1943 des généraux Giraud et de Gaulle. Auprès de ce gouvernement siège l'*Assemblée consultative provisoire*, régie par les ordonnances du 17 septembre 1943, du 6 décembre 1943, du 11 octobre 1944, dont la mission est de donner des avis, qui sont obligatoires en matière budgétaire.

Les actes législatifs, qui portent le nom d'*ordonnances*, se distinguent des règlements, en ce qu'ils sont délibérés et adoptés en Conseil des ministres ; ils portent la signature du Chef du gouvernement et le contre-seing d'un ou de plusieurs ministres ; leur texte est soumis à l'examen préalable du *Comité juridique* institué par ordonnance du 6 août 1943¹.

Le sort des lois promulguées par le gouvernement de Vichy était dicté par la position prise à l'égard de ce gouvernement dont la légitimité, et, par conséquent, l'autorité sont méconnues. Il est fixé par l'ordonnance du 9 août 1944 sur la *légalité républicaine* dont l'article 2, alinéa 1 est ainsi conçu : *Sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes... promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940.*

Mais ce principe, suivi dans toutes ses applications pratiques, aurait lésé les intérêts de tiers que le fonctionnement en apparence régulier du gouvernement de Vichy avait induits en erreur, ou qui avaient été contraints par le fait de l'occupation militaire. Un retour massif à la législation en vigueur au 16 juin 1940 eût contrevenu aux nécessités nouvelles que le changement des circonstances de fait avait créées. Aussi l'ordonnance, procédant à une sorte d'épuration législative, contient-elle une classification des lois de Vichy, dont le sort est réglé par catégories. Les lois non comprises dans cette classification sont laissées *provisoirement* en vigueur², ce qui va évidemment à l'encontre de la déclaration initiale.

La première catégorie comprend les lois qui sont annulées *retroactivement*, ce qui entraîne l'anéantissement des effets, pénaux et civils, qu'elles ont produits dans le passé. Ce sont celles qui sont énumérées par l'article 3 de l'ordonnance (notamment les actes constitutifs de 1940, les lois qui

1. Le *Comité juridique* a été supprimé par ordonnance du 31 juillet 1945 ; le Conseil d'Etat est désormais chargé de la révision et de la codification des textes.

2. Par exemple, la loi du 16 mars 1943, modifiant les articles 160, 177 et suivants du *Code pénal*, relative à la corruption de fonctionnaire, est restée provisoirement applicable, jusqu'à son abrogation par ordonnance du 8 février 1945.

ont institué des juridictions d'exception, les lois qui ont imposé le travail forcé pour le compte de l'ennemi, les lois relatives aux associations dites secrètes, celles qui établissent une discrimination quelconque, fondée sur la qualité de juif...). Il faut ajouter les lois figurant sur un tableau I annexé à l'ordonnance : par exemple, celles qui ont modifié, dans un but racial ou pour assurer au Chef de l'Etat une protection pénale exceptionnelle, les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; la loi du 11 août 1941 relative aux réunions privées organisées par les partis ou groupements politiques ; la loi du 19 avril 1943 relative à la suspension des peines...¹

Figurent dans un tableau II les lois dont la nullité est déclarée expressément, mais sans rétroactivité, en sorte que les effets de ces lois demeurent acquis : telles, la loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'Etat ; la loi du 15 septembre 1943 rattachant au Secrétariat à l'intérieur l'administration pénitentiaire et les services de l'éducation surveillée. Il faut ajouter, en vertu d'ordonnances ultérieures qui complètent le tableau II, la loi du 3 décembre 1942 modifiant et aggravant les pénalités en matière d'évasion de détenus (ordonnance du 7 octobre 1944) ; — la loi du 11 septembre 1941 concernant les vols de bestiaux commis la nuit (ordonnance du 7 octobre 1944) ; — les lois des 7 mars 1942, 18 mars et 30 juin 1944 modifiant la loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire (ordonnance du 26 novembre 1944) ; — la loi du 27 juillet 1942 relative à l'enfance délinquante (ordonnance du 8 décembre 1944, ce-dessous, n° 292) ; — la loi du 21 octobre 1940 (pour certaines de ses dispositions) et les lois du 11 octobre 1941 et du 31 décembre 1942 concernant les infractions aux règles sur les prix et le ravitaillement.

Enfin, le tableau III contient les lois validées et déclarées exécutoires. A cette catégorie appartiennent : aux termes d'une ordonnance du 7 octobre 1944, et sous réserve des dispositions qui renvoient à des juridictions d'exception : la loi du 16 août 1943 sur le pillage ; la loi du 8 décembre 1943 réprimant les vols et les escroqueries commis par les faux officiers civils et militaires ; la loi du 27 janvier 1944 réprimant les vols et détournements au préjudice des prisonniers de guerre ; — aux termes de l'ordonnance du 24 mars 1945, les lois des 26 juillet 1941, 17 février 1942, 5 février 1944 relatives au taux des amendes pénales, et celles qui, en conséquence des précédentes, ont modifié la loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire et les articles 172 à 179 C. inst. crim. relatifs à l'appel des jugements de simple police ; — aux termes de l'ordonnance du 28 juin 1945, la loi du 8 octobre 1943 qui élargit la notion de dénonciation calomnieuse (art. 373, C. pénal) ; enfin, est validée, sous réserve de certaines modifications résultant des ordonnances des 17 novembre et 20 avril 1945, la loi du 25 novembre 1941 sur le jury.

Il faut ajouter qu'un certain nombre d'ordonnances édictées en Algérie, du 6 avril 1943 au 3 août 1944 par le général Giraud, par le Comité de la libération nationale, ou par le gouvernement provisoire ont été déclarées applicables sur le territoire français, par des textes (notamment l'ordonnance du 9 août 1944) qui fixent la date de leur mise en vigueur. Ces ordonnances, antérieures à la libération, sont contemporaines des lois promulguées par le gouvernement de Vichy, et dont nous devrons, également, faire état. Les termes « lois » « ordonnances » préviendront toute confusion, quant à l'autorité dont émanent, respectivement, les dispositions citées.

C. — L'établissement sur le territoire métropolitain du gouvernement

1. Au tableau I s'ajoutait, en vertu d'une ordonnance du 11 octobre 1944, la loi du 22 novembre 1941 réglementant l'exercice de la médecine. Cette matière est aujourd'hui réglée par l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945, relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme.

provisoire de la République française a déterminé un changement constitutionnel et législatif plus profond que les événements de juin et juillet 1940.

En effet, les lois constitutionnelles du 10 juillet 1940 avaient laissé subsister, en principe, la forme républicaine du gouvernement. La Constitution de 1875, sauf certains de ses articles, était demeurée en vigueur. Il n'avait été touché à la législation antérieure que par voie de modifications successives et assez prudentes.

L'ordonnance organique du 9 août 1944 porte l'affirmation liminaire « qu'en droit la République n'a pas cessé d'exister » (art. 1). Mais cette affirmation n'a qu'une portée morale et politique¹. Elle ne signifie pas le maintien des institutions constitutionnelles de la III^e République, qui serait en contradiction avec certaines déclarations du général de Gaulle. L'ordonnance du 2 avril 1944, *portant organisation des pouvoirs publics en France après la libération*, annonce l'élection d'une Assemblée Constituante.

Cette Assemblée, issue du scrutin du 21 octobre 1945, définissait aussitôt ses pouvoirs dans la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 *portant organisation provisoire des pouvoirs publics*. Conformément à l'article 1^{er}, elle élisait le président chargé de constituer un nouveau gouvernement provisoire responsable devant elle. Sa mission essentielle était d'établir la Constitution nouvelle (art. 2). L'article 4 lui conférait, en outre, le pouvoir législatif, l'initiative des lois lui appartenant concurremment avec le gouvernement (art. 4, al. 1)². Aux termes de l'art. 6, *les pouvoirs de l'Assemblée expireront le jour de la mise en application de la nouvelle Constitution, et, au plus tard, sept mois après la première réunion de l'Assemblée*.

On ne sera pas surpris que dans le court laps de temps assigné à ses travaux, l'Assemblée Constituante n'ait pu prendre au développement du droit pénal qu'une part insignifiante. L'intérêt se concentre aujourd'hui sur le régime issu, après l'échec d'un projet initial, de la nouvelle Constitution qui, adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 29 septembre 1946, et soumise à l'approbation du corps électoral des citoyens français par voie de referendum, le 13 octobre 1946, est entrée en vigueur le 31 décembre 1946.

Après un préambule où sont réaffirmés les principes de la Déclaration des droits de l'homme, cette Constitution réserve le pouvoir de voter les lois à une assemblée unique, l'*Assemblée nationale*; l'autre Chambre du Parlement, ou *Conseil de la République*, n'a, dans leur élaboration, qu'un rôle consultatif. Le pouvoir exécutif appartient au Président de la République, élu pour sept ans par le Parlement, et au Président du conseil désigné par lui, et nommé, ainsi que les ministres, dans les conditions prévues à l'article 45. Chacun des actes du Président de la République doit être contre-signé par le Président du Conseil des ministres et par un ministre (art. 38). Il est institué une *Haute-Cour de justice* (art. 57), et un *Conseil supérieur de la magistrature* (art. 83).

1. En ce sens M. Waline. *L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine*, J. C. P. 1945, I, 441.

2. Les lois sont promulguées dans la forme suivante : l'Assemblée nationale constituante a adopté, le Président du Gouvernement provisoire promulgue la loi dont la teneur suit... (texte de la loi) : Décret du 23 novembre 1945.

109. Les Codes de justice militaire. — Le code de justice militaire pour les armées de terre de 1857, et le Code militaire pour les armées de mer de 1858 ont subi, comme le droit commun, des modifications dans le sens de l'adoucissement du régime pénal. Le Code de justice militaire pour l'armée de terre a été abrogé par la loi du 9 mars 1928 qui introduit des innovations importantes, tant en ce qui touche l'organisation des tribunaux militaires que la procédure et le régime des peines. Le Code de justice militaire pour l'armée de mer, de 1858, a été remplacé par celui du 13 janvier 1938.

On consultera avec grand intérêt, sur le régime institué par ces nouveaux codes, le *Traité de Droit pénal et de Procédure pénale militaire*, par M. P. HUGUENEY, professeur à l'Université de Dijon (Paris, 1933) et la thèse de M. Gonfreville, *Organisation et compétence des juridictions criminelles de la marine militaire*, Sirey, 1941.

110. Les actes du pouvoir exécutif. — Le droit pénal positif est constitué enfin par les actes du pouvoir exécutif, c'est-à-dire les décisions réglementaires émanant du Président de la République (art. 30 et suiv. de la nouvelle Constitution) ou du Président du Conseil des Ministres (art. 47) qu'on appelle aujourd'hui les décrets; les arrêtés des préfets, des maires, et, pour les périodes d'état de siège, les règlements de l'autorité militaire.

L'exercice du pouvoir réglementaire est gouverné et limité par la loi¹.

111. De la sanction pénale des actes du pouvoir exécutif. — Les lois contiennent elles-mêmes, le cas échéant, la sanction pénale des obligations qu'elles instituent. On doit leur assimiler, à cet égard, les *décrets-lois* émanant du pouvoir exécutif, mais en vertu d'une délégation exceptionnelle de l'autorité législative. C'est ainsi que des décrets-lois pris en application des lois des 8 juin 1935, 30 juin 1937, 13 avril 1938, 5 octobre 1938, 19 mars 1939 ont, pour satisfaire à des nécessités sociales nouvelles, aggravé la répression de l'escroquerie (art. 405 C. pénal), de l'abus de confiance (art. 408) des délits d'imprudence (art. 319 et suiv.), des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat (art. 75, 76, 77), de l'avortement (art. 317)².

La principale question que cette pratique fait naître est de savoir si le Gouvernement, lorsqu'il a, par décrets-lois, élevé des peines ou même créé des délits nouveaux, est toujours resté dans les limites que lui assignait la loi d'habilitation³. On s'explique, sans doute, qu'en vertu de la loi du 30 juin 1937 autorisant « toutes mesures tendant à assurer la répression des atteintes au crédit de l'Etat, la lutte contre la spéculation, le redressement économique, le contrôle des prix, l'équilibre du budget... » soient intervenus les décrets-lois qui ont puni la « hausse injustifiée des prix », créé le « délit de majoration frauduleuse d'apport », dans les Sociétés anonymes (art. 15 nouveau, *in fine*, de la loi du 24 juillet 1867). Mais quand la loi du 13 avril

1. Crim., 14 mai 1941, *D. A.*, 1941, J., 311.

2. De même, en Belgique, où l'art. 9 de la Constitution dispose : *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*, des lois du 17 mai 1933 et du 31 juillet 1934 ont délégué au pouvoir exécutif le droit de sanctionner, au moyen de peines correctionnelles, les prohibitions édictées par des arrêtés-lois. Le droit pénal et les pouvoirs spéciaux, par S. LUI. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1940, p. 167.

3. L. JOSSERAND, Les déformations récentes de la technique législative, *D. H.*, 1939, *Chronique*, p. 10.

1938 a autorisé les mesures que le Gouvernement jugerait indispensables « pour faire face aux dépenses nécessitées par la défense nationale et redresser les finances et l'économie de la nation », devait-on s'attendre à voir figurer, parmi ces mesures : la réglementation nouvelle de la police des étrangers (décret-loi du 2 mai 1938)¹ ; la prévention et la répression du vagabondage des mineurs (décret-loi du 17 juin 1938 amendant celui du 30 octobre 1935) ; le renforcement des peines de l'espionnage, qui comprennent, désormais, le châtimement capital ? (décret-loi du 17 juin 1938). Quand, rejetant le pourvoi de l'enseigne Aubert, condamné à mort pour espionnage par le tribunal militaire de Toulon, la Cour de cassation affirma la régularité de ce décret-loi², son argumentation parut spécieuse³. La dernière loi d'habilitation, celle du 19 mars 1939, autorisant le Gouvernement à « prendre par décrets délibérés en conseil des ministres, les mesures nécessaires à la défense du pays », confère au Gouvernement, par la généralité de ses termes, des pouvoirs plus étendus. C'est en vertu de cette loi qu'est intervenu le « Code de la famille », et qu'une section entière du Code pénal, relative aux crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, a reçu une rédaction toute nouvelle.

Élargissant le débat, on s'est demandé si l'institution ou la suppression par voie de décrets-lois de délits et de peines s'accorde avec les règles de notre droit constitutionnel ? Les décrets-lois, bien qu'ils s'appliquent à des matières ordinairement réservées à la réglementation législative, sont des actes du pouvoir exécutif susceptibles d'un recours en Conseil d'Etat⁴. La constitution de 1875 réservait au Parlement le pouvoir d'amnistier. Le principe de légalité des délits et des peines, s'il ne s'y trouve pas littéralement inscrit, a, de l'avis commun, une valeur constitutionnelle. Or, le Gouvernement ne s'est pas borné à créer, par décrets-lois, des infractions, et à augmenter des peines. Comme on verra plus loin, il a pris, par la même voie, des mesures amnistiantes. Sur ces objections, on se bornera à renvoyer aux ouvrages spéciaux⁵. La meilleure réponse semble être que les transformations du droit public, imposées par des circonstances européennes, ont leur répercussion inévitable en droit pénal.

L'Acte constitutionnel n° 2, du 11 juillet 1940, qui a réuni entre les mains du Chef de l'Etat le pouvoir gouvernemental et le pouvoir législatif, le droit de grâce et le droit d'amnistie, a fait cesser — temporairement — ces controverses. Elles paraissent exclues par l'article 13 de la Constitution actuelle : l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.

Les actes ordinaires du pouvoirs exécutif, tels que les règlements, s'ils peuvent créer des obligations, prévoir des infractions, ne peuvent instituer des peines⁶.

Une peine ne peut être prévue et imposée que par une loi ; c'est un principe fondamental de notre droit public. De deux choses l'une : ou bien la

1. Voir, sur la régularité de ce décret-loi : Crim., 28 juillet 1939, *Gaz. Pal.*, 18 juillet 1940 ; sur le décret-loi du 14 mai 1938, également relatif à la police des étrangers : Crim., 23 juin 1939, *Gaz. Pal.*, 25 août 1939, Chronique HUGUENÉY, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 764. C'est encore, en vertu de la loi du 5 octobre 1938 autorisant des mesures « destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays » qu'est intervenu le décret-loi du 12 nov. 1938, relatif, lui aussi, à la police des étrangers, et qui créa un cas nouveau de relégation.

2. Crim., 22 fév. 1939 (Affaire Aubert et Gruneberg) S, 1940.1.1. Note A. MESTRE ; *Semaine juridique*, 1939, p. 1027.

3. P. HUGUENÉY, Quelques réflexions sur l'arrêt Aubert, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 537.

4. Conseil d'Etat, 20 déc. 1935, *Rec. Gaz. Pal.*, 1936, 1, 240 ; 25 juin 1937, *D. P.*, 37, 3, 33 et la note de M. L. ROLLAND.

5. Voir, notamment : H. BERTHÉLÉMY et Jean RIVERO, *Cinq ans de réformes administratives*, 1933-1938, Rousseau, 1938, pp. 8 et suiv.

6. Cass. 18 mars 1932. *Gaz. Pal.*, 1932, 1, 890.

loi en exécution de laquelle le règlement est intervenu à prévu à l'avance une sanction pénale ; il en est ainsi des règlements concernant la police des chemins de fer. Ces règlements sont sanctionnés par la loi en vertu de laquelle ils sont intervenus, la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer : *Toute contravention aux ordonnances royales portant règlement d'administration publique... sera punie d'une amende de 10 à 3.000 francs* (art. 21). Ou bien la loi ne prévoit aucune pénalité ; alors, l'obligation établie par le règlement trouve sa sanction dans les dispositions générales de l'article 471 du Code pénal § 15, ainsi conçu : *Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs inclusivement (aujourd'hui 50 francs jusqu'à 300 francs) ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale...*¹.

112. Du contrôle exercé par le juge sur la légalité des actes du pouvoir exécutif. — D'autre part, tandis que toute loi pénale invoquée devant le juge répressif s'impose à ce dernier sans qu'il lui soit permis d'en apprécier la valeur, d'en contrôler la constitutionnalité, tandis que l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être opposée par les tribunaux à l'application de la loi (cette opinion a été contestée², mais il faut la considérer comme constante en jurisprudence)³, au contraire, en vertu de l'article 471 du Code pénal § 15, le Tribunal de simple police, appelé à connaître des contraventions, a le droit et le devoir de contrôler la légalité du règlement invoqué devant lui⁴.

Il faut ici éviter une méprise. Quand une personne est poursuivie pour infraction à un règlement, il n'appartient pas au tribunal de simple police de prononcer la nullité de ce règlement ; il empiéterait ainsi sur la compétence des juridictions administratives : son rôle consiste à refuser de prononcer une peine sur le fondement d'un règlement illégal⁵.

Il en sera ainsi si le règlement n'a pas été publié conformément à la loi, s'il émane d'une autorité incompétente, si cette autorité a excédé ses

1. Cass., 3 nov. 1917, S., 1917,1,145, note DUGUIT. En conséquence, viole la loi le juge qui, dans un cas où la loi en exécution de laquelle l'acte du pouvoir exécutif est intervenu a fixé elle-même la sanction pénale de ses prescriptions, se contente d'appliquer l'art. 471, § 15 : Crim., 19 février 1941. *Semaine juridique*, 1941, 1662. De même : Lyon, 24 janvier 1941, *Semaine juridique*, 1941, 1666 ; Nîmes, 13 mars 1941, *Semaine juridique*, 1941, 1666. Il méconnaît, en effet, les règles qui gouvernent le « cumul idéal d'infractions ».

2. BERTHÉLÉMY, *Revue politique et parlementaire*, 1925, p. 359, note S., 1912, 4, 9 ; DUGUIT, note S., 1918, 1, 73.

3. LARNAUDE, *Revue politique et parlementaire*, 1926, pp. 18 et suiv. ; GARÇON, *Code pénal annoté*, sous l'art. 127 ; J.-A. ROUX, *Cours de Droit criminel français*, 2^e éd., t. I^{er}, p. 26.

4. Crim., 29 nov. 1900, B. cr., n° 354 ; 7 nov. 1908, S., 1911,1,540 ; 25 fév. 1937, *Gaz. Pal.*, 9 juin 1937. Les jugements ou arrêts qui portent condamnation n'a lieu d'être motivé à cet égard que si la régularité du règlement a été contestée par l'une des parties et si des conclusions ont été déposées à cet égard : Crim. 5 janv. 1928, B. crim. n° 2, 10 nov. 1937, B. crim., n° 200, Crim. 4 fév. 1944. Chron. Brouhot, J. C. P. 1944. I. 415. Contrairement à la jurisprudence *Sept fonds* (Trib. des Conflits, 16 juin 1923, S. 23,3,49, note HAURIOU), la Cour de cassation, interprétant l'art. 471, § 15 du Code pénal, se reconnaît le droit de vérifier la légalité des actes administratifs, y compris des décrets-lois. Crim., 22 fév. 1939, S. 40.1.1.

5. Crim., 12 janv. 1939, D. H. 39,166.

pouvoirs légaux, enfin si le règlement invoqué est contraire soit à un texte formel, soit à l'esprit de la loi¹.

113. Du cas où l'acte qui sert de base à la poursuite est entaché de détournement de pouvoir. — Dans cet ordre d'idées, il s'est présenté récemment une question délicate. On s'est demandé si le tribunal de simple police doit se refuser à l'application d'une peine, quand le règlement invoqué devant lui est entaché de *détournement de pouvoir*. On peut former, en pareil cas, un pourvoi devant le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation de l'arrêté; mais le tribunal de simple police peut-il se refuser à l'appliquer? La question s'est posée dans les circonstances suivantes: un arrêté préfectoral de Clermont-Ferrand avait subordonné l'autorisation d'effectuer sur les routes du département des essais de châssis d'automobiles à la condition que l'auteur de ces essais souscrirait l'engagement de participer à la réparation et à l'entretien des routes. Cet arrêté, ayant été soumis au Tribunal de simple police à la suite d'une contravention, fut considéré comme entaché de détournement de pouvoir: la Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie de l'affaire, jugea que le Tribunal de simple police n'avait pas dû en tenir compte; le préfet s'était servi dans l'intérêt fiscal du département d'un pouvoir qui lui avait été donné simplement pour assurer le maintien de l'ordre (*Crim.*, 26 janv. 1924, Recueil hebdomadaire de la jurisprudence *Dalloz*, 1924, p. 165)².

114. De l'application, en France, des lois pénales étrangères. —

Il semble au premier abord que les lois pénales étrangères ne soient pas une source de droit pénal français. C'est, en effet, une idée admise que les tribunaux français n'ont pas à les appliquer.

On signalera cependant qu'à la suite d'une annexion l'observation d'une loi pénale étrangère peut s'imposer aux juges français. C'est ainsi qu'après le retour de l'Alsace-Lorraine à la France, le décret du 25 novembre 1919, ratifié par la loi du 30 décembre 1920, a maintenu provisoirement l'application de certaines lois pénales allemandes dans les départements recouvrés³.

En dehors de cette hypothèse spéciale, le principe que les tribunaux n'ont pas à appliquer les lois pénales étrangères reçoit, du fait du droit positif actuel, certaines dérogations. Aux termes de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, quand un Français s'est rendu coupable à l'étranger d'un délit *stricto sensu*, il ne peut être puni en France que si le délit est incriminé par la loi du pays où il a été commis⁴.

Enfin, les lois pénales étrangères sont une source indirecte du droit pénal français, en raison de l'influence que les législations pénales des divers Etats exercent les unes sur les autres.

1. *Crim.*, 1^{er} juillet 1909, *S.*, 1910, 1, 153. *Crim.*, 11 et 31 déc. 1940, *D. A.* 1941, *J.* 108. Voir HAURIOU, *Droit administratif*, 12^e éd., pp. 631 et suiv. A. MESTRE, Recherches sur l'exception d'illégalité, *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 567 et suiv.

2. Voir encore: *Crim.*, 23 juillet 1927, *S.*, 29, 1, 318. Cf. *Crim.*, 19 avril 1918, *S.*, 1918, 1, 65. Note ROUX; 4 et 5 mai 1923, *S.*, 23, 1, 395 et 396; 8 août 1924, *S.*, 25, 1, 142.

3. DONNEDIEU DE VABRES, *Principes modernes de Droit pénal international*, p. 210.

4. Voir encore les articles 4 et 5 de la loi du 10 mars 1927 sur l'extradition, qui sera commentée plus loin. Cf. notre rapport au Congrès international de Bucarest, sur l'application des lois pénales étrangères. *Actes du Congrès*, pp. 461 et suiv. Cf. nos *Principes modernes de Droit pénal international*, pp. 171 et suiv.

§ 2. — De l'élément matériel du délit

115. De la nécessité d'un élément extérieur : sa nature. — Dire qu'il est nécessaire, pour qu'un délit existe, qu'un élément matériel soit constitué, c'est dire qu'une infraction ne peut consister dans un simple mouvement de la pensée, dans une cogitation. Toute politique criminelle qui s'inspirerait d'une idée différente déterminerait une inquisition intolérable dans le domaine de la conscience. Mais dire que toute infraction à la loi pénale comporte un élément matériel, cela ne veut pas dire que cette infraction doit avoir laissé des traces, qu'il doit y avoir un corps de délit, ni que l'infraction doit consister dans un acte positif, dans une commission.

116. Délits de commission et délits d'omission. — L'infraction consiste, le plus souvent, dans une action : ainsi le vol, le meurtre.

Mais dans quelques hypothèses, la loi, pour des raisons d'ordre public, impose à certaines personnes l'obligation d'agir : l'infraction consiste alors dans une abstention, dans une omission. Cette obligation de faire pèse le plus souvent sur des personnes investies d'un caractère public, sur des fonctionnaires. Ainsi, l'article 119 du Code pénal punit de la dégradation civique le fonctionnaire qui, ayant appris qu'une personne est indûment privée de sa liberté, est victime d'une séquestration arbitraire, a omis d'en prévenir ses supérieurs hiérarchiques. C'est un délit d'omission. Parfois aussi, l'obligation d'agir pèse sur un citoyen chargé exceptionnellement d'un service public. Ainsi, le juré régulièrement convoqué qui ne se présente pas à la Cour d'Assises se rend coupable d'un délit. Enfin, il peut arriver, bien que ce soit plus rare, qu'une obligation d'agir, qui pèse sur une personne privée, soit sanctionnée par une peine. On sait qu'en vertu de l'article 55 du Code civil, quand un enfant vient au monde, l'obligation de procéder, dans les trois jours, à la déclaration de naissance incombe au père, ou à son défaut à toute personne ayant assisté à l'accouchement ; cette disposition de la loi est sanctionnée par l'article 346 du Code pénal. On pourrait encore citer l'article 471, § 4, du Code pénal qui frappe d'amende l'entrepreneur qui a omis d'éclairer un dépôt de matériaux sur la voie publique, l'article 475, § 12 punissant celui qui, le pouvant, a omis de porter secours en cas d'incendie.

Un des effets de la nouvelle politique criminelle, à caractère réaliste, est de multiplier les délits d'omission, souvent prévus par les décrets-lois de 1935-1939. Tandis que, sous une inspiration libérale, la loi du 28 avril 1832 avait abrogé les articles 103 et 107 du Code pénal de 1810 frappant la non-révélation des crimes qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, l'art. 103 nouveau, introduit par le décret-loi du 29 juillet 1939 dispose : *Sera punie des peines portées par l'art. 83 contre les atteintes à la sûreté de l'Etat* (c'est-à-dire les travaux forcés en temps de guerre, et l'emprisonnement en temps de paix) *toute personne qui, ayant connaissance de projets ou d'actes de trahison ou d'espionnage, n'en fera pas la déclaration aux autorités militaires, administratives ou judiciaires, dès le moment où elle les aura connus.* L'art. 104 frappe des mêmes peines toute personne qui, *étant en relations avec un individu exerçant une activité de nature à nuire à la défense nationale, n'aura pas averti les autorités visées à l'article précé-*

dent, dès le moment où elle aura pu se rendre compte de cette activité¹. — En matière de Sociétés, l'omission par des commissaires aux comptes de dénoncer au procureur de la République les agissements délictueux d'administrateurs (escroquerie et abus de confiance notamment) dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions est punie de peines d'emprisonnement et d'amende par les décrets-lois des 8 août et 30 oct. 1935 qui ont modifié, à cet effet, l'art. 34, § 5 de la loi du 24 juillet 1867. — En dernier lieu, la portée du « délit de non dénonciation » a été élargie par l'ordonnance du 25 juin 1945 concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique²: Sans préjudice de l'application des articles 103 et 104 du présent Code³, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans, et d'une amende de 1000 à 50.000 francs, ou de l'une de ces peines seulement, celui qui, ayant connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé, n'aura pas, alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou d'en limiter les effets, ou qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'entre eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation pourrait prévenir, averti aussitôt les autorités administratives ou judiciaires. Ce texte remplace celui de la loi vichysoise du 25 octobre 1941, loi de circonstance qu'avait dictée l'intérêt de l'armée occupante; et dont les dispositions étaient analogues, mais non identiques⁴. L'alinéa final de l'ordonnance crée une excuse absolutoire : *Sont exceptés des dispositions du présent article les parents ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des auteurs ou complices du crime ou de la tentative.*

Il résulte de ces observations que l'élément matériel du délit ne consiste pas nécessairement dans une action, mais parfois dans une abstention, dans une omission.

Ce principe sert de base à une classification des infractions à la loi pénale en deux catégories : les *délits de commission*, qui sont les plus nombreux, et les *délits d'omission*.

1. Aux termes du décret-loi du 17 juin 1938, art. 4, l'auteur de semblable omission était présumé coupable de tentative d'un des délits prévus par la loi de 1934 sur l'espionnage, art. 2.

2. Le délit de non révélation, même à l'égard des infractions de droit commun, est institué, avec une portée très large, par l'art. 364 du Code pénal italien de 1930. Il figure parmi les *délits contre l'administration de la justice*. A. SANDULLI. Le fait, pour un citoyen, d'omettre de dénoncer une infraction. *Giustizia penale*, 1938, II. *Il Codice*, fév. 1938. — Aux termes du Code pénal soviétique de 1926 (art. 18) la non-dénonciation n'est un délit que dans les cas déterminés par la loi (activités contre-révolutionnaires, banditisme, fausse-monnaie). La « tolérance » est parfois punissable, soit comme complicité, quand elle avait été promise, soit en tant que non-dénonciation, quand il y avait obligation de dénoncer. (GOLIAKOV, *Traité de Droit pénal*, pp. 208 et suiv.)

3. Le texte est inséré dans le Code pénal, à la suite du recel de malfaiteurs, sous l'article 61 devenu vacant depuis que la loi du 22 mai 1915 a fait du recel des choses un délit distinct (*infra* n° 461). L'incrimination s'insère dans une série d'infractions qui sont des *délits d'omission contre l'administration de la justice*.

4. La différence se marque dans la détermination des infractions dont la dénonciation était rendue obligatoire. Au lieu des crimes en général, la loi du 25 oct. 1941 visait des attentats dont avaient souffert certains membres de l'armée allemande d'occupation, et qui avaient motivé des représailles : crimes contre la vie ou la santé de personnes, incendie volontaire, actes divers de sabotage... Était soumis à l'obligation de dénoncer celui qui avait eu connaissance du projet de crime, ou qui avait été témoin de l'infraction. La répression était rigoureuse, puisque, dans les cas graves, les coupables pouvaient être retenus et punis comme *complices du crime* qu'ils n'avaient pas dénoncé (*infra*, n° 427, 428). La loi du 25 oct. 1941 a été annulée sans rétroactivité (tableau II). Voir, sur cette loi le commentaire de M. DONNEDIEU DE VABRES, *D. C.* 1942, 1, 33 ; et, sur l'ordonnance du 25 juin 1945, le commentaire de M. TUNC, *D.*, 1946, L., 33 ; Cf. TUNC, *Le particulier au service de l'ordre public*, 1943, préface de M. HUGUENY.

On s'est demandé parfois s'il ne faut pas distinguer une catégorie intermédiaire, celle des délits de *commission par omission*.

117. Délits de commission par omission. — Voici le problème que fait surgir cette catégorie d'infractions. On se demande si, dans certains cas, une omission considérée comme contraire à l'intérêt général aurait suffi à constituer un délit et à déterminer l'application d'une peine alors qu'elle ne renferme la violation d'aucun ordre positif d'agir donné par la loi.

Le délit de commission par omission ressemble au délit de commission en ce qu'il détermine un résultat qui s'obtient généralement par une action. Une personne aperçoit un obstacle, une pierre posée sur une voie de chemin de fer. Un train va passer, il est probable que cet obstacle déterminera un déraillement, compromettra des vies humaines. Cette personne, par indifférence ou par malveillance, s'abstient ; la catastrophe se produit. Voilà le type du délit de commission par omission. Supposons encore qu'une personne va se noyer ; un passant s'abstient de lui porter secours par haine ou par indifférence. Tombe-t-il sous le coup de la loi pénale ?

C'est une réponse affirmative qui a prévalu souvent dans notre ancien droit : « Qui peut et n'empêche pêche » disait-on. Les jurisconsultes qui préconisaient cette solution répressive pouvaient invoquer en sa faveur certains précédents du droit romain et du droit canonique.

Aujourd'hui, il y a des cas dans lesquels une abstention qui, par son résultat, est équivalente à un meurtre ou à des coups et blessures est punie : mais c'est qu'il existe une disposition légale. Citons la loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté, et attentats commis contre les enfants. Elle prévoit la privation volontaire de soins et d'aliments envers des enfants au-dessous de 15 ans. (art. 312, nouveau, Code pénal). C'est un délit frappé d'une peine d'emprisonnement ; lorsque la privation a eu pour conséquence la mort de l'enfant et que l'agent a eu l'intention de la provoquer, c'est la peine prévue pour l'assassinat, la peine de mort, qui est infligée ; mais la loi a réglé cette situation. La question subsiste pour des cas analogues, quand la victime est adulte.

En l'absence de prévisions légales, il semblait impossible de punir une abstention comme constituant un meurtre. C'est ce qu'a jugé la Cour de Poitiers dans l'affaire de la « séquestrée de Poitiers ». La Cour a décidé, le 20 novembre 1901, que, la loi de 1898 n'ayant pas étendu sa protection aux aliénés, « le fait d'avoir, pendant de longues années, laissé une personne majeure, atteinte d'aliénation mentale dans une chambre sans air et sans lumière, dans un état de malpropreté indescrivable, au point que l'existence de cette personne se trouvait compromise, ne saurait constituer un acte de violence prévu par l'article 311 du Code pénal ¹ ». (Poitiers, 20 nov. 1901.S., 1902, 2, 305 et note J. Hémar). Une décision aussi regrettable dénonçait une lacune de la loi qu'il était facile de combler. Il suffisait de compléter l'article 311 du Code pénal en s'inspirant de l'article 349 du même Code, qui réprimant « le délaissement et l'abandon dans un

1. Voir aussi en ce sens que la complicité par aide et assistance ne peut résulter d'une simple abstention : Crim., 26 oct. 1912, S., 14, 1, 225, note Roux.

lieu solitaire » étend à toutes personnes incapables de se suffire à elles-mêmes la protection pénale qu'il assure aux enfants.

118. La répression de l'abstention coupable, d'après l'ordonnance du 25 juin 1945. — C'est une réforme plus étendue qu'a réalisée l'ordonnance du 25 juin 1945 concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique, la même qui réprime le délit de non dénonciation. S'inspirant du fait, toujours plus vivement ressenti, de la solidarité humaine, les auteurs de cette ordonnance ont prévu, pour la réprimer en termes généraux, toute abstention consciente et volontaire d'où peut résulter une atteinte grave à la vie ou à la santé.

Le texte, qui vise deux catégories d'hypothèses, est le suivant :

Sans préjudice de l'application, le cas échéant, des peines plus fortes prévues par le présent Code¹ et les lois spéciales, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 1.000 à 50.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, pouvant empêcher par action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire.

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.

Les auteurs de ce texte se sont inspirés du projet du Code pénal français de 1934. Ils ont reproduit, dans ses grandes lignes, une disposition de la loi précitée du 25 octobre 1941 (*supra* n.º 116). Mais cette loi était dictée, comme on la vu, par un intérêt politique étranger aux auteurs de l'ordonnance². De plus, les termes de l'incrimination sont élargis³.

119. Appréciation de la réforme. — Les prévisions du législateur sont très étendues. Le danger, qui confère à l'abstention son caractère coupable, peut résulter soit d'une infraction à la loi pénale (alinéa 1), soit d'un fait naturel quelconque (al. 2). Il n'est requis ni que la victime ait perdu la vie ni qu'elle ait souffert une lésion corporelle : même la gravité du péril n'est pas exigée par le texte. L'ordonnance ne suppose pas non plus qu'un lien de parenté ou qu'une obligation alimentaire existe entre la victime de l'abstention fautive et l'inculpé⁴. En revanche, l'abstention

1. Le texte prend place, dans le Code pénal, à la suite du délit de non dénonciation. Il figure sous l'article 63, et comble la lacune créée par la loi du 22 mai 1915 qui a transporté sous les art. 460 et 461 les dispositions relatives au recel de choses.

2. La liste des infractions à l'égard desquelles le défaut de secours était puni était exactement celle des infractions dont la dénonciation était rendue obligatoire (*supra*, n.º 116). A cette liste est substituée une formule générale. L'ordonnance protège les personnes qui sont victimes de faits qualifiés crimes ou de délits contre l'intégrité corporelle de la personne.

3. La loi du 25 octobre 1941 exigeait (art. 4 al. 2) que, faute d'être secourue, la personne en péril eût perdu la vie ou souffert une grave lésion corporelle. La réalisation d'un dommage cesse, désormais, d'être requise. En revanche, le taux de la peine d'emprisonnement est réduit.

4. Le lien est, en revanche, essentiel dans un autre délit d'omission : l'abandon du foyer, forme nouvelle de l'abandon de famille, qu'a instauré la loi du 23 juillet 1942. Voir l'article de M. Ancel, *Etudes de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1944, p. 120. L'article 156 du Code soviétique de 1926 incrimine le fait de laisser sciemment

n'est punie que si l'action n'entraînait de risque ni pour l'inculpé ni pour les tiers. La loi pénale n'impose pas l'héroïsme.

Dans l'application, des difficultés se sont élevées concernant l'appréciation du péril auquel était exposée la victime, du risque couru par l'inculpé et de la faute imputable à ce dernier¹. L'élasticité de la seconde incrimination crée un danger d'arbitraire : danger d'autant plus redoutable qu'à l'opposé du projet de Code pénal et à l'exemple de la loi de 1941, l'ordonnance s'abstient de subordonner la poursuite à l'initiative du ministère public. La porte est ouverte à des manœuvres de chantage. Un palliatif résulte, il est vrai, des dispositions récentes qui renforcent la répression du délit de dénonciation calomnieuse (*infra*, n^{os} 123 et 1194)².

On remarquera, enfin, que l'infraction nouvelle n'est pas, à proprement parler, le *délit de commission par omission* dont la création a pu être envisagée³. C'est un délit d'omission. En effet, la peine comminée n'est pas celle que les lois attachent à l'acte positif correspondant : homicide, coups et blessures ; c'est une peine inférieure. Cette observation était vraie au temps de la loi du 25 octobre 1941⁴ ; mais elle est renforcée du fait que l'abstention est réprimée, *en l'absence de tout préjudice réalisé*. Le délit nouveau s'inscrit dans la série des délits d'omission créés par l'ordonnance du 25 juin 1945. (*Infra*, n^o 1258).

§ 3. — De l'élément moral de l'infraction

120. De la nécessité d'un élément moral. — Un élément moral est nécessaire à la constitution d'un délit. Il en est ainsi, non seulement dans la doctrine néo-classique d'après laquelle le fondement de la répression est la liberté humaine, la responsabilité morale, mais dans la doctrine positiviste qui punit l'infraction en considération du caractère dangereux de son auteur.

121. La nature. — Un élément moral étant indispensable à la constitution du délit, en quoi consiste cet élément moral ?

sans assistance une personne en danger mortel et hors d'état de pourvoir elle-même à sa défense, quand le coupable de l'abandon était tenu d'avoir soin de l'abandonné et avait possibilité de lui porter secours. L'article 157 réprime spécialement le refus d'assistance à un malade, malgré une obligation légale ou résultant d'une règle spéciale, et le refus de secours médical de la part d'une personne pratiquant la médecine. Une loi du 17 juin 1936, qui interdit l'avortement, prévoit et punit, en même temps, le refus des aliments ou de l'assistance aux enfants (art. 158 C. pénal).

1. Voir, par exemple, sous l'empire de la loi du 25 octobre 1941 : trib. corr. Nérac 5 février 1944 et trib. corr. Abbeville 12 juillet 1943, J. C. P. 1944, 2. 2624, note Jean Bornecque. Jugé que le délit n'est pas imputable à la femme d'un vieillard décédé des suites de privations alimentaires et de manque de soins, alors que le malade était d'un commerce pénible et que la prévenue a pu voir sa bonne volonté paralysée par le mauvais vouloir du patient (1^{re} espèce). Jugé, par contre, qu'encourt la peine résultant de la loi du 25 octobre 1941, article 4, celui qui, s'étant rendu compte qu'un mineur était en grave danger de se noyer, et pouvant intervenir utilement, puisqu'il savait nager, s'est abstenu de porter secours (2^e espèce). Chacune de ces décisions prête à la critique. Dans le premier cas, le juge fait bon marché de l'obligation légale de secours qui pesait sur l'inculpée ; dans le second cas, l'absence de préjudice ou de risque, pour l'agent n'est pas établie. Voir, sur ces questions : R. Béraud, *L'omission punissable* J. C. P. 1944, I. 433, et note Henri Desnois, *D. C.*, 1944, J., 45, sous Poitiers, 2 févr. 1943.

2. Cf. M^{me} Albaret-Montpeyroux, *L'inaction en droit pénal*, thèse Clermont 1944, p. 113 et s.

3. Gand. *Du délit de commission par omission*, thèse Paris 1900 ; P. Appleton, *L'abstention frauduleuse*, *Revue trimestr. de droit civil*, avril-juillet-septembre 1912.

4. M^{me} Albaret-Montpeyroux, *op. et loc. cit.*

La réponse à cette question exige des distinctions délicates. Il faut donner des définitions qui seront utiles, soit pour établir une classification des délits, soit pour exposer la théorie de la tentative, soit enfin, et plus encore, pour développer la doctrine générale de la responsabilité. Les notions à définir sont celles de *volonté, de mobile, d'intention, de faute et d'erreur*.

122. La notion de volonté. — La volonté est un élément moral indispensable à la constitution de tous les délits. Un fait extérieur ne peut intéresser l'autorité sociale qu'autant qu'il est révélateur d'une volonté humaine. Cela est vrai, même des infractions légères, des contraventions de simple police, qu'on appelle à tort des délits *purement matériels*. Ainsi l'article 471, § 4 du Code punit le charretier qui a embarrassé la voie publique en y déposant des matériaux. C'est le type de l'infraction *purement matérielle*. Si pourtant ce dépôt provient d'un accident, du fait que la charrette a été renversée par un autre véhicule, le charretier ne sera pas puni. Pour que la loi pénale intervienne, il est indispensable que le fait incriminé soit l'œuvre d'une volonté¹.

123. La notion de mobile. — Le *mobile*, en règle générale, n'influe, ni sur l'existence du délit, ni sur la rigueur de la peine légale.

On définit généralement le mobile : le but final poursuivi par l'agent. Nous croyons plus exact de donner une définition différente ; le mobile, c'est *l'intérêt ou le sentiment qui a déterminé l'action*.

Pour un même délit, le mobile n'est pas toujours le même ; il est susceptible d'importantes variations. Le vol est en général commis sous l'influence d'un mobile immoral, la cupidité. On a vu cependant des voleurs par nécessité, telle une femme qui, mourant de faim, vole un pain à la devanture d'un boulanger, des voleurs par philanthropie... Peu importe : dans tous les cas, le vol est un délit que la loi punit (art. 401 du Code pénal) de un à cinq ans d'emprisonnement. Le mobile n'influe ni sur l'existence du délit, ni sur la qualification, ni sur la rigueur de la peine².

Mais cette règle comporte quelques restrictions.

a) Il est une sorte de mobile qui, en fait, détermine l'impunité, parce que la poursuite n'a pas lieu. Nous faisons allusion à la pratique, devenue fort courante, de *l'agent provocateur*. A l'égard de certaines infractions que, pour des raisons variées, il est difficile de surprendre, ainsi le trafic de l'or, les infractions au contrôle des changes, la hausse illicite des prix... l'usage s'est introduit, dans la police judiciaire, de tendre des pièges. Une occasion

1. Il suit de là que l'exception tirée de la *force majeure* s'applique même au délits *purement matériels* : Crim., 14 avril 1916, D. P., 21, 1, 48 ; 6 nov. 1936, Gaz. Pal., 24 déc. 1936 ; 17 nov. 1937, Gaz. Pal., 19-20 déc. 1937. Cf. les Chroniques de la *Revue de Science criminelle*, 1938, pp. 82 et 291.

2. La légitimité du but n'exclut pas l'inculpation, du moment que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. Le faux en écritures, le vol, l'escroquerie ont pu être commis *dans un but licite*. La jurisprudence, après quelques décisions contraires au lendemain de la promulgation du Code pénal, s'est prononcée pour la répression. Voir notamment, au sujet du délit prévu par l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés (publication de faits faux en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements : Crim. 5 juin 1940 D. C., 1941, J. 39 note H. DONNEDIEU DE VABRES, où le mouvement jurisprudentiel est retracé). Voir encore Crim. 15 déc. 1943, D. 1945, J. 131, note H. DONNEDIEU DE VABRES ; Toulouse, 23 avril 1942, D. C., 1943, J. 94 ; Limoges, 8 mai 1943, J. C. P. 1943, II. 2288, note H. FAUCHER.

de délit artificieusement suscitée est un moyen d'arrêter celui qu'on soupçonne de commettre habituellement ces infractions, et de le livrer à la justice. En droit strict, l'agent provocateur est pénalement responsable du délit dont il détermine la commission. Il en est complice par provocation, si sa suggestion est accompagnée des adinicules prévus par l'article 60 du Code pénal; il en est complice par instructions données (*infra*, n^{os} 438 et 439); il en est co-auteur si, par exemple, dans le délit de hausse illicite des prix, il s'est proposé comme acheteur. Les éléments légaux de l'infraction sont réunis en sa personne. Sans doute, il n'a pas agi « dans l'intention du délit ». Mais l'intention ici visée n'est pas autre chose que « le mobile ». Or le mobile est légalement indifférent. Si la question ne s'est posée que sur le plan doctrinal, si, en fait, l'agent provocateur est l'objet, tout au plus, de sanctions disciplinaires, c'est que le droit de citation directe est exclu. Les infractions « provoquées » sont de celles à l'égard desquelles les prescriptions légales (*infra*, n^o 1094), réservent à l'administration intéressée l'initiative de la poursuite. Or l'administration n'intervient pas, puisqu'elle tolère, si elle ne favorise, ces agissements¹.

b) La considération du mobile n'influe pas, avons-nous dit, sur la peine légale; mais elle influe sur la peine qui est infligée en fait par le juge. Dans la limite du pouvoir qui lui appartient de faire varier la peine entre le maximum et le minimum, abaissé par le jeu des circonstances atténuantes, le juge a le droit, et même le devoir, de tenir compte du mobile. Le Tribunal correctionnel n'infligera pas au voleur par cupidité, au voleur par besoin, et au voleur par philanthropie, les mêmes sanctions.

c) On a proposé, au point de vue législatif, d'aller plus loin, et de fonder sur l'analyse du mobile la distinction de deux catégories de peines. Il y aurait ainsi une échelle de peines honorables atteignant les personnes qu'aurait déterminées un mobile généreux ou indifférent, et une échelle de peines flétrissantes pour les autres. Ce système, dit des *peines parallèles*, a trouvé son application dans la législation italienne de 1889. Nous verrons dans la distinction, plus commune, des peines politiques et des peines de droit commun, un écho de la même idée.

124. Distinction du mobile et du *dolus specialis*. — Nous croyons nécessaire de distinguer du mobile — bien que cette séparation ne soit pas toujours faite avec la même netteté — le *dolus specialis*, par où nous entendons la volonté, ou, plus exactement encore, la *conscience*, chez l'agent, de déterminer, par son acte, un préjudice. Le *dolus specialis* entre dans la constitution de certains délits qu'ont prévus, soit le Code pénal, soit les lois postérieures. Ainsi, le *faux documentaire* consiste à altérer ou à fabriquer un document apte ou destiné à servir de preuve. La jurisprudence a déclaré que ce crime, prévu par les articles 150 et suivants du Code pénal, n'existe que si l'auteur a eu pour but de causer un préjudice individuel ou social. Cette condition n'est pas réalisée si l'on suppose, par exemple, qu'un individu a fabriqué un faux testament en guise de plaisanterie.

La loi du 29 juillet 1881, sur la presse, article 29, définit la *diffamation* : l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. D'après la jurisprudence, le délit n'est constitué que si l'agent a voulu causer un préjudice à la personne offensée².

1. Trib. corr. Guéret 14 fév. 1946, *D.*, 1946, *J.*, 213. Plus pratique est la question de l'influence de la participation de l'agent provocateur peut avoir sur la responsabilité pénale du provoqué (*infra*, n^{os} 375, 376).

2. Crim., 28 janvier 1916, *D. P.*, 1920, 1, 95; 7 oct. 1938, *D. P.*, 39, 1, 77. Voir, sous ce dernier arrêt, la note pénétrante de M. P. MIRAN.

Jugé toutefois que la *mauvaise foi*, dans le délit de diffamation, se présume : « Les im-

125. Des cas exceptionnels où le mobile est un élément essentiel du délit. — Il est enfin des cas, résultant de lois récentes, où le mobile proprement dit, c'est-à-dire le but final ou mieux, d'après nous, l'intérêt ou le sentiment qui a porté à l'acte, entre dans la constitution du délit ; en sorte qu'à défaut du mobile que la loi a expressément prévu, la répression n'intervient pas¹. Des innovations de ce genre sont une manifestation de la méthode « individualisante », et, selon certains, une marque de la « spiritualisation du droit pénal ».

Citons la loi de février 1924 sur *les atteintes au crédit de l'Etat*, punissant ceux qui ont agi dans un but de « spéculation » ou dans un but de « dépréciation » ; les lois successives concernant la spéculation illicite, notamment celle du 5 décembre 1926 frappant ceux qui ont exercé ou tenté d'exercer une action sur le marché « dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu de l'offre et de la demande² » ; le décret-loi du 21 avril 1939 qui, modifiant l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, frappait d'emprisonnement et d'amende la diffamation envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée, *lorsqu'elle avait eu pour but d'exciter à la haine entre citoyens ou habitants*³.

La formule de la loi du 26 janvier 1934 qui faisait intervenir le *but d'espionnage*, tantôt comme une circonstance aggravante, tantôt comme un élément constitutif⁴ des délits qu'elle instituait était obscure. Le décret-loi du 29 juillet 1939 qui a remanié les articles 75 et suivants du Code pénal et a abrogé la loi du 26 janvier 1934 a, tout en s'inspirant de la même idée, introduit dans la matière plus de clarté et de précision. Désormais, la « recherche ou la révélation d'un secret de la défense nationale⁵ » est

putations diffamatoires, de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, doivent être réputées faites de mauvaise foi, à moins que les juges n'aient énoncé le contraire » ; Crim., 24 mars 1943, D. A., 1943, J. 42. La preuve contraire est admise ; la décision des juges du fait, sur ce point, est souveraine : Crim. 7 fév. 1945, D. P., 1945, J. 254.

1. M. LABORDE-LACOSTE, *Le But de l'Agent, Élément constitutif de l'Infraction* (Rev. Intern. de Droit pénal, 1926, pp. 125 et suiv.).

2. Toutefois l'expérience a montré les difficultés que soulèvent l'analyse du but mentionné par la loi, et la preuve du mobile qui a déterminé l'agent dans le cas soumis au juge. C'est ce qui explique quelque flottement de la jurisprudence et certains changements législatifs. Par exemple, sur la notion du « but de dépréciation » visé par la loi du 12 février 1924, concernant les atteintes au crédit de l'Etat, un notable revirement s'est produit de la part de nos tribunaux, dans le sens de l'indulgence (Crim. 29 juill. 1937, 7 janvier 1938, S. 39. 1. 79., *Semaine juridique*). La loi du 18 août 1936 réprimant les atteintes au crédit de la nation a mis fin à ces difficultés en supprimant la condition relative au « but de dépréciation ». MAGNOL, *Chronique, Revue de Science criminelle* 1938, p. 47 ; HUGUENY, *Chronique, même Revue* 1938, p. 298. Les fluctuations de la politique, ou les progrès de la technique ont déterminé les changements que nous mentionnons ci-dessous, et qui concernent la diffamation, l'espionnage, l'infanticide.

3. Ce décret-loi fut abrogé, dans un moment d'anti-sémitisme, par la loi du 27 août 1940 ; en même temps étaient amnistiés tous les faits commis en violation de la disposition abrogée. Le délit de diffamation « envers un groupe de personnes... » a été rétabli par ordonnances des 24 nov. 1943 et 6 mai 1944.

4. Voir l'art. 9 : Crim., 20 janvier 1937, S. 37. 1. 117. De plus, il faut avoir agi « dans un but d'espionnage » pour encourir la relégation facultative dans les conditions prévues par l'art. 15, al. 2 de la loi.

5. La définition des « secrets de la défense nationale » figure dans l'article 78 nouveau du Code pénal. Voir ci-dessous n° 1373.

punie tantôt comme un « attentat », auquel cas elle est frappée de peines criminelles (art. 76, 1^o et 77 du Code pénal), tantôt comme une simple « atteinte » (art. 81, 1^o) à la sûreté extérieure de l'Etat. La première qualification s'applique quand l'agent a eu pour but de *livrer le secret à une puissance étrangère ou à ses agents*. La seconde intervient quand il s'est rendu coupable seulement de légèreté ou d'imprudance. Le point de vue psychologique reste le *leit-motiv* de la loi.

Quant à la législation de Vichy, il faut citer pour mémoire la curieuse loi du 5 février 1941 qui punissait le fait par un bailleur quelconque de refuser de louer un local à usage d'habitation, ou professionnel, à un père de famille, *motif pris du nombre d'enfants à la charge du locataire éventuel*¹. Il faut citer surtout la loi du 2 septembre 1941 qui, modifiant l'article 302 du Code pénal, a correctionnalisé l'infanticide. La réduction de peine dont bénéficiait déjà la mère coupable d'infanticide, à l'exclusion de ses coauteurs ou complices, reposait sur la *présomption d'un mobile honorable*. Le bénéfice de cette présomption, et de l'indulgence qui en résulte, est étendu aux divers participants à ce genre d'infractions : à la peine du meurtre est substituée, pour tous, une peine correctionnelle (trois à dix ans d'emprisonnement). C'est une présomption légale (*juris et de jure*) dont les circonstances peuvent manifester la fausseté. On doit préférer à cette rigidité de la loi française le système étranger qui diversifie le taux de la peine, non pas, comme notre ancien article 302, suivant la qualité de l'agent, mais suivant la nature du *mobile* qui, dans le cas concret, a déterminé sa conduite².

Dès l'installation sur le territoire métropolitain du Gouvernement de la République, la considération du *but* devait jouer un rôle dominant dans l'appréciation des actes commis pendant la période précédente. Beaucoup de ces actes, en effet, réputés délits politiques ou délits de droit commun au moment de leur commission, furent le fait de résistants et tendirent à la libération du territoire.

Une ordonnance du 6 juillet 1943 déclare ces actes *légitimes* : elle ordonne, en conséquence, la suspension des poursuites exercées et la révision des condamnations prononcées de ce chef :

Art. 1. — *Sont déclarés légitimes tous actes accomplis postérieurement au 10 juin 1940 dans le but de servir la cause de la libération de la France, quand bien même ils auraient constitué des infractions au regard de la législation appliquée à l'époque.*

Art. 2. — *En conséquence, sont suspendues toutes poursuites exercées et seront soumises à révision toutes condamnations prononcées par des juridictions répressives, civiles ou militaires, intervenues pour des faits postérieurs au 10 juin 1940 dans les affaires se rapportant soit à la reprise de la guerre par la France, soit à des faits de prise de service dans les armées françaises ou alliées, soit à des services rendus à la résistance française ou aux puissances alliées, quelle que soit la nature de l'infraction commise*³.

1. Ce qui fonde l'incrimination, ce n'est pas la qualité, chez le locataire éventuel, de père de famille : c'est le fait que cette qualité et la charge d'enfants qui en résulte ont été la raison déterminante du refus : raison dont le déguisement sera facile. L'originalité de la loi du 5 fév. 1941 est qu'elle accompagne d'une sanction pénale un *abus du droit*. Voir le commentaire de M. NAST, D. C., 1941. L. 33. Cf. JOSSERAND *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* 1928.

2. Cette méthode d'individualisation judiciaire est appliquée, notamment, par le Code pénal italien de 1930, art. 578.

3. Sur la procédure de révision, *infra*, n° 1533.

Inversement, les actes accomplis pendant la période précédente, légitimés au jour de leur commission par des ordres légalement reçus et exécutés, sont aujourd'hui regardés comme des infractions à la loi pénale, parce qu'ils révélaient l'intention (c'est-à-dire la conscience) chez leurs auteurs de favoriser les entreprises de toute nature de l'ennemi (ordonnance du 28 novembre 1944, art. 1). Toutefois, l'impunité est assurée à leurs auteurs, si ces actes ne manifestent aucune initiative personnelle, aucun dépassement¹, des ordres reçus, aucune participation volontaire à un acte anti-national.

Ainsi la nature du mobile, c'est-à-dire de l'intérêt ou du sentiment ayant poussé à l'action, est déterminante.

On se gardera de confondre le *mobile*, dont la prise en considération est exceptionnelle, et l'intention, qui est un élément constitutif de la plupart des infractions à la loi pénale².

126. De l'intention frauduleuse. — En s'inspirant de l'étymologie, on définit parfois l'intention coupable : un effort, une tension de volonté, vers un but contraire à l'intérêt social. Cette définition a l'inconvénient d'être peu précise ; il n'en résulte pas de distinction nette entre l'intention et le mobile. Il vaut mieux adopter la définition de M. Garçon. L'intention délictueuse, dit-il, c'est la *connaissance que l'agent possède qu'il accomplit un acte illicite*³.

1. Ordonnance des 28 novembre 1944, art. 3, al. 1^{er}, *Il n'y a ni crime ni délit à la charge des auteurs et complices, lorsque les faits n'ont comporté de leur part que la stricte exécution, exclusive de toute initiative personnelle, d'ordres ou d'instructions reçus, sans aucun dépassement de ceux-ci, ou de l'unique accomplissement d'obligations professionnelles, sans participation volontaire à un acte antinational.*

2. Certains auteurs, séduits par la doctrine positiviste, combattent, sur le terrain législatif, la distinction de l'intention et du mobile. Ils proposent de subordonner la responsabilité pénale aux deux conditions suivantes : 1^o l'état dangereux de l'agent, caractérisé par son but ; 2^o l'opportunité de la sanction. Voir, notamment, en ce sens, les intéressantes suggestions de M. J. LEBRET. Essai sur la notion de l'intention criminelle, *Revue de Science criminelle*, 1938, pp. 438 et suiv. Cette thèse sacrifie, à tort, selon nous, la considération de l'acte délictueux à la préoccupation exclusive de la personne du délinquant, le point de vue de la justice morale à celui de l'utilité sociale.

3. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 1, n^o 77. — Jugé que, dans les délits d'émission de chèque sans provision, la mauvaise foi, ou intention frauduleuse, est la connaissance qu'a le tireur, lors de l'émission, du défaut, de l'insuffisance ou de l'indisponibilité de la provision : Crim., 8 fév. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 1, 587. — Jugé, dans l'application de la loi du 18 août 1936 sur les atteintes au crédit de la Nation qu'il faut, pour tomber sous le coup de cette loi « avoir sciemment répandu dans le public des faits faux ou des allégations mensongères. » Crim., 5 août 1941, *Gaz. Pal.*, 10-11 octobre 1941. — La connaissance, à l'exclusion de la simple négligence ou absence de précautions, caractérise l'intention frauduleuse en matière d'abus de confiance (Crim. 1^{er} mai 1940, *D. H.* 1940. 169), d'escroquerie (Crim. 14 janv. 1941, *Gaz. Pal.* 10-11 mars 1941) ; de banqueroute simple (Crim. 12 nov. 1941. S. 1942.1.56.) — La mauvaise foi, élément essentiel du délit de dénonciation calomnieuse (art. 373 Code pénal) Crim. 28 octobre 1943. S. 1944, 1, 35, est constituée par la connaissance de la fausseté du fait dénoncé : Crim. 13 janvier 1944, *Gaz. Pal.* 15-17 mars 1944. Jugé, d'ailleurs, qu'il y a aussi mauvaise foi, quand le dénonciateur a attribué faussement à des faits exacts un caractère délictueux qu'il savait ne pas exister, quand, notamment il a usé, à cet effet, de réticence : Crim. 10 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2, 640 ; 23 juillet 1932, S. 1934. 1, 118 ; 26 mars 1936, *D. H.* 1936, 349. L'intérêt de ces questions s'est accru depuis la loi du 8 octobre 1943 (validée par ordonnance du 28 juin 1945) qui, modifiant l'art. 373 du Code pénal, a étendu la notion du délit de dénonciation calomnieuse en diversifiant les procédés, élargi le cercle des personnes à qui la déclaration mensongère a pu être adressée, aggravé les sanctions, et facilité la poursuite (*infra*, n^o 1194). — Le Code pénal italien donne, du délit intentionnel, la définition suivante : Le

Tandis qu'à l'égard d'un même délit le mobile varie, l'intention est toujours la même. On peut la rapprocher de la notion de *cause* en droit civil. En droit civil, en effet, tandis que les *motifs* qui ont pu déterminer un contrat, le contrat de louage, par exemple, sont multiples, la cause du contrat est constante¹.

L'existence d'une intention est requise pour tous les crimes. En revanche, il y a deux catégories d'infractions à l'égard desquelles elle n'est pas nécessaire.

Ce sont, en premier lieu, les infractions *purement matérielles*, qui constituent la grande majorité des contraventions de simple police.

Ce sont, en outre, les *délits d'imprudence* qui, à la différence des infractions précédentes, supposent l'existence d'une faute.

127. La notion de faute. — Qu'est-ce que la *faute* en droit pénal ? Il faut distinguer. Il y a des fautes qui consistent dans une action ; on les appelle des *imprudences*. Ainsi l'article 319 du Code pénal prévoit l'homicide par imprudence, l'article 320 les coups et blessures par imprudence, etc... La faute peut consister dans une omission, dans une abstention ; on est alors en présence d'un délit de *négligence*.

Pour préciser cette notion de faute, il faut distinguer la faute pénale de la faute civile, la faute pénale du dol, et enfin la faute du dol éventuel et du dol indéterminé.

128. Distinction de la faute pénale et de la faute civile. — 1° Il faut d'abord, se garder de confondre la faute pénale avec la faute civile. Dans la faute civile, on distingue des degrés ; il y a la *faute très légère*, la *faute légère* et la *faute lourde*. Ces distinctions ne sont pas admises en droit pénal : on ne peut considérer, en droit pénal, que la *faute lourde* ;

2° D'autre part, quant à l'appréciation de la faute lourde, il semble rationnel de se montrer plus difficile pour l'admettre sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit civil. C'est qu'en effet, en matière pénale, les conséquences d'une condamnation sont plus graves.

Aussi a-t-il été jugé qu'un individu acquitté pour homicide par imprudence peut, sans contradiction, être l'objet d'une condamnation aux dommages-intérêts pour le même fait². On verra cependant que la jurisprudence la plus récente s'est prononcée dans un sens différent³ ;

3° En droit civil, on sait que la faute lourde est équivalente au dol. Or, cette équivalence n'est pas admise en droit pénal : l'auteur de l'homicide par imprudence ne sera jamais frappé comme un meurtrier, quelque lourde que soit sa faute.

129. Distinction de la faute pénale et du dol. — Le terme « dol »

délict est commis avec dol, ou selon l'intention, lorsque l'événement dommageable ou dangereux, qui est le résultat de l'action ou omission, et dont la loi fait dépendre l'existence du délit, est prévu et voulu par l'agent comme conséquence de son action ou omission.

1. COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 7^e éd., 1932, n° 57, p. 53.

2. Civ., 14 nov. 1898, S., 1902, 1, 27 ; 6 mai 1901, S., 1902, 1, 72 ; Req., 31 oct. 1806, D. P., 1910, 1, 510. Dans le même sens : Note BRERON, S., 1931, 1, 33 ; LEBRET, *Essai sur la notion de l'intention criminelle*, *Revue de Science criminelle*, 1938, pp. 438 et suiv.

3. Civ., 18 déc. 1912, D. P. 1915, 1, 17 ; S., 1914, 1, 249.

est emprunté par les criminalistes à la langue du droit civil. Il se prête, suivant le qualificatif dont on l'accompagne, à des acceptions multiples. On oppose au *dolus generalis*, qui est l'*intention*, c'est-à-dire la connaissance, par l'agent, du caractère illicite de son acte, le *dolus specialis*, que d'aucuns confondent avec le mobile, et qui est, pour nous, « la conscience » du préjudice que l'acte peut entraîner.

130. Le dol aggravé ou la préméditation. — D'un point de vue différent, on oppose au « dol simple », le dol aggravé ou *préméditation*. La préméditation ne suppose pas simplement qu'un intervalle de temps, plus ou moins long, s'est écoulé entre la résolution criminelle, et l'exécution. Elle suppose que cet intervalle a été occupé par la *réflexion*. L'agent a considéré, en pleine possession de lui-même, la portée et les conséquences de son acte, et cette méditation ne l'en a pas détourné. La loi a fait de la préméditation, à l'égard de quelques infractions, telles que le meurtre, une cause d'aggravation de la peine. Le meurtre simple est frappé de travaux forcés à perpétuité (art. 295 et 304 C. pénal.). Le meurtre prémédité, ou assassinat, est puni de mort (art. 302).

131. Le dol éventuel. — Le dol éventuel occupe, entre le dol proprement dit et la simple faute d'imprudence, une position moyenne. Il s'agit d'une imprudence *consciente*. L'agent a prévu les conséquences de son acte, mais on ne saurait dire qu'il les a voulues. Il a montré, vis-à-vis d'elles, une indifférence immorale. Un armateur laisse partir un navire, sachant que ce navire est en mauvais état. L'armateur se fie à sa bonne étoile. Si la catastrophe se produit, s'il y a mort d'homme, l'armateur sera-t-il coupable d'homicide par imprudence ou de meurtre ? La solution qui a prévalu en jurisprudence, sous l'influence de la règle *Poenalia sunt restringenda*, c'est que le dol éventuel doit être assimilé à l'imprudence¹.

Elle est vivement combattue à l'heure actuelle, devant les ravages — multipliés par les progrès du machinisme — qu'un défaut de prévoyance élémentaire peut entraîner. Certaines législations étrangères l'ont expressément condamnée. On trouve, notamment, dans le Code pénal polonais de 1932, la disposition suivante (art. 14) : « L'infraction intentionnelle existe, non seulement lorsque l'auteur veut la commettre mais aussi quand il prévoit la possibilité de l'effet délictueux ou du caractère délictueux de l'action, et y consent². »

132. Le dol indéterminé. — On se gardera de confondre le dol éven-

1. L'assimilation de la faute consciente ou inexcusable à la simple imprudence se prévaut de certains textes qui déterminent la responsabilité civile et pénale, en matière de navigation. Voir notamment, en application des lois du 29 déc. 1905, art. 11 et du 1^{er} janvier 1930 : Crim., 17 juillet 1936, S., 37, 1, 273 et note J. A. Roux ; 29 déc. 1937 D. H., 38, 133.

2. De même, le Code pénal yougoslave de 1929, § 16 ; les projets de Code pénal allemand, y compris celui de 1927, consacrent également l'*Einwilligungstheorie*. L'agent est coupable de délit intentionnel, du moment qu'ayant envisagé comme possible le résultat dommageable, il y a consenti. Le projet national-socialiste n'exige même pas ce consentement. L'indifférence coupable de l'agent, la trop grande confiance qu'il manifeste dans « sa bonne étoile » suffit pour qu'il soit considéré comme ayant pris à sa charge (in *den Kauf nehmen*) les conséquences de son acte. SCHÄFER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 48. — De même encore, le Code pénal soviétique de 1926, art. 10.

tuel et le *dol indéterminé*. Il y a *dol indéterminé* quant l'agent a connu et voulu les conséquences funestes de son acte, mais l'identité de la victime n'était pas fixée. C'est le cas de l'anarchiste qui lance une bombe dans la foule. Il ne sait pas qui il va atteindre, mais il sait qu'il va déterminer la mort de quelqu'un. Il va de soi que cette indétermination de la victime n'exclut ni ne réduit la responsabilité morale et pénale de l'agent.

-133. Du rapport de causalité entre la faute ou le dol, et le dommage. — A l'égard des délits dits « intentionnels », dont l'élément moral est le *dol*, la répression n'est pas subordonnée à la réalisation d'un dommage. On verra même que pour beaucoup d'entre eux, la « tentative », qui consiste dans un simple commencement d'exécution, non suivi d'effet, est punie. A l'égard des délits d'imprudence, ou de négligence, il en va tout autrement. La réalisation du préjudice est la condition *sine qua non* de la peine. La faute, si grave soit-elle, ne suffit pas à déterminer la répression. Et c'est ce qui crée l'intérêt de savoir s'il existe, entre la faute et le préjudice, le rapport, évidemment nécessaire lui aussi, de *cause à effet*.

Ce rapport ne soulève-t-il qu'une question de fait qu'il faut abandonner à la sagesse du juge ? On le penserait, à considérer le silence de notre Code et le silence, presque complet, lui aussi, des auteurs français. Pourtant, le problème a tenté la dialectique de la doctrine italienne¹ et allemande². Leurs efforts se sont portés sur le cas du « concours de causes », c'est-à-dire sur celui où la faute de l'inculpé s'est trouvée être un des facteurs — mais non le facteur unique et suffisant — du dommage.

Quelques espèces, empruntées à la jurisprudence, feront ressortir la difficulté.

Deux ouvriers sont montés sur un échafaudage, qui, par la faute de l'entrepreneur, offre un vice de construction. Un mouvement de la charpente les porte à croire qu'un effondrement va se produire. L'un d'eux saute à terre et se tue. L'effondrement ne se produit pas. Pourtant, l'entrepreneur est jugé responsable du décès³.

Un chien, mal surveillé par son propriétaire, mord à la jambe un passant. Ce passant, qui portait un pantalon sale, meurt du tétanos, à la suite de la morsure. Le propriétaire du chien est condamné pour homicide par imprudence⁴.

1. MOSCA, *Nuove Studie, Nuove Dottrine sulla Culpa*, pp. 22, 97, 117. Comp. Roux, note sous Crim., 25 nov. 1916, S., 1917, 1, 97.

2. MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*. 3^e éd., Munich, 1943, pp. 53 et suiv. D'après la doctrine allemande, il ne suffit pas, pour que la faute soit considérée comme la cause du dommage, que son intervention figure parmi les incidents *sans lesquels il n'y aurait pas eu de dommage* (*Bedingungs ou Aequivalenzlehre*); il faut que cette intervention doût, d'après le cours habituel des choses, causer le dommage (Système de la *causalité adéquate, ou Adäquanzlehre*). — En France même, l'analyse du rapport de causalité vient d'être faite à l'occasion de la responsabilité fondée sur l'art. 1384 du Code civil. Et c'est encore le critérium tiré du « cours habituel des choses », c'est-à-dire de la prévisibilité du dommage, qui prévaut. MARTY, note S. 1937, 2, 217; *Revue trim. de droit civil*, 1939, p. 700, n. 5. R. HOURN, L'inertie de la chose et l'acceptation des risques par la victime, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, pp. 145 et suiv.; note J. FLOUR, sous Civ., 19 et 24 fév. 1941, D. C., 1941, J., 85.

3. Montpellier, 19 juin 1929, *Semaine juridique*, 1930, p. 85.

4. Crim., 18 nov. 1927, S. 28. 1. 192. Comp. Crim., 6 août 1903, S., 1905, 1, 377, note.

Des motifs de ces décisions, il résulte que si la faute de l'inculpé n'est que la cause *médiate* du dommage, l'évènement qui l'a directement déterminé était possible, et *prévisible*. Le critérium serait le suivant : l'agent est rendu responsable, à raison de sa faute initiale, des circonstances, même fortuites, qu'on pouvait à l'origine envisager, et qu'il devait donc prévoir.

Quand cette condition n'est pas remplie, la responsabilité est exclue¹.

Et c'est pourquoi la Cour de cassation a jugé², en mettant fin à certaines hésitations de la jurisprudence, qu'un propriétaire est irresponsable des suites de l'accident causé par le conducteur d'une automobile qui lui a été volée, même à la suite d'une négligence de sa part³.

La jurisprudence italienne a dépassé la nôtre dans l'imputation de responsabilité à celui dont la faute est la cause initiale, mais indirecte, du préjudice. (Cass., Rome, 2 mai 1891, *Cassazione unica*, II, p. 247; 28 avril 1897, *Rivista penale*, 1897, p. 130). La jurisprudence allemande consacre la *Bedingungstheorie*. Pour elle, la responsabilité de l'agent est engagée, du moment que sa faute est une des circonstances qui ont déterminé le sinistre, en l'absence de laquelle il ne se serait pas produit, R. G., 12 mars 1895. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 27, p. 95. La victime d'un délit de coups et blessures est devenue folle à la suite de cet attentat, mais en conséquence aussi d'une tare héréditaire. Aux termes de cet arrêt, l'agent supporte l'aggravation de peine prévue au § 224 du Code pénal allemand. La même solution a trouvé place dans l'article 41 du Code pénal italien de 1930. Malgré le concours de causes « préexistantes, simultanées ou postérieures », l'agent est responsable de son action ou omission. Il en est autrement, et la circonstance postérieure interrompt le rapport de causalité « quand elle eût suffi, par elle-même, à déterminer l'évènement ». Soit le cas d'un homme qui, ayant été blessé par un ennemi,

Roux; 23 juin 1904, S., 1906, 1, 247; 11 août 1905, S., 1905, 1, 249; Civ. 6 janvier 1943 D. C., 1945, J. 117; Trib. civ. Seine, 20 juin 1931, D. P. 32, 2, 14.

1. Crim., 23 juin 1904, S., 1906, 1, 247; Paris 3 déc. 1897, S., 99, 2, 50; Rouen. 2 avril 1898; S., 99, 2, 4; Montpellier, 19 juin 1929, *Semaine juridique*, 1930, p. 85. Sur la causalité indirecte, voir encore : notes J.-A. Roux, sous Cass., 6 août 1904, S., 1905, 1, 377 et ROUAST, sous Civ. cass., 18 oct. 1926, D. P., 27, 1, 101; Crim., 27 janvier 1944, *Gaz. Pal.* 29-30 avril 1944.

2. Civ. 6 janvier 1943, J. C. P. 1943, II, 2508. Cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Chronique, Etudes de science criminelle et du droit pénal comparé* 1944, p. 284.

3. Par exemple, on suppose que ce propriétaire, en laissant un moment sa voiture sur la voie publique, s'est abstenu de fermer les portières et d'enlever la clef du contact, ce qui a rendu le vol possible. Si le voleur écrase un passant, le propriétaire est-il, sur la base de l'article 1382, responsable, civilement, du préjudice ?

En pareil cas, la prévisibilité du dommage a fait l'objet de controverses. Certaines Cours d'appel l'ont admise : Paris 8 juillet 1936, *Semaine juridique* 1936, 863; Dijon 20 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1937, 1, 137. Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation a consacré la thèse contraire, qui était celle des Cours de Besançon, 25 février 1937, D. H., 1937, 182, et de Rennes, 3 avril 1941, *Gaz. Pal.*, 7-8 mai 1941. Et la cour de Paris s'est rangée à cet avis : Paris 4 nov. 1943, J. C. P. 1943, II, 2508. Il est décidément jugé (Aix, 25 mars 1942, *Semaine juridique* 1942, 1, 2867 note ROUBREX), que le défaut de précautions imputé au propriétaire de l'automobile volée ne suffit pas à le rendre civilement responsable de l'accident causé par le voleur.

Dès auparavant, la solution négative avait prévalu devant les Chambres réunies de la Cour de cassation pour le cas où, en l'absence de toute faute imputable au propriétaire de l'automobile volée, la responsabilité civile de ce dernier se fonderait sur l'acceptation du risque et sur l'article 1384 du Code civil. *Infra*, n° 1127.

est transporté à l'hôpital où il meurt dans un incendie. L'auteur de la blessure n'est pas responsable du décès¹.

134. Des effets de l'erreur. — Il est possible qu'aucune des circonstances qui viennent d'être envisagées ne se rencontre : l'agent n'a pas eu d'intention coupable, on ne peut lui reprocher de faute, mais il a agi sous l'influence d'une *erreur*. L'existence de cette erreur va-t-elle supprimer l'élément moral et faire disparaître l'infraction ?

L'erreur abolit ou altère la connaissance qu'a l'agent du caractère délictueux de son acte. Il faut distinguer, pour en déterminer les conséquences, deux sortes d'erreurs : *l'erreur de fait et l'erreur de droit*.

135. Erreur de fait. — Quant à *l'erreur de fait*, on doit sous-distinguer, selon qu'elle porte sur l'identité de la victime, sur un élément essentiel du délit, ou encore sur les circonstances de l'acte.

136. Erreur portant sur la personne. — Il est admis en jurisprudence que l'erreur de fait qui porte sur l'identité de la victime est inopérante. Un individu tire sur une personne, croyant en atteindre une autre ; cet individu n'en est pas moins un meurtrier (*error personae*)².

Il en est de même quand, à défaut de toute erreur sur l'identité, le coup, mal dirigé, a atteint une autre personne (*aberratio ictus*)³.

Les circonstances d'*error personae* et d'*aberratio ictus* se sont trouvées réunies dans le crime de Vera Gelo. Vera Gelo, étudiante russe, à la sortie du Collège de France, tire un coup de revolver sur M. Emile Deschanel, le prenant pour un tiers contre lequel elle avait un grief. Mais elle tire maladroitement, et elle atteint son amie Zélenine⁴.

Dans tous les cas précédents, la jurisprudence estime qu'une seule infraction est commise, caractérisée du point de vue de la personne que l'agent voulait atteindre⁵. Au cas d'*aberratio ictus*, il serait, croyons-nous, d'une analyse juridique plus exacte, de décomposer l'action et d'y voir deux infractions distinctes : délit manqué à l'égard de celui que l'agent voulait atteindre ; délit d'imprudence à l'égard de celui qu'il a effectivement atteint. La question est intéressante, au double point de vue du taux de la peine, de la manière de poser les questions au jury. En ce sens, Mezger, *Grundriss*, p. 107⁶.

1. On peut rapprocher de cette disposition la jurisprudence de la Cour Suprême de l'U.R.S.S. Par décision du 22 mai 1939, celle-ci refuse d'admettre l'existence du lien de causalité entre faute et dommage dans le cas du passant qui trouve un homme ivre gisant sur le trottoir, l'aide à se relever et s'éloigne, à la suite de quoi l'ivrogne, chancelant, fait quelques pas sur la chaussée et tombe sous les roues d'un véhicule (GALIOKOV, *Traité de Droit pénal*, p. 123).

2. Crim., 31 janvier 1835, S., 35, 1, 564. Cf. MEZGER, *Grundriss*, p. 103.

3. Crim., 12 juin 1879, S., 81, 1, 185 ; 18 févr. 1922, S., 22, 1, 329, note Roux ; Cour. sup. de justice de Luxembourg, 28 oct. 1898, S., 1900, 4, 12.

4. HENRI VARENNES, *Une Année de Justice*, 1900-1901, pp. 156 à 167, 311 à 325.

5. Aux termes du Code pénal de Colombie (1938), art. 14 : *Il ne sera pas tenu compte des circonstances dérivant de la qualité de la victime ou de l'agent, mais de celles qui auraient produit effet, si la personne visée avait été touchée*. Cf. les dispositions semblables des Codes pénaux du Vénézuéla (art. 68) et de Cuba (art. 33).

6. C'est effectivement dans ce sens que la jurisprudence soviétique s'est prononcée. En 1928, la Cour Suprême de l'U.R.S.S. a jugé, dans le cas d'une tentative de meurtre accompagnée d'*aberratio ictus*, que le juge doit qualifier le fait selon les articles 19 et 136 (tentative de meurtre) et 159 (homicide par imprudence) du Code russe de 1926, parce qu'il faut réunir les éléments de ces deux incriminations pour lui donner sa physionomie véritable (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 157. Le Code russe de 1926 admet la règle de non cumul des peines.

137. Erreur portant sur un élément de délit. — Quant l'erreur porte sur un élément essentiel du délit, ses effets sont variables :

1° Parfois elle a pour conséquence de faire disparaître l'infraction. Supposons qu'un individu croit épouser une veuve alors qu'il épouse en réalité une femme encore engagée dans les liens du mariage ; il ne peut être poursuivi comme complice du crime de bigamie ;

2° L'erreur de fait a parfois un autre résultat. Elle modifie seulement la nature de l'infraction. Ainsi, elle transforme une infraction intentionnelle en un délit d'imprudence. Soit un individu qui, croyant un fusil déchargé, s'en empare et tire un coup de feu contre une autre personne qu'il blesse ou tue. Il ne sera pas poursuivi comme meurtrier, mais pour homicide ou blessure par imprudence¹. Cf. le § 59, C. pénal allemand de 1871.

3° Enfin, l'erreur de fait, sans changer la nature de l'infraction, peut déterminer une diminution, un abaissement de la peine. Ainsi une personne en tue une autre, ignorant que cette personne est son père. C'est l'histoire d'Œdipe. Cet individu ne sera pas frappé de la peine du parricide, plus sévère, on le sait, que la peine du meurtre ordinaire.

Les effets de l'erreur, quand celle-ci porte sur un des éléments essentiels de l'infraction, sont donc très variables.

138. Erreur portant sur les conséquences de l'acte. — Une hypothèse plus délicate que les deux précédentes est celle où l'erreur porte sur les conséquences de l'acte. L'inculpé a su qu'il accomplissait un acte coupable, mais il n'en a pas prévu tous les effets. Doit-il supporter toute la rigueur de la loi qui tient compte de ces effets pour aggraver la peine ? Dans l'ancien droit, c'est la solution affirmative qui prévalait.

On pourrait croire, en s'inspirant de l'article 434 du Code pénal, alinéa dernier, que cette solution est encore la vraie. Cet article, qui concerne la répression de l'incendie, prévoit une peine plus ou moins sévère, suivant que les locaux incendiés sont ou non habités. L'alinéa final, envisageant le cas où l'incendie a déterminé la mort d'une ou plusieurs personnes, dispose que le coupable sera frappé de la peine capitale, alors même que le local incendié ne rentrerait pas dans la catégorie des locaux d'habitation. L'auteur de l'acte, dans ce cas, ne pouvait pas prévoir les conséquences de son action ; il les supportera néanmoins.

Mais d'autres solutions légales procèdent d'une idée contraire. Ainsi, la loi du 28 avril 1832 qui a modifié l'article 309 du Code pénal. Il s'agit ici du cas où des coups et blessures ont été infligés par l'agent et ont déterminé ultérieurement la mort de sa victime, sans qu'il résulte des circonstances que cette mort ait été voulue par lui. Avant 1832, les tribunaux frappaient l'auteur des coups et blessures, comme meurtrier, de la peine des travaux forcés à perpétuité². En 1832, le législateur a créé une incrimination spéciale, celle de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner, pour laquelle il a été prévu une peine moins sévère, celle des travaux forcés à temps.

En dehors des cas précédents que la loi a réglés, le problème demeure :

1. Comp. Crim., 19 nov. 1926, *Gaz. Pal.*, 28 janv. 1927 ; 7 nov. 1929, *S.*, 31, 1, 159.
2. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, 2^e éd., t. IV, n^o 1575, p. 516.
C'est ce que les Italiens appellent : *lesioni præterintentionali*.

137. Erreur portant sur un élément de délit. — Quant l'erreur porte sur un élément essentiel du délit, ses effets sont variables :

1° Parfois elle a pour conséquence de faire disparaître l'infraction. Supposons qu'un individu croit épouser une veuve alors qu'il épouse en réalité une femme encore engagée dans les liens du mariage ; il ne peut être poursuivi comme complice du crime de bigamie ;

2° L'erreur de fait a parfois un autre résultat. Elle modifie seulement la nature de l'infraction. Ainsi, elle transforme une infraction intentionnelle en un délit d'imprudence. Soit un individu qui, croyant un fusil déchargé, s'en empare et tire un coup de feu contre une autre personne qu'il blesse ou tue. Il ne sera pas poursuivi comme meurtrier, mais pour homicide ou blessure par imprudence¹. Cf. le § 59, C. pénal allemand de 1871.

3° Enfin, l'erreur de fait, sans changer la nature de l'infraction, peut déterminer une diminution, un abaissement de la peine. Ainsi une personne en tue une autre, ignorant que cette personne est son père. C'est l'histoire d'Œdipe. Cet individu ne sera pas frappé de la peine du parricide, plus sévère, on le sait, que la peine du meurtre ordinaire.

Les effets de l'erreur, quand celle-ci porte sur un des éléments essentiels de l'infraction, sont donc très variables.

138. Erreur portant sur les conséquences de l'acte. — Une hypothèse plus délicate que les deux précédentes est celle où l'erreur porte sur les conséquences de l'acte. L'inculpé a su qu'il accomplissait un acte coupable, mais il n'en a pas prévu tous les effets. Doit-il supporter toute la rigueur de la loi qui tient compte de ces effets pour aggraver la peine ? Dans l'ancien droit, c'est la solution affirmative qui prévalait.

On pourrait croire, en s'inspirant de l'article 434 du Code pénal, alinéa dernier, que cette solution est encore la vraie. Cet article, qui concerne la répression de l'incendie, prévoit une peine plus ou moins sévère, suivant que les locaux incendiés sont ou non habités. L'alinéa final, envisageant le cas où l'incendie a déterminé la mort d'une ou plusieurs personnes, dispose que le coupable sera frappé de la peine capitale, alors même que le local incendié ne rentrerait pas dans la catégorie des locaux d'habitation. L'auteur de l'acte, dans ce cas, ne pouvait pas prévoir les conséquences de son action ; il les supportera néanmoins.

Mais d'autres solutions légales procèdent d'une idée contraire. Ainsi, la loi du 28 avril 1832 qui a modifié l'article 309 du Code pénal. Il s'agit ici du cas où des coups et blessures ont été infligés par l'agent et ont déterminé ultérieurement la mort de sa victime, sans qu'il résulte des circonstances que cette mort ait été voulue par lui. Avant 1832, les tribunaux frappaient l'auteur des coups et blessures, comme meurtrier, de la peine des travaux forcés à perpétuité². En 1832, le législateur a créé une incrimination spéciale, celle de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner, pour laquelle il a été prévu une peine moins sévère, celle des travaux forcés à temps.

En dehors des cas précédents que la loi a réglés, le problème demeure :

1. Comp. Crim., 19 nov. 1926, *Gaz. Pal.*, 28 janv. 1927 ; 7 nov. 1929, *S.*, 31, 1, 159.
2. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, 2^e éd., t. IV, n^o 1575, p. 516.
C'est ce que les Italiens appellent : *lesioni præterintentionali*.

faut-il admettre que l'agent est responsable des conséquences de son acte, même quand il ne les a ni voulues, ni prévues ? Voici la solution qui semble prévaloir en jurisprudence. On admet que l'agent est responsable de tous les effets qui sont dans l'ordre normal des choses, et qu'il devait raisonnablement envisager comme possibles. Cf. le § 59, al. 2 *Str. G.B.*

139. Erreur de droit. — Il est une autre sorte d'erreur : l'*erreur de droit*. Est-elle susceptible de faire disparaître l'intention délictueuse, et de supprimer l'élément moral du délit ?

L'erreur de droit est susceptible de degrés. Elle peut porter sur l'existence de la disposition légale ou sur son interprétation.

Voici un exemple de cette seconde forme d'erreur. Un ministre du culte est invité à procéder à la célébration du mariage de deux étrangers. Il existe, dans notre Code, une règle impérative qui défend, sous peine d'une sanction pénale, à un ministre du culte de procéder à la célébration religieuse d'un mariage avant les formalités du mariage civil. C'est l'article 199 du Code pénal. Le ministre du culte, croyant ce texte inapplicable aux étrangers, ou s'imaginant, à tort, qu'il est implicitement abrogé par la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'État, contrevient à ses dispositions. Il commet une erreur de droit.

La règle, en cette matière, est que l'erreur de droit est inopérante ; elle ne fait pas disparaître la responsabilité. C'est l'application du vieil adage : *nemo legem ignorare censetur*. L'application de la loi ne saurait être subordonnée au zèle plus ou moins grand que les justiciables mettraient à la connaître¹.

Mais après avoir énoncé la règle, il faut signaler les exceptions.

Tout d'abord, aux termes de l'article 4 du décret du 5 novembre 1870, relatif à la promulgation des lois, les tribunaux et les autorités administratives et militaires peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance, soulevée par le délinquant, si l'infraction a eu lieu dans le délai de trois jours francs à dater de la promulgation de la loi.

Il peut arriver, d'autre part, que l'ignorance, au lieu de porter sur la loi pénale elle-même, porte sur la loi civile ou administrative qui conditionne l'intervention de la peine. Supposons, par exemple, qu'un ouvrier ait découvert un trésor sur le fonds d'autrui. On sait que, d'après la loi civile, ce trésor appartient pour moitié à l'inventeur, et, pour moitié au propriétaire du fonds. En raison d'une erreur qui porte, non sur la loi pénale, mais sur la loi civile, cet ouvrier s'empare du trésor et se l'approprie, sans se rendre compte qu'il se rend coupable d'un vol. La jurisprudence admet que ce vol demeure impuni (Cour de Paris, 2 décembre 1924, *Recueil de Droit commercial*, août, septembre 1925, 2^e partie, p. 359)².

1. Une règle différente est admise par quelques législations récentes. Aux termes du Code pénal de la Colombie (art. 23), la responsabilité pénale est exclue au cas d'ignorance indéniable ou d'erreur essentielle de fait ou de droit non imputable à la négligence de l'agent. Le Code pénal suisse (art. 20) autorise, au cas d'erreur de droit, la « libre atténuation de la peine ». Le juge n'est alors lié que par le minimum légal du genre de peine (art. 66). Il peut même exempter le prévenu de toute peine (art. 20 *in fine*).

2. Les auteurs considèrent, avec raison, que cette distinction se justifie mal, et qu'elle est souvent d'une application difficile. Elle a suscité en Allemagne, où elle est observée par le *Reichsgericht*, plus de 200 procès. Aussi le nouveau projet de Code pénal

140. Du bénéfice d'ignorance de la loi, en faveur des personnes étrangères. — En doctrine, on a proposé souvent de faire bénéficier, dans une certaine mesure, de l'exception d'ignorance de la loi, les personnes étrangères. Il existe, dans ce sens, une tradition, qui remonte au moyen âge. A cette époque existaient des rapports fréquents entre les cités florissantes de Lombardie, dont chacune jouissait d'une certaine autonomie. La législation et la jurisprudence pénales de ces cités se montraient volontiers indulgentes pour les habitants des cités voisines, qui, dans l'ignorance du statut local, commettaient des infractions sur leur territoire. Il semble que cette exception d'ignorance devrait être admise aujourd'hui dans les rapports entre les Etats ; elle est accueillie par certaines législations étrangères (voir, notamment, le Code pénal autrichien, § 233, le Code pénal cubain (art. 25, *in fine*). La jurisprudence française est peu favorable à cette pratique bienveillante, même à l'égard des contraventions de simple police, la bonne foi du contrevenant étant sans effet.

141. Des faits justificatifs et des causes d'exemption de la peine.
Renvoi. — En général, quand les trois éléments du délit : élément légal, élément matériel et élément moral sont constitués, l'infraction existe et la peine est encourue. Mais il peut arriver que, par suite des faits extérieurs ou d'une circonstance personnelle à l'agent, la culpabilité cesse d'exister, que la responsabilité pénale s'évanouisse. S'agit-il de circonstances extérieures, on est en présence d'une *cause de justification* ; s'agit-il d'une circonstance personnelle à l'agent, on parle de *cause de non-imputabilité*.

Enfin, il peut arriver que, pour des raisons de politique criminelle, le pouvoir social s'abstienne d'infliger une peine, alors même que le délit existe. C'est ce qui se produit quand on est en présence d'une *excuse absolutoire*.

On traitera des causes de justification et de non-imputabilité en étudiant la théorie générale de la responsabilité, et des excuses absolutoires en traitant de la mesure de la peine.

SECTION II

DE LA CLASSIFICATION DES INFRACTIONS A LA LOI PÉNALE

142. Généralités. — On peut ranger les infractions à la loi pénale en différentes catégories, suivant qu'on envisage l'élément matériel, moral ou légal de l'infraction.

Avant d'aborder ces classifications, il faut préciser le domaine de nos

allemand lui substitue-t-il une autre distinction, plus rationnelle. Elle consiste à rechercher si l'acte imputé choque « la saine conception que se fait le peuple du juste et de l'injuste », auquel cas son auteur ne saurait exciper de son ignorance de la loi, ou si l'acte est indifférent au point de vue moral, auquel cas la solution serait contraire (SCHAFER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 51). On voit se manifester ici l'opposition des *délits naturels*, et des *délits artificiels*, préconisée par Garofalo. Cf. MEYER, *Grundriss*, p. 110.

recherches, en distinguant l'infraction pénale du délit civil, d'une part, et de l'infraction disciplinaire, d'autre part.

143. Distinction de l'infraction pénale et du délit civil. — La différence essentielle entre le délit pénal et le délit civil concerne la sanction. Pour le délit pénal, la sanction est une peine, un châtement. Pour le délit civil, la sanction est une condamnation à restitution et à des *dommages-intérêts*.

Le délit pénal et le délit civil diffèrent encore par leurs éléments constitutifs.

Quant à l'élément légal, le délit civil est l'objet d'une prévision très générale, formulée dans l'article 1382 du Code civil, en ces termes : *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. Chaque délit pénal, au contraire, consistant dans la violation d'un texte particulier, la définition qui en est donnée par la loi doit être l'objet d'une interprétation restrictive.

Quant à l'élément matériel, le délit civil suppose toujours qu'un préjudice, et un préjudice personnel, a été causé. Le délit pénal est réprimé, parfois, en l'absence de tout dommage. Ainsi en est-il, notamment, en cas de simple tentative.

Quant à l'élément moral, le délit civil suppose une *faute*. Au contraire, les infractions dites intentionnelles impliquent autre chose et plus qu'une faute ; elles supposent le *dol*. A l'égard des délits d'imprudence ou de négligence, on a vu que l'appréciation de la faute n'obéit pas aux mêmes règles en droit pénal qu'en droit civil. A l'égard des infractions de simple police, qui sont, pour la plupart, des infractions *purement matérielles*, la faute est *présumée*. La culpabilité résulte de la violation extérieure d'une règle légale.

Une dernière différence concerne la détermination du demandeur. Au cas de délit civil, la demande en dommages-intérêts ne peut être formée que par la personne lésée. Pour les infractions à la loi pénale, le droit d'agir est exercé normalement par un corps de magistrats spécialement institué à cet effet et qui intervient au nom de la société : le ministère public. Il existe parallèlement, en faveur de la victime, un pouvoir d'initiative, qui sera défini plus loin.

144. Des rapports du délit pénal et du délit civil. — Mais il y a des points de contact entre le délit civil et le délit pénal. Souvent, en effet, l'un accompagne l'autre. Quand un délit civil constitue en même temps un délit pénal, il en résulte pour la victime une situation particulière, qui est à certains égards plus avantageuse, à d'autres moins favorisée.

Elle est plus avantageuse, car la personne lésée par l'infraction a le choix entre deux voies pour défendre ses intérêts. Elle peut s'adresser à la juridiction civile ou, si elle le préfère, emprunter la voie pénale, c'est-à-dire se constituer partie civile devant la juridiction répressive.

D'un autre côté, la situation de la victime est moins favorisée, car la prescription est plus courte. La prescription qui naît d'un délit civil dure trente ans. L'action civile née d'un délit pénal se prescrit, en vertu d'une solidarité que la loi a créée entre l'action civile et l'action publique, par dix ans si l'infraction est un crime, par trois ans si elle est un délit, et par un an s'il s'agit d'une contravention.

145. Le caractère mixte du « recel ». La « peine privée ». — Ajoutons qu'il existe, entre le délit pénal et le délit civil, des faits qui se présentent avec un caractère mixte. Citons le *recel*. Quand, dans le règlement d'une succession, un des héritiers, un des copartageants, a diverti, pour se les approprier, certains éléments de l'héritage, il résulte de l'article 792 du Code civil qu'il se trouve déchu de la faculté de renonciation : il est considéré comme ayant accepté purement et simplement la succession, dont il supportera tout le passif. De plus, ce copartageant est privé de sa part dans les objets recelés. On est en présence ici d'une véritable peine qui dépasse la réparation du préjudice causé, mais qui est poursuivie, non sur l'intervention du ministère public, mais sur l'intervention de la personne lésée, et sur le fondement de la loi civile. C'est une peine d'un caractère mixte, une *peine privée*¹. Une sanction analogue est prévue par l'article 1460 du Code civil, en ce qui concerne le recel d'effets de la communauté. Dans la loi du 29 décembre 1923, relative à la spéculation illicite en matière de loyers, on pourrait trouver des solutions analogues.

146. Distinction du délit pénal et de la faute disciplinaire. — Il faut distinguer également le délit pénal de la faute disciplinaire.

Il existe, à l'intérieur de la grande société qui s'appelle l'Etat, un certain nombre de sociétés plus restreintes, où les hommes se groupent en raison de leur profession. Chacune d'elles a son régime propre, régime qui a pour but d'assurer l'exercice honnête de la profession, et dont la violation constitue la *faute disciplinaire*. Les sanctions sont prononcées par des juridictions spéciales qui sont, pour les avocats, le Conseil de l'ordre², pour les magistrats, la Cour de cassation, constituée en Conseil supérieur de la magistrature, pour les avoués³, les agrées⁴, les huissiers⁵, les commissaires priseurs⁶, les Chambres départementales ou régionales de discipline, pour les notaires, la Chambre des notaires⁷, pour les universitaires, le Conseil de l'université ou le Conseil supérieur de l'Instruction publique⁸.

Sous le régime de Vichy, un *statut général des fonctionnaires civils de*

1. AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., par BARTIN, t. IX (1917), § 613 pp. 603 et suiv. ; t. VIII (1916), § 519, pp. 265 et suiv. HUGUENY, *L'Idée de Peine privée*, thèse, Dijon, 1904.

2. Les conditions de l'inscription au tableau de l'ordre des avocats ou sur les listes du stage sont déterminées par les lois des 10 sept. 1940 et 15 octobre 1941 réglementant l'accès au barreau, La loi du 26 juin 1941 institue un certificat d'aptitude à la profession d'avocat, qui est décerné par les Facultés de droit. L'ordonnance du 25 oct. 1945 sauvegarde les intérêts des avocats démobilisés, prisonniers de guerre, etc.

3. Ordonnance du 2 nov. 1945, *D.*, 1945, *L.*, 310 et décret du 19 déc. 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des avoués. *D.*, 1946, 2, 64.

4. Ordonnance du 2 nov. 1945 annulant les lois des 8 déc. 1941 et 10 juill. 1942 et portant statut des agrées près les tribunaux de commerce. Décret du 19 déc. 1945 portant règlement d'administration publique sur le même objet.

5. Ordonnance du 2 nov. 1945 relative au statut des huissiers. *D.*, 1945, *L.*, 311.

6. Ordonnance du 2 nov. 1945 annulant la loi du 1^{er} juill. 1942 et portant statut des commissaires-priseurs. *D.*, 1945, *L.*, 312.

7. Ordonnance du 2 nov. 1945 annulant la loi du 16 juin 1941 et relative au statut du notariat, *D.*, 1945, *L.*, 309.

8. Depuis l'annulation du décret du 23 février 1941 qui conférait certain pouvoir disciplinaire au Recteur lui-même, les sanctions prévues par l'art. 34 du décret du 21 juill. 1897 sont toutes prononcées, à l'égard des étudiants, par le Conseil de l'Université. Elles vont de la réprimande à l'exclusion perpétuelle de toutes les Facultés et Ecoles d'enseignement supérieur. Cette action est indépendante de l'action des tribunaux (art. 32).

l'Etat et des établissements publics de l'Etat était résultat de la loi du 14 septembre 1941¹.

Le progrès récent du mouvement corporatif a déterminé l'extension à diverses professions libérales et même commerciales de ce régime disciplinaire constitué par l'existence d'« ordres » afin de maintenir certaines traditions, d'assurer une certaine tenue morale, et de « conseils » investis d'un pouvoir juridictionnel et sanctionnateur. Dès avant la guerre, la création d'un Ordre des médecins, à l'exemple de l'« Ordre des avocats », avait été préconisée². Le gouvernement de Vichy la réalisa par l'institution des *Conseils départementaux ou régionaux*, soumis au contrôle du *Conseil national de l'Ordre des médecins*³. Puis apparurent, à l'image des précédents, l'Ordre des pharmaciens, celui des vétérinaires, celui des architectes (lois des 7 octobre et 31 décembre 1940); puis *l'Association professionnelle des banques*, où les sanctions sont prises par une *commission de contrôle*⁴. La loi du 14 septembre 1943, organisant la profession de sage-femme, instituait des collèges départementaux de sages-femmes dépendant de l'Ordre national des médecins et soumis à la juridiction des conseils régionaux de cet Ordre. Ces créations faisaient suite à la disparition des syndicats professionnels, dont le passé éveillait l'idée de lutte des classes.

La restauration de l'idéal démocratique, depuis l'établissement du gouvernement provisoire, devait amener le rétablissement des syndicats⁵, et la suppression ou du moins la réforme des « ordres » appartenant aux mêmes professions devait s'en suivre⁶. Mais la nécessité d'une discipline, à l'intérieur de ces professions, est si évidente qu'on vit apparaître bientôt un nouvel « Ordre des médecins » (ordonnance du 24 septembre 1945 *relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, chirurgien, dentiste et sage-femme*; un ordre national des pharmaciens (ordonnance du 5 mai 1945); un ordre des experts comptables (ordonnance du 19 septembre 1945). La mission des syndicats n'exclut pas celle des ordres, les premiers ayant pour but de défendre des intérêts communs, les seconds de sauvegarder la dignité de la profession⁷. Les uns et les autres

1. Cette loi a été annulée par le Gouvernement provisoire, ce qui peut surprendre, car elle ne faisait guère que codifier des solutions depuis longtemps entrées dans la pratique et qui conservent leur valeur. Cf. Waline, L'ordonnance du 9 août 1944, J. C. P. 1945. 1, 441. Elle est remplacée, aujourd'hui, par la loi du 19 octobre 1946, *relative au statut général des fonctionnaires*.

2. Voir, sur le projet de création d'un Ordre des médecins, le rapport du D^r BALTHAZARD à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1929, p. 315. Voir également la discussion à la Société d'études législatives, *Bulletin* de cette Société, 1930, pp. 53 et suiv.

3. E.-H. PERREAU. La récente réforme de la législation médicale. *Semaine juridique*, 1941, étude 224. En Belgique, l'ordre des médecins a été créé par une loi du 25 juillet 1938. *Revue internat. du droit pénal*, 1939, p. 190.

4. H. CABRILLAC, La réglementation et l'organisation de la profession bancaire. *Semaine juridique*, 1941, étude 235.

5. Ainsi, les syndicats de pharmaciens existant avant 1941 sont rétablis par l'ordonnance du 15 décembre 1944.

6. Les décrets des 19 octobre 1943 et 25 janvier 1944 portent suppression de l'ordre des médecins et transfert d'une partie de ses biens aux syndicats médicaux reconstitués. La loi du 14 septembre 1943 relative aux sages femmes est annulée par l'ordonnance du 9 août 1944...

7. L'ordonnance du 24 sept. 1945 *relative aux médecins, chirurgiens, dentistes et sages-femmes* prévoit qu'un *Code de déontologie* propre à chacune des professions sera préparé par le Conseil national de l'Ordre intéressé et soumis au Conseil d'Etat pour être édicté sous forme de règlement d'administration publique.

sont, comme on verra (*infra* n° 1124) titulaires d'une *action civile* dont le caractère est mixte, mi-privé, mi-public.

147. Caractères du droit disciplinaire. — Il serait intéressant de décrire l'évolution de ce droit disciplinaire qui l'a, peu à peu, rapproché des principes fondamentaux du droit pénal¹.

Il est vrai que la règle : *Nullum crimen nulla poena sine lege* n'y est pas en vigueur. Les infractions comprennent tout manquement grave à l'honneur, à la dignité ou aux obligations professionnelles. Les sanctions, qui ont leur siège non dans les lois, mais dans les règles qui gouvernent chaque profession, sont variables : elles se présentent sous forme de réprimande, d'amende, d'exclusion temporaire ou définitive du groupe. Ainsi, le *statut général des fonctionnaires* résultant de la loi du 19 octobre 1946, prévoit des sanctions qui vont du simple blâme, ou de l'avertissement, à la révocation avec ou sans suspension des droits à pension : ces sanctions sont prises par l'autorité investie du pouvoir de nomination ; les plus graves, après avis d'un « conseil de discipline » (art. 61 et suiv.). La mesure privative ou restrictive de liberté est absente².

La procédure en usage devant les juridictions disciplinaires ressemble de plus en plus à la procédure criminelle³ ; il est admis par la jurisprudence que la procédure disciplinaire doit être annulée quand la liberté de la défense n'a pas été assurée⁴.

Les voies de recours sont, comme les sanctions, soumises à la diversité des règlements. Les décisions de l'ordre des avocats peuvent être frappées devant la Cour d'un *appel* à qui ses cas d'application donnent principalement la fonction d'un recours pour excès de pouvoir⁵. C'est devant le Conseil d'Etat que se porte le recours pour excès de pouvoir contre les décisions du Conseil national de l'ordre des médecins⁶.

1. BERNARD. *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse, Bordeaux, 1903 ; J. RICOI, *Les tendances du droit disciplinaire*, thèse Toulouse 1908.

2. Notons, cependant, que sous le Gouvernement de Vichy, le régime disciplinaire des chantiers de jeunesse, résultant de la loi du 28 octobre 1943, comportait, pour infractions au règlement intérieur, l'envoi dans deux groupes spéciaux de redressement, l'internement dans des locaux disciplinaires etc... Il faudrait mentionner aussi les mesures restrictives ou privatives de liberté que pouvait infliger, en vertu de sa juridiction politique, le Chef de l'Etat, si on ne devait attacher à ces sanctions la qualification de mesures de sûreté, plutôt que celle de mesures disciplinaires.

3. Req. 20 décembre 1911, S., 1912. I. 216.

4. Voir, notamment, Req. 13 juillet 1909, S. 1912* 1. 446 ; 11 janvier 1909, S. 1911. I. 556 ; 25 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 17 juin 1932.

5. Jugé qu'est recevable l'appel formé contre une décision disciplinaire du Conseil de l'ordre des avocats prononçant un simple avertissement, du moment que cet avertissement est intervenu en application d'une délibération irrégulière (Grenoble, audience solennelle 12 mars 1942, J. C. P. 1942, 2068, note Légal). Par cette délibération le Conseil de l'Ordre obligeait l'avocat non mobilisé qui s'est chargé à un titre quelconque des intérêts du client d'un avocat mobilisé à se dessaisir à la fin des hostilités : atteinte au libre exercice de la profession. L'appel joue ici le rôle d'un recours pour excès de pouvoir.

6. Jugé qu'est entachée d'excès de pouvoir la décision du Conseil de l'ordre des médecins qui ordonne la fermeture d'un cabinet médical en vertu de l'art. 27, § 2, du Code de déontologie arrêté par le Conseil de l'ordre. Ce texte interdit à un médecin installé dans une commune d'établir une consultation dans une commune différente : tendant à établir une répartition géographique des cabinets médicaux, il excède les pouvoirs

Cette compétence se justifie parce que le législateur a voulu faire du contrôle et de l'organisation des professions libérales un service public. Si le Conseil supérieur de l'ordre des médecins n'est pas un établissement public, il concourt à ce service.

Le Conseil d'Etat connaît donc des recours formés contre ses décisions, notamment celles intervenues en application de l'article 4 de la loi du 7 octobre 1940 qui lui confère la charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale¹.

Ainsi se constitue un droit professionnel, intermédiaire entre le droit privé et le droit public², et qui emprunte certains caractères à ce dernier.

148. Rapports de la faute disciplinaire avec la faute pénale et la faute civile. — Souvent, d'ailleurs, le même fait constitue une faute disciplinaire et une faute pénale ; et il peut arriver également que le même acte renferme un délit civil qui donne droit à l'allocation de dommages-intérêts. Citons le cas d'un avocat ou d'un médecin qui se serait rendu coupable de violation du secret professionnel³.

149. Des diverses classifications à établir parmi les infractions à la loi pénale. — Pour établir une classification des infractions à la loi pénale, il faut prendre en considération les divers éléments de l'infraction. Mais il est une classification qu'il est impossible de faire entrer dans ce cadre, car elle tient compte en même temps de l'élément légal, de l'élément matériel et de l'élément moral : c'est la division en crimes, délits et contraventions.

§ 1. — De la classification établie par l'article premier du Code pénal : crimes, délits et contraventions

150. Distinction des crimes, délits et contraventions. — Cette classification a son siège dans l'article 1^{er} du Code pénal qui dispose : *L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention⁴. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime.*

conférés au Conseil de l'Ordre des médecins par l'article 4 de la loi du 7 octobre 1940 qui les charge seulement d'édicter des règlements d'ordre intérieur nécessaires pour atteindre les buts visés (Conseil d'Etat, 2 avril 1943, MUSEN, J. C. P. 1944. II. 2565, note C. Cellier.

1. Conseil d'Etat, 2 avril 1943, BOUGUEN, J. C. P. 1944. II. 2565, note C. Cellier.

2. Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *Le Conseil d'Etat et les Comités d'organisation*, J. C. P. 1942. I. 299.

3. Sur la question délicate de savoir si dans certains cas, le législateur a eu l'intention de substituer l'action disciplinaire à une poursuite pénale, voir la note de M. HUGUENET sous Crim., 23 nov. 1935, S., 36, 1, 393.

4. Signalons qu'une réforme, introduite par ordonnance du 4 oct. 1945 (au Dalloz 1946, L., 137, avec le commentaire de M. VOIRIN) a élargi la catégorie des contraventions, aux dépens de celle des délits, en élevant le taux maximum des peines de simple police, *infra*, n° 475.

Cette ordonnance semble avoir visé un double but : élargir la compétence des tribunaux de simple police aux dépens de celle des tribunaux correctionnels (*infra*, n° 152) — et simplifier la tenue du casier judiciaire (*infra*, n° 158) par l'exclusion d'un certain nombre d'infractions sans gravité.

La simple lecture de ce texte fait naître deux questions : quels sont les intérêts que présente cette classification ? Quel est le critérium légal en cette matière ?

151. Les intérêts pratiques de la classification. — Les intérêts pratiques sont nombreux : ils rayonnent sur toutes les matières du droit pénal.

152. Au point de vue de la compétence. — Les crimes relèvent de la Cour d'assises, juridiction originale que caractérise la collaboration de deux éléments, l'élément populaire, représenté par le jury, et l'élément professionnel, les magistrats. Les délits relèvent du tribunal correctionnel, les contraventions sont du ressort du tribunal de simple police, c'est-à-dire du juge de paix. Naguère deux exceptions légales concernaient les mineurs de 13 à 16 ans, justiciables, pour les crimes, du tribunal correctionnel (art. 68 du C. pénal) et les délits de presse, qui étaient généralement portés devant la Cour d'assises (loi du 29 juillet 1881, art. 45).

Mais ces deux règles de compétence ont été récemment modifiées. Les mineurs, jusqu'à dix-huit ans, relèvent aujourd'hui d'une juridiction spéciale, le tribunal pour enfants (ordonnance du 2 février 1945, art. 9). L'ordonnance du 6 mai 1944 a rétabli, à l'égard des délits de presse, la compétence normale du tribunal correctionnel (loi du 29 juillet 1881, art. 45 nouveau)¹. Inversement, l'ordonnance du 4 octobre 1945, étendant la catégorie des contraventions, a élargi, aux dépens du tribunal correctionnel, la compétence du tribunal de simple police.

153. Au point de vue de la procédure. — La loi a institué, pour les crimes, une procédure très longue, qui comprend deux phases. La première, celle de l'instruction préparatoire, a lieu devant le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation, la seconde, celle de l'instruction définitive, devant la juridiction de jugement : la Cour d'assises. En matière de délits, l'instruction préparatoire est facultative ; le ministère public, la personne lésée ne portent l'affaire devant le juge d'instruction que si elle offre un certain degré de complication. Pour les contraventions, la procédure est très simple, et il s'affirme une tendance à la simplifier encore. En cette matière, il n'y a jamais d'instruction préparatoire.

154. Exceptions. — Toutefois, il faut signaler les exceptions qu'ont apportées aux règles précédentes soit la jurisprudence, soit de récentes initiatives émanant des pouvoirs publics.

155. La pratique de la « correctionnalisation » judiciaire. — Nous songeons, en premier lieu, à une pratique qui remonte au milieu du XIX^e siècle, et qu'on appelle la *correctionnalisation*. Elle consiste à porter devant

1. La compétence de la Cour d'assises à l'égard des délits de presse avait été progressivement restreinte par le décret-loi du 30 octobre 1935, les lois du 10 janvier 1936 et du 10 octobre 1940. Ci-dessous, n° 1209. H. CANNAC. *Les Modifications apportées à la Législation sur la Presse par les Décrets-lois de 1935 et par la Loi du 10 janvier 1936* (*Revue de Science criminelle*, 1936, p. 204).

le Tribunal correctionnel une affaire qui relève, normalement, de la Cour d'assises. Un individu s'est introduit par bris de clôture dans une basse-cour pour y dérober une volaille. Aux termes de l'article 384 du Code pénal, on est en présence d'un vol qualifié. Le vol qualifié est un crime qui relève de la Cour d'assises ; mais le ministère public veut éviter une procédure longue et disproportionnée à la gravité du délit. Il s'adresse au Tribunal correctionnel et, faisant abstraction de la circonstance aggravante de l'*effraction*, il poursuit le fait comme un délit.

Une fille-mère a fait disparaître son enfant, mais on a des doutes sur sa culpabilité ; il n'est pas certain que l'enfant soit né vivant. Le ministère public néglige l'incrimination d'infanticide qui relève de la Cour d'assises. Il poursuit la coupable devant le Tribunal correctionnel sous l'inculpation de « suppression d'enfant », délit non contre la personne, mais contre l'état civil de l'enfant, qui est prévu par l'article 345 du Code pénal et frappé de peines correctionnelles.

Cette pratique de la correctionnalisation, qui a commencé à s'introduire sous la Monarchie de Juillet, est certainement incorrecte et illégale¹. Il n'appartient pas aux parties de porter atteinte, soit en négligeant une circonstance aggravante, soit en omettant un élément du délit prévu par la loi, aux règles de compétence qui ont un caractère d'ordre public.

Si cette pratique a pu s'introduire et persister longtemps, c'est qu'elle bénéficie de la connivence des parties intéressées dans le débat. C'est d'abord le ministère public qui désire obtenir plus de certitude dans la répression. C'est la partie civile qui échappe aux longueurs, aux frais, aux incidents, à la publicité de la procédure en Cour d'assises ; c'est enfin l'inculpé qui s'assure l'application d'une peine moins rigoureuse. Mais cette connivence est *nécessaire*. L'opposition d'une partie met obstacle à la correctionnalisation. Si l'inculpé, traduit devant le Tribunal correctionnel sous l'inculpation d'un fait qui est réellement un crime, oppose l'exception d'incompétence, le tribunal doit se dessaisir. Il peut même se dessaisir d'office. La doctrine l'affirme², et la Cour de cassation l'admet³.

La fréquence, en pratique, de la correctionnalisation explique la réduction apparente du nombre des *crimes*, dont témoignent les statistiques à partir du milieu du XIX^e siècle.

156. Compétence exceptionnelle du tribunal de simple police à l'égard de certains délits (stricto sensu). — A la suite de la réforme judiciaire réalisée par le décret du 3 septembre 1926, qui a diminué le nombre des tribunaux d'arrondissement, le tribunal de simple police s'est trouvé investi par les décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926 (dont le second seulement a été ratifié par les Chambres) d'une compé-

1. Une circulaire ministérielle du 12 janvier 1871, datée de Bordeaux, s'élève contre la pratique de la correctionnalisation. Cf. CAVIN, *Du jury à l'échevinage*, thèse Lausanne 1937.

2. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 145, n^o 322 et suiv. ; art. 405, n^o 37 et suiv. ; VERDUN, *Des Pratiques judiciaires de Correctionnalisation*, thèse, Aix, 1922. B. PERREAU A propos d'une pratique judiciaire illégale : la correctionnalisation. *Revue critique* 1930, pp. 441 et suiv.

3. LE POITTEVIN, *Code d'instruction criminelle annoté*, 1911-1915, art. 179, n^o 43, 44 ; art. 193, n^o 1 à 5 ; art. 214, n^o 1. La Cour de Cassation, toutefois, ne se montre pas constante. Voir, pour le cas de cumul idéal d'infractions, les arrêts cités n^o 836.

sence en matière correctionnelle. Les délits qui devaient désormais lui être soumis étaient des délits de peu d'importance, qui entraînaient des peines d'amende ; voir ci-dessous, n° 1204. Ils entrent aujourd'hui dans la catégorie, élargie par l'ordonnance du 4 octobre 1945, des contraventions : en sorte que l'exception a presque complètement disparu¹.

157. Au point de vue de la prescription de l'action publique et de la peine. — La division des infractions en crimes, délits et contraventions présente encore un intérêt au point de vue de la prescription.

L'action publique se prescrit par 10 ans pour les crimes, par 3 ans pour les délits et par un an pour les contraventions. La prescription de la peine est de 20 ans pour les crimes, de 5 ans pour les délits et de 2 ans pour les contraventions. Il est rationnel que la durée de la prescription soit en raison directe de la gravité de l'infraction

158. Autres intérêts pratiques de la classification. — La division fondamentale des infractions est importante au point de vue de la *tentative*, qui est toujours punie en matière de crimes, qui ne l'est qu'exceptionnellement pour les délits, et qui ne l'est jamais en matière de contraventions ; au point de vue de la *complicité*, qui est punie lorsqu'il s'agit de crimes et de délits, mais non quand il s'agit de contraventions. Elle est intéressante en ce qui concerne le *cumul des peines*. Le cumul n'est admis qu'en matière de contraventions de simple police ; il est exclu pour les crimes et pour les délits. Enfin, en ce qui concerne le *sursis*, la *récidive*, les *circonstances atténuantes*, la *solidarité des amendes* (art. 55 C. pén), les règles sont différentes. Ajoutons que l'inscription des condamnations au casier judiciaire n'a jamais lieu pour les contraventions de simple police. A l'égard des infractions commises à l'étranger, les délits sont soumis à un régime spécial.

159. Du critérium tiré de la nature de la peine légale (art. 1^{er} du Code pénal). — D'après l'article premier du Code pénal, pour décider si une infraction est un crime, un délit ou une contravention, il faut considérer la peine prévue par la loi.

Ainsi, le faux en écritures privées est prévu par l'article 150 du Code pénal et puni par la loi de la peine de la réclusion. Si on se reporte à l'échelle générale des peines qui figure dans les articles 7 à 9 du Code pénal, on constate que la réclusion est une peine afflictive et infamante, c'est-à-dire une peine criminelle. En conséquence, le faux en écritures privées est un crime.

Inversement, l'avortement, la bigamie, l'infanticide ne sont que des délits, puisqu'en vertu des lois du 27 mars 1923, du 17 février 1933, du 2 septembre 1941 qui ont modifié, à cet effet, les articles 317, 340 et 302 du Code pénal, ils sont frappés d'emprisonnement, peine correctionnelle.

Avant l'ordonnance du 4 octobre 1945, les coups et blessures par imprudence constituaient toujours un délit, étant frappés par la loi (art. 320 du Code pénal) d'une peine d'emprisonnement et d'une amende correctionnelle. L'ordonnance (*supra*, n° 150) comprend, dans une quatrième classe de contraventions, qu'elle institue, les coups et blessures *n'entraînant pas une incapacité de travail personnel supérieure à six jours* (Art. 483, 2° C. pénal, cf. l'art. 320 nouveau Code pénal) : la sanction, qui comprend

1. Pas complètement : les infractions prévues par le décret du 28 sept. 1791 sont jugées par voie de simple police, quel que soit le taux de l'amende encourue (*infra*, n° 1206).

l'amende de 200 à 1.200 francs et l'emprisonnement pendant huit jours au plus ne dépasse pas le maximum nouveau des peines de simple police.

160. Des difficultés d'application que soulève ce critérium. — Mais ce critérium donne lieu à certaines difficultés d'application. Ainsi, pour un même fait prévu par la loi, la peine maxima peut ne pas être de même nature que la peine minima. Soit, par exemple, la loi du 15 février 1898 sur le commerce de brocantage. L'article 2 de cette loi punit le fait, par un brocanteur, d'avoir acheté des objets à un enfant sans le consentement écrit de son père ou de son tuteur, d'un emprisonnement de 5 jours au minimum (peine de simple police) et d'un mois au maximum (peine correctionnelle), d'une amende de 5 francs (aujourd'hui 300 francs) (peine de simple police) à 200 francs (aujourd'hui 1.200 francs)¹ (peine correctionnelle). S'agit-il alors d'une contravention ou d'un délit? Il faut, dit la jurisprudence, considérer le maximum; on est donc en présence d'un délit².

D'autre part, que faut-il décider si la peine infligée pour un fait particulier et qui est, d'après la loi, une peine criminelle, se trouve, par suite d'une cause d'atténuation, réduite, de sorte qu'en fait, c'est une peine correctionnelle qui est prononcée par le juge? La question sera examinée plus tard. Bornons-nous à indiquer la solution qui semble prévaloir en jurisprudence. Le fait conserve sa nature de crime. Ici, le changement qui s'est produit, quant à la peine, n'influe pas sur la nature de l'infraction.

161. Appréciation critique du critérium résultant de l'article premier du Code pénal. — Le critérium très simple et qui est fourni par le législateur, dans l'article premier du Code pénal, a été l'objet de vives critiques de la part de certains auteurs, en particulier de Rossi³. Et voici, en substance, le raisonnement de Rossi. Déterminer la nature de l'infraction d'après la nature de la peine qui vient la réprimer, n'est-ce pas, disait-il, aller à l'encontre de la logique et du bon sens? Le bon sens n'exige-t-il pas qu'on détermine d'abord la nature de l'infraction, pour fixer ensuite la nature de la peine? Cette méthode est caractéristique de l'esprit despotique des rédacteurs du Code pénal de 1810.

On est surpris de trouver un raisonnement de cette nature chez Rossi; il contient un sophisme qu'il est facile de dénoncer. Il n'est pas douteux que le législateur, quand il a voulu déterminer les incriminations et fixer les peines, a commencé par se faire une idée personnelle des faits dont il devait assurer la répression. Mais le législateur n'était pas tenu de nous faire connaître toutes les étapes de sa pensée. Son seul devoir était de nous en livrer les résultats; c'est ce qu'il a fait sous la forme la plus précise et la plus intelligible. Il nous fournit, dans l'article premier, un critérium d'une clarté et d'une facilité d'application incontestables.

Mais ce travail de la pensée que le législateur n'était pas tenu de nous révéler, nous devons essayer de le reconstituer, en déterminant l'idée générale dont le législateur de 1810 s'est inspiré, a dû s'inspirer, pour établir la division des infractions en crimes, délits et contraventions.

162. De quelle notion théorique procède la distinction des crimes, des délits et des contraventions? — Le principe qui se présente le plus naturellement à l'esprit est le suivant. La division en crimes, délits

1. Cf. *infra*, nos 664 et 664 bis.

2. Voir encore : Crim., 28 juillet 1938, *Gaz. Pal.*, du 4 nov. 1938, MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 77.

3. Rossi, *Traité de Droit pénal*, t. I, 56. Cf. BOITARD, *Leçons de Droit criminel*, sous l'article premier du Code pénal.

et contraventions est fondée sur la considération de la *gravité relative* des infractions à la loi pénale. Les *crimes* sont les infractions qui portent l'atteinte la plus redoutable à l'ordre social; les *contraventions* de simple police sont les moins graves; enfin, il y a une catégorie intermédiaire à laquelle est réservée la qualification de *délits*.

Ce critérium est facile à comprendre. On est tenté, au premier abord, de s'en contenter. En réfléchissant, on se rend compte qu'il n'y a là, en réalité, qu'une séparation artificielle et assez imprécise. Ce qui le montre, c'est la facilité avec laquelle certaines infractions ont été transférées d'une catégorie dans l'autre. C'est ainsi que la loi du 13 mai 1863 a correctionnalisé un certain nombre de crimes; que, plus récemment, la loi du 27 mars 1923 a correctionnalisé l'avortement, la loi du 17 février 1933, la bigamie, la loi du 2 septembre 1941, l'infanticide; que, plus récemment encore, l'ordonnance du 4 octobre 1945 a changé de délits en contraventions certains cas de coups et blessures par imprudence (art. 483, 2^o nouveau du Code pénal). Aussi s'est-on demandé s'il n'était pas possible de donner à la classification un caractère logique, en la faisant cadrer avec une autre division déjà esquissée: celle qui repose sur la considération de l'*élément intentionnel* de l'infraction.

163. La classification tripartite de l'article premier du Code pénal s'accorde-t-elle avec la division des infractions à la loi pénale en « délits intentionnels », « délits d'imprudence » et « délits purement matériels » ? — Quand on considère l'élément moral de l'infraction, on distingue trois sortes d'infractions: 1) les infractions *intentionnelles*, qui supposent la connaissance par l'agent du caractère illicite de son acte; 2) les *délits d'imprudence*, qui supposent une simple faute, une légèreté; 3) les infractions *purement matérielles*, qui existent du moment que le fait imputé est la manifestation d'une volonté humaine. Si on pouvait, s'est-on dit, rapprocher ces deux classifications, le résultat serait satisfaisant pour l'esprit; on qualifierait crimes, les délits intentionnels; délits, les infractions d'imprudence, et contraventions, les infractions purement matérielles.

Malheureusement, cette correspondance n'est pas conforme au droit positif. Il est vrai que les crimes sont tous des infractions intentionnelles, mais les délits d'imprudence sont en petit nombre parmi les délits *stricto sensu*. Et dans la catégorie des contraventions de simple police, il entre, sans doute, des délits simplement matériels; mais il y a aussi des délits d'imprudence, comme les coups et blessures involontaires n'entraînant pas une incapacité de travail personnel supérieure à six jours (art. 483, 2^o) l'incendie par imprudence ou négligence des propriétés mobilières ou immobilières d'autrui (art. 483, 4^o); il y a des actes intentionnels. Voir, par exemple, les infractions aux articles 471, 11^o, 479, 1^o, 483, 1^o, 6^o, 7^o. Mentionnons en particulier le vol de récoltes non détachées du sol, prévu par l'article 483, 7^o du Code pénal. Ce vol, à raison de l'insignifiance de son objet, est frappé d'une peine de simple police¹. C'est cependant un délit

1. La loi du 17 juin 1941, modifiant l'article 388 du Code pénal, et abrogeant le § 15 de l'article 475, frappait les vols de récoltes de peines correctionnelles. L'ordonnance du 4 octobre 1945 les fait entrer dans la quatrième classe de contraventions, qu'elle institue (art. 483 nouveau du Code pénal.)

intentionnel. Ainsi une même infraction, qui est toujours intentionnelle, le vol, se présente tantôt comme un crime, tantôt comme un délit, tantôt comme une contravention. C'est un crime quand il est accompagné de circonstances aggravantes, telles que l'escalade et l'effraction. Le vol ordinaire est un délit, puni d'un à cinq ans d'emprisonnement. Enfin, le vol de récoltes est une simple contravention.

Malgré ces observations, l'idée que la considération de l'élément intentionnel joue un rôle dans la division fondamentale des infractions à la loi pénale a donné naissance à deux théories : l'une s'est créée pour l'interprétation de notre droit positif, la seconde s'est élevée sur le terrain purement législatif.

164. La théorie des « délits contraventionnels ». — La première de ces théories est celle dite des *délits contraventionnels*. Elle a exercé, pendant un certain temps, une influence certaine sur notre jurisprudence française.

La théorie du *délit contraventionnel* procède de l'idée que toutes les contraventions de simple police sont des délits purement matériels, et qu'inversement les délits purement matériels institués par la loi doivent être qualifiés contraventions. Or, parmi les actes de cette nature, il peut y en avoir de graves, qui sont punis de peines correctionnelles. Citons les faits incriminés par la loi sur la police des chemins de fer, et encore par les lois de 1867 et de 1893 sur la constitution des sociétés. Les infractions à ces dispositions participent à la nature des contraventions, si on tient compte de l'élément moral, à celle des délits, si on considère la peine : ce sont des « délits contraventionnels ».

Quel est l'intérêt pratique de cette nouvelle qualification ? C'est que, pour déterminer le régime de ces infractions, on tiendra compte de leur nature mixte, et qu'on leur appliquera tantôt les règles concernant les délits, et tantôt les règles concernant les contraventions. Signalons notamment qu'en ce qui touche la durée de la prescription, la jurisprudence administrative avait admis, à leur égard, le régime des contraventions qui se prescrivent par un an¹.

La répression de la complicité, comme pour les contraventions, était exclue², ainsi que la solidarité des amendes (art. 55. C. pénal)³.

On aperçoit tout le parti que des avocats habiles pouvaient tirer de la théorie des délits-contraventions.

Cette théorie est complètement abandonnée aujourd'hui. M. Villey, professeur à la Faculté de droit de Caen, l'a combattue avec succès dans le *Sirey* et a démontré qu'elle reposait sur une idée fautive, savoir que toutes les infractions purement matérielles participent en quelque mesure à la nature des contraventions⁴. Les prétendus délits-contraventions, du mo-

1. Conseil d'Etat, 22 juillet 1898 et 7 juillet 1899 (S., 1901, 3, 8 et 141 et les renvois). Mais la jurisprudence de la Cour de cassation était contraire : Req., 15 fév. 1843, S., 43, 1, 365 ; Civ., 18 mars 1895, S., 95, 1, 169.

2. Crim., 7 avril 1870, D. P., 87, 2, 245 (sous-note a) ; 11 fév. 1876, S., 76, 1, 233 ; Caen, 9 mai 1877, S., 78, 2, 49.

3. Crim., 3 avril 1869, S., 70, 1, 229.

4. Voir les notes critiques de M. VILLEY, S., 76, 1, 89 et 233 ; 85, 1, 401 ; 86, 1, 233 ; 91, 1, 185.

ment qu'ils étaient frappés par la loi de peines correctionnelles; étaient, d'après l'article premier du Code pénal, des *délits* auxquels devait être appliqué, à tous égards, le régime des *délits* (Civ., 18 mars 1895, S., 1895, 1, 169¹). Voyez toutefois, dans un esprit différent : Crim., 2 juillet 1926, S., 1928, 1, 249 et la note de M. Roux².

Le terme « délits contraventionnels » est demeuré, dans la terminologie courante, pour désigner des infractions, frappées de peines correctionnelles ou même, très exceptionnellement, de peines criminelles (par exemple les faits prévus par l'art. 79, 1° et 2° du Code pénal : actions hostiles contre un Etat étranger) dont la loi organise la répression sans paraître exiger la preuve du dol ou de la faute.

165. De la classification bipartite des infractions admise par certains codes étrangers. — Sur le terrain législatif, on a proposé de substituer à la classification tripartite une classification plus simple et qui comprendrait simplement deux termes. Il faudrait distinguer, parmi les infractions à la loi pénale, deux catégories seulement : *les délits*, qui comprendraient, d'une façon générale, toutes les infractions qualifiées aujourd'hui crimes ou délits, et, d'autre part, les *contraventions de simple police*. Cette division, dit-on, s'accorde parfaitement avec la classification des infractions fondée sur l'élément moral. Les délits sont, en effet, dans ce système, toutes les infractions qui constituent une atteinte grave à l'intérêt social, impliquant la violation d'un droit et supposant que l'agent a eu connaissance du caractère de son acte. Les contraventions, au contraire, sont des infractions à des mesures d'ordre ayant pour objet de prévenir la violation d'un droit.

Cette division, au premier abord, paraît satisfaisante. Elle a été préconisée par l'Ecole néo-classique, et est entrée dans le droit positif au cours du XIX^e siècle. Elle a été consacrée notamment par un certain nombre de codes pénaux étrangers : les Codes suédois de 1864, danois de 1866, hollandais de 1881, portugais de 1886, italien de 1889, brésilien de 1890, neuchâtelois de 1891, norvégien de 1902. Elle se rencontre encore dans les nouveaux Codes pénaux de l'Amérique du Sud (Vénézuéla, 1926, Colombie, 1938) et dans le Code pénal italien de 1930.

Cette division aurait le mérite de faire cadrer la classification fondée sur la gravité de l'acte avec celle fondée sur la gravité de l'élément moral. Mais elle est plus satisfaisante pour l'esprit qu'avantageuse au point de vue pratique. Ce qui le montre, c'est l'obligation où se sont trouvés les législateurs qui l'ont admise, de créer, dans la catégorie des délits, des sous-distinctions. Si on confond les crimes et les délits dans une même catégorie, on est amené à soumettre à la Cour d'assises non seulement les crimes, mais encore tous les délits. Ce qui est pratiquement impossible. Il en résulte que ces législateurs ont dû séparer les délits soumis au jury de ceux qui devaient être portés devant le Tribunal correctionnel. Ainsi, le Code italien de procédure pénale de 1930, article 28, attribue à la con-

1. Voir, notamment, au sujet de la complicité : Crim., 23 janv. 1884, S., 86, 1, 233, confirmé par Cass. ch. réunies, 13 juin 1884, D. P., 90, D. P. 90, 2, 259; de même : Crim., 22 déc. 1893, D. P., 97, 1, 302; 12 août 1898, D. P., 99, 1, 174.

2. De même : PHILONENKO, *De la Nature juridique au Point de vue du Droit pénal, des Dispositions répressives de la Loi du 24 juillet 1867 sur les Sociétés par Actions* (*Recueil juridique des Sociétés*, 1934, pp. 75 et suiv.).

naissance de la Cour d'assises les délits punis de mort, de l'ergastolo, ou de la réclusion si le minimum atteint 8 ans, et le maximum 12 ans. Ce n'était pas la peine de supprimer la division tripartite traditionnelle, pour la rétablir sous une autre forme.

166. Conclusion. — La division tripartite du Code pénal, bien que laissant place à certaines objections, doit être conservée à cause de ses intérêts pratiques ; elle s'accorde bien avec notre organisation judiciaire, avec notre système de compétence. Sa valeur a été reconnue par plusieurs législations modernes ; elle est maintenue par le Code pénal allemand de 1871, et les projets successifs de réforme de ce code, ainsi que par le Code hongrois de 1878, le Code russe de 1903, le Code pénal polonais, le Code pénal danois de 1933, le Code pénal roumain de 1937, le Code égyptien de 1937¹.

167. Division. — On peut diviser les infractions, en tenant compte des divers éléments qui concourent à leur formation.

§ 2. — Classification des infractions au point de vue de l'élément légal

168. Distinction des incriminations antérieures au Code pénal et de celles qu'il a créées. — La plupart des infractions à la loi pénale dont nous nous sommes jusqu'ici occupés ont été prévues par le Code pénal de 1810 ; mais on sait qu'il existe des infractions qui sont prévues et punies par des textes antérieurs au Code pénal, qui datent de l'Ancien Régime ou de la Révolution française. D'autres délits sont réprimés par nos Codes de justice militaire. Enfin, de nombreuses incriminations résultent de lois récentes.

169. Renvoi. Division. — Il n'y a pas lieu de revenir sur les textes antérieurs au Code pénal ; la seule question qui les concerne est celle de savoir dans quelle mesure ils sont encore en vigueur. Il faut insister sur la distinction des délits de droit commun et des délits militaires d'une part, sur celle des délits prévus par le Code pénal et de ceux prévus par les lois spéciales, postérieurement au Code, d'autre part.

170. Distinction des délits de droit commun et des délits militaires. — Il existe une analogie certaine entre le droit pénal militaire et le droit pénal disciplinaire dont il a été précédemment question. Les infractions militaires sont des infractions disciplinaires, mais dont la ré-

1. Le nouveau Code pénal suisse la maintient en façade (art. 9). Mais le législateur n'y attache, quant à la partie générale de ce Code, aucune conséquence pratique : en matière de compétence et de procédure, les législations cantonales restent en vigueur. — Une innovation qu'on rencontre dans certaines législations nouvelles consiste à marquer la caractère propre des contraventions, soit en les réglementant dans une loi spéciale (loi polonaise du 11 juillet 1932 sur les contraventions), soit en leur affectant, dans le Code pénal, une *partie générale* distincte de celle qui concerne les crimes et les délits (nouveaux projets allemands). Le nouveau Code brésilien (1940) ne traite pas des contraventions.

pression est particulièrement importante, car elle n'intéresse pas seulement la société restreinte dont le délinquant fait partie, mais engage le sort de l'Etat. Elle s'inspire, presque exclusivement, des idées de pure défense et d'intimidation.

Les délits militaires sont prévus et réprimés par les Codes de justice militaire pour l'armée de terre (1928) et pour l'armée de mer (1938).

Le Code de justice militaire pour l'armée de terre, du 9 mars 1928, remplace celui du 9 juin 1857 ; une loi du 4 mars 1932, des décrets-lois de 1934 et de 1939 ont modifié divers articles¹. Le Code de justice militaire pour l'armée de mer, du 13 janvier 1938, succède à celui du 4 juin 1858².

171. Distinction des délits purement militaires et des délits mixtes. — Les délits qu'on appelle militaires, en donnant à cette expression un sens large, se divisent en deux catégories. Ce sont :

1^o Les délits *purement militaires*, qui consistent en un manquement aux obligations dont les militaires sont tenus, à raison de leur profession. On peut citer parmi eux les délits d'insoumission, de désertion, de refus d'obéissance à un supérieur ;

2^o Les délits militaires *mixtes*, c'est-à-dire les infractions susceptibles d'être commises par des civils, qui sont punies par le Code pénal ordinaire, mais qui, quand elles ont pour auteurs des militaires, sont frappées plus rigoureusement, en vertu de textes du Code de justice militaire. Il en est ainsi du port illégal d'uniforme, du vol d'effets militaires, du vol commis sur militaire blessé, malade ou mort au cours d'opérations de guerre, et du meurtre commis par un militaire sur la personne du civil chez lequel il avait été logé pendant la guerre. D'ailleurs, les infractions de droit commun, lorsqu'elles sont commises par des militaires, sont punies d'après les règles du Code pénal de 1810, mais relèvent, dans certains cas, comme on va le voir, des tribunaux militaires.

172. Intérêts de la distinction des délits militaires et des délits de droit commun. — Les intérêts qu'offre la distinction des délits de droit commun et des délits militaires sont multiples. Ils se présentent, à la fois, aux points de vue de la compétence, de l'organisation judiciaire, de la procédure, du régime pénal, des rapports internationaux. Cependant, une évolution qui se poursuit depuis un certain nombre d'années et qui a abouti à la loi du 9 mars 1928 portant révision du Code de justice militaire de 1857, rapproche peu à peu le droit pénal militaire du droit pénal commun.

173. a) La compétence des tribunaux militaires. — Elle est établie, en principe, *ratione personæ* : c'est-à-dire qu'elle s'applique aux infractions commises par des personnes appartenant à l'armée (de terre ou de mer). Mais cette règle subit, aujourd'hui, deux catégories d'exceptions en sens inverse.

Avant la loi du 9 mars 1928, la compétence de ces juridictions s'étendait

1. P. HUGUENY, *Traité théorique et pratique de Droit pénal et de Procédure pénale militaires*, Paris, Sirey, 1933, et les Suppléments.

2. P. HUGUENY, *Chronique, Revue de Science criminelle*, 1938, p. 322. GONFREVILLE, *Organisation et compétence des juridictions criminelles de la marine militaire*, Sirey, 1941.

à toutes les infractions dont les militaires se rendaient coupables¹. Depuis cette loi, elles ne connaissent, vis-à-vis des militaires eux-mêmes, que « des infractions spéciales d'ordre militaire prévues au livre II ci-après », c'est-à-dire des délits purement militaires et des délits mixtes². Les infractions de droit commun ne rentrent dans leur compétence que lorsqu'elles ont eu lieu « dans les casernes, quartiers, établissements militaires et chez l'hôte », c'est-à-dire l'habitant chez qui le militaire est logé ou cantonné (art. 2, *in fine*) ou dans le service³.

Inversement, la compétence des tribunaux militaires s'étend quelquefois aux infractions commises par des civils :

1° Lorsqu'il y a eu déclaration d'état de siège, c'est-à-dire en cas d'insurrection, de menace de guerre ou de guerre, elle s'élargit conformément à la loi du 9 août 1849. Elle est générale, à l'égard des militaires ou assimilés (art. 125.2°)⁴. Elle s'étend, vis-à-vis des civils, aux infractions qui troublent gravement l'ordre public ou qui compromettent la défense nationale, et dont l'énumération a été donnée par la loi du 27 avril 1916.

2° Il existe, en temps de guerre, une compétence exceptionnelle des tribunaux militaires, s'exerçant vis-à-vis de toute personne, quand l'armée se trouve sur le territoire français, en présence de l'ennemi (art. 164 et 165, Code de justice militaire, modifiés par la loi du 4 mars 1932). Cette compétence s'exerce à l'égard des infractions prévues par les articles 192 à 248 du Code de justice militaire, c'est-à-dire, outre les infractions purement militaires (désertion, insoumission, etc.), les attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, qualifiés trahison, espionnage... On verra plus loin qu'elle s'étend au cas d'occupation militaire d'un territoire étranger.

3° La compétence des tribunaux militaires a reçu une extension considérable par l'effet du décret-loi du 17 juin 1938, et surtout par celui du 29 juillet 1939 qui, abrogeant le précédent, a soumis à ces tribunaux, en temps de paix et en temps de guerre, la plupart des infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat (art. 75 à 83 du Code pénal) quelle que soit la qualité, civile ou militaire, de l'agent.

Il résulte, en effet, des articles 553 à 558 nouveaux du Code d'instr. criminelle (décret-loi du 29 juillet 1939) que relèvent, désormais, des tribunaux militaires et maritimes : 1° les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat, commis en temps de paix ou en temps de guerre ; 2° les délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, commis en temps de guerre ; 3° les

1. C'est ainsi qu'aujourd'hui encore, les marins sont justiciables des tribunaux maritimes pour tous crimes ou délits. Il n'est fait exception à cette règle qu'au cas de complices civils ou si l'infraction est commise au cours d'une permission, à condition, dans ce dernier cas, qu'il ne s'agisse pas d'une infraction militaire (Code de justice militaire pour l'armée de mer, art. 2, 3 et 7).

2. La question, pour les délits mixtes, donne lieu à controverse. Voir, notamment, en faveur de la compétence des tribunaux de droit commun à l'égard du vol entre militaires Crim., 16 mars 1929, *B. crim.*, n° 98, *Revue pénitentiaire*, 1929, p. 179 ; Crim., 18 mai 1931 *B. crim.*, n° 142, P. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 301 ; VIDAL ET MAGNOL, *Cours de Droit criminel*, n° 76-77, p. 113 ; HÉBRAUD, *Des Infractions de Droit commun commises par des Militaires en temps de paix (Etudes criminologiques, 1930, pp. 289 et suiv.)*.

3. Les mots dans le service ont été ajoutés par le décret-loi du 29 juillet 1939. P. HUGUENEY, Des modifications apportées par le décret-loi du 29 juillet 1939 au Code de justice militaire, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 693.

4. La qualité de militaire, en tant qu'elle influe sur la compétence, s'apprécie au jour de l'infraction : Crim., 14 déc. 1939, *D. H.* 1940, p. 41.

délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, commis en temps de paix, à l'exception des infractions à l'article 80¹ et de celles commises par un des moyens énumérés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (publications, discours, cris et menaces...).

D'autres innovations n'ont qu'une valeur temporaire :

a. Des décrets-lois des 15 et 20 mai 1940, intervenus au moment le plus critique des hostilités, ont, pour le temps de guerre, soumis à la compétence des tribunaux militaires tous individus arrêtés en flagrant délit pour l'un des crimes prévus et punis par le Code de justice militaire, pour attentat à la sûreté extérieure de l'Etat (art. 75 du Code pénal), à sa sûreté intérieure (art. 91 à 101 du Code pénal) et pour crime de pillage prévu par le décret du 1^{er} septembre 1939². Des modifications sont alors apportées à l'organisation de ces tribunaux; à la procédure suivie devant eux et aux voies de recours.

b. Des sections spéciales furent créées par la loi du 14 août 1941 auprès des tribunaux militaires ou maritimes pour connaître de toutes infractions pénales, quelles qu'elles soient, commises dans une intention d'activité communiste ou anarchiste.

Dans les parties du territoire où ne siégeaient pas de tribunaux militaires ou maritimes — c'est-à-dire dans les régions occupées — ces sections étaient instituées auprès des Cours d'appel (voir ci-dessous, n° 1173).

Ces tribunaux d'exception sont abolis par ordonnance du 7 octobre 1944. (*infra*, n° 1174).

c. En revanche, les faits commis entre le 16 juin 1940 et la libération du territoire sont soustraits aux tribunaux militaires et soumis aux Cours de justice (*infra*, n° 1173), lorsqu'ils révèlent l'intention de leurs auteurs de favoriser les entreprises de toute nature de l'ennemi.

174. b) Leur organisation. — Les tribunaux militaires sont distincts des tribunaux répressifs de droit commun. La loi du 9 mars 1928 a substitué ce terme « Tribunal militaire » à celui précédemment usité de « Conseil de guerre », pour éviter une confusion. En campagne, le « Conseil de guerre » se dit de la réunion des principaux lieutenants du commandant en chef appelés auprès de lui dans les circonstances graves pour recueillir leur avis sur la situation et les mesures à prendre.

Depuis la loi de 1928, le Tribunal militaire a pour président, en temps de paix, un magistrat civil (conseiller à la Cour d'appel, ou président de Chambre pour juger un officier supérieur³). Les tribunaux maritimes permanents, siégeant à terre, sont également présidés — sauf pour certaines infractions purement militaires — par un magistrat civil (Code du 13 janvier 1938, art. 13).

Le commissaire du gouvernement et le juge d'instruction auprès des tribunaux militaires et maritimes sont pris dans des corps autonomes, recrutés au concours⁴.

Les décrets-lois des 15 et 20 mai 1940 ont autorisé les tribunaux militaires siégeant aux armées et saisis d'une des infractions que ces décrets

1. L'article 80 (nouveau) du Code pénal vise l'entreprise de porter atteinte à l'intégrité du territoire français, et l'entretien, avec les agents d'une puissance étrangère, d'intelligences ayant pour objet de nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France.

2. Aux termes du décret du 1^{er} septembre 1939, les crimes de pillage prévus par les articles 440, 441 et 442 du Code pénal sont punis de mort en temps de guerre. En vertu du même texte, est également puni de mort tout vol commis dans une maison d'habitation ou dans un édifice évacués par leurs habitants par suite d'événements de guerre.

3. L. AULAGNON, Les pouvoirs du président du Tribunal militaire. *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 397.

4. L. DURBET, *Le Juge d'Instruction civil et le Juge d'Instruction militaire*, Paris, Jouve et C^{ie}, 1934.

soumettent à leur compétence, à se constituer en *Cours martiales*. Cette faculté a été plus tard étendue aux tribunaux militaires et maritimes permanents (loi du 10 décembre 1940) siégeant dans la Métropole ou aux colonies (loi du 16 juin 1941), même en l'absence de flagrant délit, et à l'égard de toutes infractions prévues par les Codes de justice militaire et les lois pénales ordinaires. La constitution en Cour martiale peut intervenir à tout moment de l'instance. Elle a d'importantes conséquences aux points de vue de la procédure et des voies de recours.

Les membres de la *section spéciale* appelée à connaître de l'activité communiste étaient désignés librement par les généraux commandant les divisions militaires et par les préfets maritimes. La section comprenait 5 officiers, dont un colonel ou capitaine de vaisseau, président.

175. c) La procédure suivie devant eux. — En droit commun, la procédure rigoureuse qu'avait instituée le Code d'instruction criminelle a été amendée par une loi du 8 décembre 1897, en vue d'augmenter les garanties de la défense. Une loi de 1899 a étendu à la justice militaire quelques-unes de ces garanties : elle a permis la participation du défenseur aux actes principaux de l'instruction. La loi de 1928 a assuré, en outre, l'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis du général. Jusqu'alors, la mise en jugement dépendait de ce dernier. Désormais, c'est le juge d'instruction militaire qui renvoie l'inculpé devant le Tribunal militaire. De plus, si la peine encourue est une peine criminelle (mort, travaux forcés, déportation, détention, réclusion), c'est une juridiction ordinaire, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, qui, saisie par le Procureur général, ordonne la mise en jugement.

La procédure suivie devant les tribunaux maritimes obéit aux mêmes principes.

Lorsqu'un tribunal militaire ou maritime est saisi d'une des infractions prévues par les décrets-lois des 15 et 20 mai 1940, dans les conditions prévues par ces décrets, aucune instruction n'est requise. L'inculpé peut être traduit directement devant le tribunal, même lorsqu'il s'agit d'une infraction pouvant entraîner la peine de mort.

Devant les Cours martiales, la procédure est plus sommaire encore. Aucun délai de comparution n'est exigé. L'accusation est soutenue par le commissaire du gouvernement sur l'ordre qui lui est donné par l'officier commandant la grande unité qui a donné l'ordre de citer.

La section spéciale compétente en matière d'activité communiste ou anarchiste était saisie directement, au cas de flagrant délit, sans délai ni instruction préalable. Hors le cas de flagrant délit, l'instruction avait lieu dans les huit jours. La section statuait dans les deux jours de la réception du dossier. Le défenseur, s'il n'était pas choisi par l'inculpé, était désigné d'office. Une procédure de contumace était organisée (loi du 14 août 1941, art. 5).

176. d) Les voies de recours. Quant aux *voies de recours* en temps de paix, le recours pour violation de la loi, qui précédemment était porté devant une juridiction militaire, le Conseil de révision, est soumis, depuis la loi du 17 avril 1906, à la Cour de cassation.

Des tribunaux militaires et maritimes de cassation fonctionnent en temps de guerre. Ils sont composés de magistrats et d'officiers supérieurs. Seuls, les tribunaux militaires et maritimes de cassation siégeant aux armées et à bord sont formés exclusivement d'officiers¹.

1. M. GONFREVILLE, *Organisation et compétence des juridictions criminelles de la marine militaire*, Sirey, 1941, pp. 100 et suiv. P. HUGUENY, *Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire*, Sirey, 1933, n° 41 et suiv., pp. 64 et suiv.

Les décisions des Cours martiales ne sont susceptibles d'aucun recours ni pourvoi en cassation. Elle sont exécutoires immédiatement (décrets-lois des 15 et 20 mai 1940.) Il en fut de même des décisions des sections spéciales (loi du 14 août 1941).

Le recours devant les tribunaux militaires de cassation a été supprimé en matière de crimes contre la sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat par le décret-loi du 20 mai 1940.

177. e) Les sanctions. — Il existe, pour les militaires, des peines spéciales, offrant quelque analogie, quant à leur dénomination et à certains de leurs effets, avec les peines de l'échelle politique. Ce sont : la destitution, la détention, la peine des travaux publics, qui se subissait précédemment en Algérie, la dégradation militaire. La loi de 1928 a supprimé la peine des travaux publics qui, depuis 1925, s'exécutait dans la métropole. Elle a supprimé la parade qui accompagnait la dégradation militaire. Elle a créé, en revanche, pour les officiers, une peine nouvelle, la perte du grade.

178. f) La mesure de la peine. — A l'origine, le système des circonstances atténuantes et celui du sursis, qui contribuent de façon si efficace à l'adoucissement de la répression, étaient étrangers à la justice militaire. Ils lui ont été étendus, pour le temps de paix, par les lois de 1901 et de 1904, et plus tard, pour le temps de guerre. Le Code de justice militaire, à la différence du Code pénal, n'aggrave pas les peines à raison de l'état de récidive. — En principe, les condamnations prononcées par les tribunaux militaires n'entrent pas en compte pour la relégation.

179. g) L'extradition. — L'extradition n'est pas accordée pour les délits militaires ; cependant, on fait exception, dans l'intérêt de la navigation, pour les marins déserteurs, dont l'extradition est soumise à un régime spécial.

180. Distinction des délits résultant du Code pénal, et des infractions prévues par des lois postérieures. — La distinction des délits prévus par le Code pénal et de ceux prévus par des lois postérieures ne correspond à aucune différence touchant la compétence ou la nature de la peine.

La création d'incriminations nouvelles, depuis le Code pénal, s'explique par les changements qui sont intervenus dans les conditions économiques et sociales. Un certain nombre d'entre elles ont été insérées dans le Code pénal. Cette méthode ne pouvait être suivie de façon constante sans risquer d'en surcharger le texte et d'en troubler l'équilibre. Le départ, malheureusement, a été fait sans conception préordonnée, au gré des innovateurs. Des lois réglant des matières essentielles, comme le sursis, la relégation, sont en dehors du code. Il appartiendra aux auteurs d'un nouveau Code pénal d'introduire, à cet égard, plus de méthode.

Le seul intérêt pratique qu'offrit la distinction des délits prévus par le Code pénal et des infractions qu'ont créées des lois postérieures a disparu à l'époque récente. Aux termes de l'article 463, le régime des circonstances atténuantes n'était applicable de plein droit qu'aux infractions prévues par le Code pénal. Or, il résulte de la loi du 29 décembre 1928 modifiant cet article, que désormais, *sauf disposition expresse, le bénéfice des circonstances atténuantes peut être accordé par le juge à l'auteur de tout délit, qu'il soit prévu par le Code pénal ou par une loi spéciale.*

§ 3. — Classification des infractions fondée sur l'élément matériel du délit

181. Distinction des délits de commission et des délits d'omission. — Une distinction qui a précédemment été exposée et sur laquelle il est inutile d'insister est celle des délits de commission, qui consistent dans un fait positif, et des délits d'omission qui consistent dans une abstention. Rappelons la question délicate que soulève la catégorie intermédiaire des délits de commission par omission.

182. Distinction des délits instantanés et des délits continus. — Une distinction nouvelle est celle des délits instantanés et des délits continus¹.

Le délit *instantané* est celui qui s'accomplit en un trait de temps, par une action de courte durée. Ainsi, le vol est consommé au moment où la soustraction frauduleuse, qui en est l'élément matériel, s'est réalisée.

Le délit instantané peut être, soit un délit de commission, soit un délit d'omission. Il peut consister, en effet, dans une abstention coupable, par exemple le fait par un étranger qui vient s'établir en France d'omettre la déclaration que la loi lui prescrit.

Le délit *continu* — ou *successif* dans la terminologie judiciaire — consiste dans un fait qui se prolonge ou se renouvelle un certain temps. A cette catégorie appartiennent des délits de commission, tels que le port illégal de décorations (art. 259, C. pénal), la séquestration arbitraire (art. 341), l'abus de blanc-seing (art. 407)², le recel de choses (art. 460), mais aussi des délits d'omission. Citons, par exemple, le délit de non-représentation d'enfant (art. 357 C. pénal)³, le délit de non-versement, par un patron, des cotisations dues en vertu de la loi sur les assurances sociales⁴, l'inexécution, par un entrepreneur, des travaux que lui impose le cahier des charges⁵.

183. Intérêts pratiques de la distinction. — La distinction des délits instantanés et des délits continus offre des intérêts multiples.

Tout d'abord, en ce qui touche *la durée de la prescription de l'action publique* : celle-ci ne commence à courir qu'à partir de la consommation du délit. Quand il s'agit d'un délit continu, l'action publique ne commence à se prescrire qu'à partir du moment où l'acte délictueux a pris fin. Ainsi, pour le recel, le point de départ de la prescription est le moment où le receleur a cessé d'être en possession de l'objet.

La distinction des délits instantanés et des délits continus offre un second intérêt en ce qui touche *la sévérité de la peine*. Il arrive que le législateur proportionne la sévérité de la peine à la durée de l'infraction. C'est

1. GARÇON, *Etude sur les Délits continus ou successifs* (Journ. du Min. public, 1914); Bernard PERRÉAU, *De la Notion de Délit continu en Doctrine et en Jurisprudence* (Travaux de la Conférence de Paris); Paul ESMEIN, *Y a-t-il des Infractions continues ?* (Revue intern. de Droit pénal, 1924, p. 111).

2. Crim., 11 juin 1936, S., 37, 1, 315.

3. Crim., 30 juin 1937, D. H., 37, 455; CARRIVE, *Chronique, Revue de Science criminelle*, 1937, p. 709.

4. Crim., 4 août 1937, S., 38, 1, 357; 18 nov. 1937, S., 39, 1, 80. Mais voir le changement que le décret-loi du 28 oct. 1935, succédant à la loi du 30 avril 1930, a apporté à la construction juridique de ce délit.

5. Crim., 2 nov. 1945, D., 1946; J., 38.

ainsi qu'aux termes des articles 341 et suivants du Code pénal, la séquestration arbitraire est punie des travaux forcés à temps ou des travaux forcés à perpétuité, suivant qu'elle s'est prolongée plus ou moins longtemps.

La distinction des délits instantanés et des délits continus présente encore un intérêt en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps. Supposons qu'une loi nouvelle vienne modifier, en l'aggravant, la peine de la séquestration arbitraire. Une conséquence de la règle *Nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege* est que cette loi nouvelle ne s'applique qu'aux faits commis postérieurement à sa promulgation ; elle ne peut pas rétroagir¹. Si donc la séquestration qui avait commencé auparavant s'est prolongée après la promulgation de cette loi, mais à cette condition seulement, ses auteurs subiront l'effet de cette rigueur supplémentaire.

La jurisprudence a fait application de la même idée à la suite de la loi de 1901 sur les associations, qui est venue imposer la dissolution de certaines congrégations. Des poursuites furent intentées contre les membres de congrégations qui, après le délai de trois mois imparti par la loi pour se conformer à ses prescriptions, avaient continué à vivre en communauté².

Le quatrième intérêt de la distinction se rapporte à la détermination de la compétence judiciaire dans les rapports de droit interne ou de droit international.

Il peut arriver que l'état délictueux se prolonge sur le territoire de plusieurs départements français, ou sur celui de plusieurs Etats. La compétence criminelle étant déterminée par le lieu du délit, il existe, dans ce cas, une compétence concurrente au profit des juridictions de ces différents territoires. En droit interne, la solution est la suivante : quand un délit continu, le recel par exemple, s'est perpétré sur le territoire de plusieurs départements, chaque tribunal est compétent et c'est la prévention qui décide³. Dans les rapports internationaux, une solution analogue est consacrée, par certains accords, pour quelques délits spécifiés. Il en est ainsi pour le délit de traite des blanches (Convention de Paris de 1902) et pour le délit de publications obscènes (Convention de Paris, de 1910).

Un cinquième et dernier intérêt concerne l'autorité de la chose jugée. Si, au sujet d'un délit continu, un jugement a déjà été rendu, et si depuis ce jugement, l'état délictueux s'est prolongé, l'exception de chose jugée ne peut être opposée à une nouvelle poursuite. Rien ne met obstacle à ce qu'une condamnation intervienne⁴.

184. Du critérium. — Quel est le critérium permettant de distinguer les délits instantanés et des délits continus ? Il faut éviter une confusion. On doit se garder de confondre le *délit continu* et le *délit permanent*.

1. Crim., 23 déc. 1925, S., 27, 1, 199 ; 2 juillet 1926, S., 27, 1, 393.

2. Crim., 6 nov. 1902, S., 1903, 1, 377 ; 12 août 1904, D. P. 1904, 1, 595.

3. Crim., 21 août 1922, S., 23, 1, 237. La Cour de cassation a fait récemment l'application de cette idée aux délits d'injure et de diffamation par la voie de la presse : Crim., 16 mai 1936, *Rec. Gaz. Pal.*, 1936, 2, 314. Elle a renoncé, avec raison, à sa jurisprudence antérieure, d'après laquelle il y avait « autant de délits distincts que de juridictions dans le ressort desquelles la publication avait été faite ». Crim., 4 juillet 1896, S., 97, 1, 201, note ROUX, Cf. HUGUENY, *Chronique (Revue de Science crim.)*, 1936, p. 552.)

4. Crim., 31 août 1922, S., 23, 1, 237 ; 31 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 18 juin 1926 ; 10 avril 1930, *D. H.*, 30 p. 302 ; 24 avril 1931, S., 31, 1, 318. Voir encore, pour l'infraction à un arrêté d'expulsion : Crim., 20 oct. 1932, S., 35, 1, 33, etc. ; au sujet du délit de non-représentation d'enfant : Crim., 5 nov. 1936, *D. H.*, 36, p. 573.

Le délit *permanent* peut être instantané, en ce sens qu'il est susceptible de s'accomplir en un court moment ; mais il présente ceci de particulier qu'il crée un état de choses qui dure, alors que l'action délictueuse a pris fin. Soit le fait par un propriétaire d'exhausser une maison au-dessus du niveau permis par les règlements¹. C'est un délit instantané, mais permanent. En conséquence, la prescription court, pour ce délit, à partir du moment où l'exhaussement incriminé a eu lieu².

Le caractère distinctif des délits continus est assez délicat à déterminer. Prenons un exemple : le vol ; il est regardé aujourd'hui par les tribunaux comme un délit instantané, qui est consommé dès l'instant où le voleur a mis la main sur l'objet dérobé. Mais le vol n'a pas toujours été traité comme un délit instantané. Au xvi^e siècle notamment, d'après la doctrine de Bartole³, le vol était considéré comme se prolongeant aussi longtemps que le voleur demeurait en possession de l'objet dérobé. Cette solution se retrouve aujourd'hui dans la jurisprudence anglo-américaine. Elle présente cet avantage que, la compétence étant fondée sur le lieu du délit, le voleur pourra, d'après ce système, être poursuivi et jugé sur tout territoire où il aura été trouvé en possession de l'objet. Aussi, cette solution est-elle consacrée *odio furum*, en haine des voleurs, comme on disait autrefois.

La question est difficile pour les infractions qui n'ont pas été l'objet, dans la loi, d'une définition explicite. Pour les autres, il convient de se reporter au texte légal et de déterminer, d'après lui, si on est en présence d'un délit instantané ou d'un délit continu.

Soit, par exemple, la bigamie. On peut être tenté de la considérer comme un délit continu, qui se prolonge aussi longtemps que persiste la seconde union. Or, c'est une solution différente qui résulte, d'une façon certaine, des termes de l'article 340 ; la bigamie est consommée au moment où est *contracté* le second mariage. La bigamie est donc, dans le droit français, un délit instantané.

Une question analogue, et à laquelle il faut donner une solution identique, concerne le délit d'embarquement clandestin à bord d'un navire de commerce, prévu par la loi du 30 mai 1923. Les gens qui s'embarquent ainsi sont généralement des passagers sans billet, ou parfois des professionnels de la traite des blanches. Ce délit doit être considéré comme un délit instantané ; il résulte des termes de la loi que l'infraction est consommée dès que le passager est monté à bord⁴.

185. Distinction des délits simples et des délits d'habitude. — La seconde distinction fondée sur la considération de l'élément matériel est celle des délits *simples* et des *délits d'habitude*.

1. Crim., 23 déc. 1925, S., 27, 1, 199 ; 2 juillet 1926, S., 27, 1, 393.

2. Crim., 23 déc. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 296, 19 déc. 1930, *D. P.*, 34, 1, 53, note MINVIELLE, S., 32, 1, 160. Voir de même, au sujet de l'exécution de travaux entrepris dans un lotissement contrairement aux conditions fixées par l'autorité préfectorale ; Crim., 16 déc. 1938, *D. H.*, 39, 133 ; 1^{er} mars 1939, *Gaz. Pal.*, 30 avril 1939. La prescription commence à courir dès l'achèvement des travaux.

3. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Etude du Droit pénal International*, p. 139.

4. La jurisprudence pose en principe que la désertion est un délit *instantané*. (Crim., 18 août 1921, *B. crim.*, n° 353, p. 390 ; 15 janv. 1926, *B. cr.*, n° 20, p. 35). Mais elle n'admet pas toutes les conséquences juridiques de cette qualification. P. HUGUENY, *Chronique, Revue de Science criminelle*, 1937, p. 316.

Le délit simple est constitué par un fait unique ; le délit d'habitude résulte de la commission de plusieurs faits, dont chacun, pris isolément, ne tomberait pas sous le coup de la loi, mais dont la succession est prévue et punie par la loi pénale.

Citons, par exemple, le délit d'*excitation de mineur à la débauche*, prévu par l'article 334 bis du Code pénal. Un seul fait de cette nature, si manifestement immoral qu'il apparaisse, ne suffit pas à exposer son auteur aux rigueurs de la loi pénale¹. Pour que la peine de l'article 334 bis du Code pénal, qui s'élève à l'emprisonnement de 2 ans à 5 ans et à l'amende de 50.000 à 500.000 francs, soit encourue, il faut que plusieurs faits de cette nature aient été successivement commis par le même agent, soit au préjudice de mineurs différents, soit au préjudice du même mineur².

Citons encore le recel de malfaiteurs (art. 61, C. pénal), la mendicité (art. 274 et 275) et, en vertu de la loi du 30 novembre 1893, article 16, aujourd'hui modifié par la loi du 26 mai 1941, l'*exercice illégal de la médecine*.

Citons enfin, comme exemple actuel, le délit créé par la loi du 2 avril 1941 qui, pour assurer la stabilité de l'union conjugale, punit l'offre publique de services en vue d'une procédure de divorce ou de séparation de corps. Lorsque l'offre de services a lieu par un procédé autre que la presse ou l'affichage, par exemple au moyen de lettres, circulaires, visites, démarches, la loi exige la pluralité des actes, c'est-à-dire que des procès de divorce ou de séparation de corps aient été provoqués³.

Jusqu'à une époque récente, on pouvait mentionner encore le *délit d'usure*. Aux termes de la loi du 19 décembre 1850, un prêt usuraire unique entraînait simplement une sanction civile. L'article 2 de la même loi frappait en revanche l'*habitude*, c'est-à-dire le fait, par un même agent, d'avoir consenti successivement, soit à un emprunteur unique, soit à des emprunteurs différents, des prêts portant stipulation d'intérêts dépassant le maximum autorisé par la loi. La peine consistait dans un emprisonnement de six jours à six mois, et une amende pouvant atteindre la moitié des capitaux prêtés à usure.

Ce délit disparut, temporairement, par l'effet de la loi du 18 avril 1918, qui supprima toute limitation du taux des intérêts conventionnels.

Le décret-loi du 8 août 1935 l'a fait revivre, mais avec un caractère sensiblement différent. L'usure est constituée, en l'absence d'un maximum fixe du taux des intérêts conventionnels, quand les intérêts stipulés dépassent de plus de moitié le taux moyen pratiqué par des prêteurs de bonne foi⁴. Un certain pouvoir d'appréciation est donc laissé au juge. Un prêt usuraire unique détermine l'application d'une peine pécuniaire. La peine,

1. Toutefois, il en est autrement, depuis la loi du 12 avril 1946 (*infra*, n° 426) quand le mineur a moins de 16 ans. Un fait *occasionnel* tombe sous le coup de la loi pénale.

2. Crim., 22 juillet 1880, D. P., 81, 1, 91 ; S., 81, 1, 64. Même décision au sujet de l'avortement. L'art. 317, § 2, du Code pénal frappe d'une peine aggravée celui qui s'est livré *habituellement* à des manœuvres abortives. Jugé qu'encourt cette peine celui qui, à l'occasion de deux grossesses successives, s'est rendu coupable de ces manœuvres à l'égard d'une même personne : l'habitude est caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs, quelle que fut l'identité de la victime. Crim. 24 mars 1944, D. A., 1944, J. 75. Cf. note LEBRUN, D. C., 1941, J. 80-81.

3. Voir le commentaire de M. CARBONNIER, D. C., 1941, L. 61, et la note de M. LEBRUN D. C., 1941, J., 78. Cette disposition (art. 5 de la loi) est validée par l'ordonnance du 12 avril 1945 sur le divorce et la séparation de corps. A. BRETON, L'ordonnance du 12 avril 1945 et la loi du 18 mars 1946 sur le divorce et la séparation de corps, J. C. P., 1946, 1, 575.

4. Crim., 22 avril 1941, D. C., 1941, 1, 71, note NAST.

au cas de récidive, comporte, en outre, l'emprisonnement. Le délit d'usure a donc cessé d'être un délit d'habitude¹.

Le vagabondage spécial, ou délit des souteneurs, a cessé également d'être compris dans la catégorie des délits d'habitude : loi du 20 juillet 1940, ci-dessous, n° 874.

Tandis que le délit continu suppose une action unique, qui se prolonge, le délit d'habitude consiste dans la succession de plusieurs actes : deux au minimum².

186. Intérêts pratiques de la distinction. — Les intérêts de la division des délits en délits simples et délits d'habitude sont multiples. Ils concernent, en premier lieu, l'*action civile*, c'est-à-dire l'action en dommages-intérêts intentée par la victime, et que celle-ci est autorisée, quand le délit civil a le caractère d'une infraction à la loi pénale, à porter devant les juridictions répressives.

Il est admis par la jurisprudence que l'habitude délictueuse, constitutive d'une infraction à la loi pénale, existe, alors même que les faits successifs ont été commis au préjudice de la même personne. Mais supposons la situation inverse ; supposons que différents faits constitutifs d'une habitude délictueuse aient été accomplis au préjudice de personnes différentes ; chacune n'a eu à souffrir que d'un seul de ces faits, dont l'ensemble seul peut être poursuivi comme délit. Chacune d'elles peut agir en dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382 du Code civil, devant le Tribunal civil, mais elle ne peut se constituer partie civile devant le Tribunal correctionnel. Elle ne peut, en effet, prétendre qu'elle a été victime d'une infraction à la loi pénale (Crim., 15 mars 1919, S., 1921, 1, 387)³.

La distinction présente encore un intérêt en ce qui touche la *prescription de l'action publique et de l'action civile*. Les deux actions sont solidaires et s'éteignent par le même laps de temps. Lorsqu'on est en présence d'un délit d'habitude, la prescription ne commence à courir qu'à partir du dernier acte constitutif de l'habitude.

187. Détermination de l'habitude punissable. — Combien d'actes illicites doivent-ils s'être succédé pour que leur ensemble constitue une habitude punissable ? Cette question a fait l'objet, à l'étranger, de solutions divergentes. Nos tribunaux usent en général du pouvoir que le silence de la loi leur a laissé pour admettre que la succession de deux actes suffit à constituer l'habitude. Une question qui les a divisés, et qui a également partagé la doctrine, est celle de savoir s'il faut prendre en considération, pour la constitution de l'habitude, les actes antérieurs *même séparés les uns des autres par une durée supérieure à celle de la prescription*. La solution qui a prévalu en jurisprudence, c'est la solution répressive. Ces faits isolés, a-t-on dit, n'étant pas, pris isolément, des infractions à la loi pénale, la prescription ne les concerne pas, ne les atteint pas⁴.

Il semble que la solution serait plus logique. Puisque la prescription

1. CAPITANT, *La Répression de l'Usure* (D. H. Chron., 1935, pp. 61 et suiv.) ; E. DE LAGRANGE, *Le Délit d'Usure* (Revue de Science criminelle, 1936, pp. 493 et suiv.).

2. Poitiers, 16 août 1940, D. A., 1941, J., 58.

3. De même : Crim., 23 mai 1868, S., 69, 1, 144 ; 20 janv. 1888, S., 89, 1, 281.

4. Crim., 30 déc. 1853, S., 54, 1, 404 ; 7 août 1925, S., 27, 1, 40.

éteint l'action publique à l'égard d'une infraction que l'on répute oubliée lorsqu'un certain temps s'est écoulé, il semble qu'à plus forte raison, le temps devrait faire son œuvre à l'égard des faits moins graves, dont le caractère délictueux est moins marqué¹.

Au point de vue de la compétence criminelle, il est admis par nos tribunaux qu'on ne doit tenir compte, pour la constitution du délit d'habitude, que des faits perpétrés sur le territoire national. Les infractions commises à l'étranger n'entrent pas en ligne de compte.

En bonne justice, c'est là une solution choquante ; le coupable n'est pas moins dangereux, du fait que son activité délictueuse s'est exercée en partie sur un territoire étranger. Il y aurait lieu d'étendre aux délits d'habitude la solution différente que des accords internationaux ont déjà fait entrer dans la pratique à l'égard de certains délits continus.

188. Distinction du délit d'habitude et du délit collectif par unité de but. — Il faut se garder de confondre les délits d'habitude avec les délits collectifs par unité de but. Le délit collectif par unité de but suppose, lui aussi, une succession de faits, qui sont envisagés et punis, dans leur ensemble, comme constituant une infraction ; mais chacun de ces actes, pris isolément, est une infraction. Des cambrioleurs se sont introduits dans un appartement. Ils ont emporté plusieurs meubles. Chaque fois qu'ils ont pris un meuble, ils ont commis un vol. On les poursuit cependant pour une seule infraction ; c'est un délit collectif par unité de but². Ce qui crée l'unité de l'infraction, c'est que ces actes successifs procèdent d'une pensée unique : il y a unité de but. Cette qualification tient compte à la fois de l'élément matériel et de l'élément moral du délit³.

189. Distinction des délits matériels et des délits formels. — Il existe, en quatrième lieu, une classification établie en considération de l'élément matériel et de l'élément légal. C'est la distinction des délits matériels et des délits formels.

1. En ce sens : Rennes, 21 mai, 1879, S., 80, 2, 73 ; Dijon, 9 mai 1928, D. H., 28, 368. GARRAUD, *Précis...*, 15^e éd., 1934, n° 353, p. 737.

2. Voir encore Crim., 4 nov. 1848, P., 50, 1, 32 ; Trib. cofr. Seine, 2 mai 1895, *Lois nouvelles*, 1895, 2, 242 : violation répétée d'une disposition réglementaire par le même patron au préjudice du même ouvrier ; Crim., 13 janv. 1934, *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 447 : abus de confiance constitué par une succession d'actes dans la gestion d'un même patrimoine ; Crim., 11 juin 1936, *Semaine juridique*, 1936, p. 1114 ; abus de blanc seing qui se renouvelle chaque fois qu'il est fait usage de l'écrit incriminé ; Crim., 18 déc. 1936, *Gaz. Pal.*, 20 janvier 1937. De même, au sujet du délit de publication de faits faux par un administrateur de société anonyme afin d'obtenir des souscriptions ou des versements (loi du 24 juillet 1867, art. 15). L'infraction est commise autant de fois que des souscriptions et des versements ont été obtenus (Crim., 15 fév. 1917, *Rev. des Soc.*, 1917, 17). C'est à partir du dernier versement effectué que la prescription de l'action publique commence à courir ; Crim., 26 janv. 1938, S., 39, 1, 49, note H. ROUSSEAU.

— AUX termes du Code pénal vénézuélien (1926), art. 99, on considère comme un seul fait punissable les violations successives de la même disposition pénale, même commises à différentes reprises, du moment qu'il s'agit d'actes d'exécution de la même résolution délictueuse ; mais la peine est élevée du 1/6 à 1/2. Dispositions analogues dans les Codes cubain (1938), art. 23 et colombien (1938), art. 32.

3. Signalons la disposition originale du nouveau Code pénal roumain (art. 107) qui, tout en admettant l'unité d'infraction, prévoit, pour le délit collectif par unité de but, une aggravation facultative de la peine.

Il y a délit matériel quand le législateur, en définissant l'infraction, a considéré comme un élément constitutif de celle-ci le résultat produit, le préjudice infligé à la victime. C'est ainsi qu'on n'est en présence d'un meurtre que si la mort d'une personne est résultée de l'action commise. L'article 295 du Code pénal s'exprime en effet en ces termes : *L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.*

Il en est ainsi de la plupart des infractions à la loi pénale.

Toutefois, on trouve des délits qui, exceptionnellement, sont regardés par la loi comme consommés avant même que le résultat poursuivi par l'agent ait été atteint. Si l'empoisonnement était un délit matériel, comme le meurtre, il ne serait regardé comme consommé que lorsqu'il aurait causé la mort de la victime. Or l'article 301 du Code pénal dispose : *Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées et quelles qu'en aient été les suites.*

L'empoisonnement est donc consommé à partir de l'instant où les substances nocives ont été absorbées par la victime.

L'intérêt de cette distinction se présente surtout en ce qui concerne la tentative, qui sera étudiée plus loin.

190. Distinction des délits flagrants et des délits non flagrants.

— Enfin, en se plaçant au double point de vue de l'élément matériel et de l'élément légal, on distingue les *délits flagrants* et les *délits non flagrants*.

Le délit flagrant, d'une façon générale, est celui qui vient de se commettre au moment où l'auteur est surpris, et à l'égard duquel les preuves sont encore saisissables. Le délit non flagrant, c'est, au contraire, celui qui a été commis depuis un certain temps, et dont les preuves sont moins certaines.

La notion du délit flagrant et du délit non flagrant est susceptible de modalités. Elle varie selon les cas où il en est fait application ; mais comme ces cas se rapportent presque tous à la procédure criminelle, il faut se contenter, ici encore, d'un renvoi. Signalons simplement les dispositions des articles 97 et 98 du Code pénal, qui punissent les individus faisant partie de bandes séditionnelles, à condition qu'ils soient saisis sur les lieux. C'est un cas exceptionnel où la distinction du délit flagrant et du délit non flagrant présente un intérêt au point de vue du droit pénal.

§ 4. — Classification des infractions fondée sur l'élément moral du délit

191. Classification dépendant de l'élément intentionnel. Rappel.

— Nous avons établi, dans cet ordre d'idées, une classification fondamentale. C'est la division fondée sur l'élément intentionnel. On distingue à ce point de vue :

1° Les infractions *intentionnelles*, qui supposent chez l'agent la connaissance du caractère délictueux de l'acte. On sait que les crimes, et la plupart des délits, sont des infractions intentionnelles ;

2° Les délits *d'imprudence*, qui existent en l'absence d'intention, mais

qui supposent une faute positive, une imprudence, ou une faute négative, une négligence¹;

3° Les délits *purement matériels* qui sont généralement des contraventions de simple police. Ils sont punis sur la simple constatation de la transgression délictueuse, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'intention délictueuse, ou l'existence d'une faute. La faute est présumée. (Chambre criminelle, 19 mai 1926, *D.H.*, 1926.348).

Le caractère distinctif du délit *purement matériel* n'est pas facile à préciser. Il est vrai que les contraventions de simple police comportent, pour la plupart, cette qualification ; mais elle ne leur est pas réservée. Il est vrai encore que beaucoup de délits matériels consistent dans une *omission* ; et que la peine qui les atteint est relativement faible. Mais ces divers critères n'ont pas, non plus, de valeur absolue ni constante.

De même, il est faux de prétendre — bien que cette opinion soit assez commune² — qu'il existe, à l'égard des délits *stricto sensu*, une présomption en faveur du caractère intentionnel de l'infraction. Une telle présomption n'a aucun fondement légal.

Il est plus vrai de dire que les délits purement matériels sont des infractions à des mesures de police, « à des prohibitions formelles d'ordre public levées seulement dans certains cas déterminés »³.

192. Autres classifications. — C'est également au point de vue de l'élément moral qu'on se place quand on veut caractériser les *délits complexes* et les *délits connexes*, et quand on pénètre dans la distinction des infractions de droit commun et des infractions politiques.

1. Le dol et l'imprudence s'associent dans le cas du *délit préintentionnel*, qui est l'objet, à l'étranger, de certaines prévisions législatives. Par suite d'une maladresse dans l'exécution, les conséquences de l'activité délictueuse ont dépassé l'intention de l'agent. Le Code cubain de 1938, art 31 et 71, institue, pour ce cas, un réduction forfaitaire de la peine. La peine afférente au délit effectivement commis est prononcée, mais diminuée d'1/4 à 1/2. Cf. en France, le crime de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, art. 309, al. 4.

2. Voir, par exemple : Paris, 22 oct. 1937, *D. P.*, 37, 2, 97 ; Bordeaux, 18 avr. 1940, *Gaz. Pal.*, 23 juin-6 juillet 1940. Cette présomption se trouve dans certains codes étrangers : Code vénézuélien (art. 61) pour les *délits* ; cubain, art. 18.

3. PROVENT, Quelques singularités du décret-loi du 1^{er} juillet 1937 sur la hausse illégitime des prix. *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 242. — Jugé que sont des délits intentionnels : la falsification de chèque, l'émission de chèque sans provision : *Crim.*, 18 fév. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 1, 587 ; la déclaration sciemment inexacte d'avoirs à l'étranger, et l'absence de déclaration, prévues par l'article 101 du décret de codification du 15 oct. 1926, et frappées des peines portées à l'article 366, C. pénal contre le faux serment en matière civile : *Crim.*, 11 avril 1938, *D. H.*, 38, 405. C'est sans doute, la référence à la peine du faux serment — délit certainement intentionnel — qui a déterminé la Cour de cassation. — La Cour suprême a jugé en revanche que le délit de hausse injustifiée des prix, prévu par le décret-loi du 1^{er} juill. 1937, est un délit *purement matériel* : *Crim.*, 26 oct. 1938, *D. H.*, 38, 578. Ce décret renferme une mesure de précaution. Il tend à prévenir la hausse des prix, plus encore qu'à la réprimer. On est en présence d'une infraction à une prohibition policière. Voir dans le même sens, depuis la loi du 21 oct. 1940 : LEVASSEUR, *Commentaire de la loi du 21 oct. 1940*, *J. C. P.*, 1941, I., 183 ; du même : *Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix*. *J. C. P.*, 1943, I., 370. De même, sont purement matériels : le délit d'infraction à un arrêté d'expulsion : *Trib. corr. Bordeaux*, 25 avril 1940, *Gaz. Pal.*, 1-2 mai 1940. (Contre l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux du 18 avril 1940, *Gaz. Pal.*, 23 juin-6 juill. 1940) ; le fait, par une étrangère, d'avoir omis de faire renouveler, dans les délais légaux, sa carte d'identité. *Crim.*, 23 juin 1939, *Gaz. Pal.*, 25 août 1939 ; le délit de création ou d'extension de commerce : *Crim.*, 17-24 mars 1944, *D. A.*, 1944, *J.*, 91 ; l'infraction aux lois concernant l'organisation et la défense du marché du blé : *Crim.*, 3 fév. 1944, *D. A.*, 1944, *J.*, 92.

193. Des délits connexes. — La notion de *connexité* présente surtout et presque exclusivement son intérêt en ce qui concerne la compétence et la procédure. La définition de la connexité est fournie par l'article 227 du Code d'instruction criminelle : *Les délits sont connexes, soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou en partie, recélées.*

Il est admis que l'article 227 contient une énumération énonciative, et non limitative, des cas de connexité¹.

On est en présence d'un délit connexe, dans le cas de *rixes*. La rixe n'est pas incriminée comme un délit distinct ; elle consiste dans un ensemble de faits-délictueux, dans une succession de coups et blessures qui sont liés les uns aux autres par un rapport de coïncidence.

Il y a encore connexité lorsqu'une bande de malfaiteurs se réunit pour concerter l'exécution d'une série de vols. Le plan établi, les voleurs se séparent et chacun agit de son côté. Il y a intérêt, étant donné l'unité de la pensée pénale, à ce que tous ces voleurs soient jugés dans une même instance.

Quand un individu, ayant commis un vol, commet ensuite un meurtre pour faire disparaître un témoin gênant de ce vol, il y a encore connexité.

L'intérêt capital de la connexité concerne le régime de la compétence et de la procédure. Elle influe, exceptionnellement, sur la pénalité. C'est ainsi qu'à l'égard du meurtre commis en vue de faciliter la perpétration d'un délit, un vol par exemple, la peine de mort se substitue aux travaux forcés (art. 304, C. pénal).

194. Distinction du délit connexe et du délit collectif par unité de but. — Le délit connexe ressemble au délit collectif par unité de but. Cependant, il ne faut pas confondre l'un avec l'autre.

1° Dans le délit collectif par unité de but, il s'agit d'une série de faits qui se sont succédés, mais qui sont de même nature, tandis qu'au cas de connexité, les infractions peuvent être différentes. Ce peut être, par exemple, un vol suivi d'un meurtre ;

2° Le délit collectif par unité de but suppose la simultanéité ; au contraire, entre les délits connexes, la simultanéité peut ne pas exister.

195. Distinction des délits connexes et des délits complexes. — Il ne faut pas confondre les délits connexes avec les *délits complexes*. Ce terme de délit complexe est sujet à des interprétations différentes.

1° On désigne quelquefois par délits complexes les délits qui sont constitués par des agissements de nature différente, qui se succèdent dans le temps et dont l'ensemble forme une seule infraction. Soit, par exemple, l'escroquerie. Aux termes de l'article 405 du Code pénal, les manœuvres frauduleuses, puis la remise, par la dupe, de la chose convoitée, sont les éléments essentiels du délit. Ainsi l'escroquerie suppose : 1° l'usage d'une

1. *Crim.*, 6 déc. 1907, *S.*, 1908, 1, 433 ; 30 mai 1930, *S.*, 33, 1, 195.

fausse qualité ou l'emploi de manœuvres frauduleuses dans un des buts précisés par la loi ; 2° la remise d'une somme d'argent ou de valeurs mobilières qui s'en est suivie ;

2° On désigne parfois aussi sous le terme de délit complexe un fait illicite, qui constitue à lui-seul plusieurs infractions à la loi pénale : soit le fait de celui qui, d'un seul coup de fusil, tue ou blesse plusieurs personnes. Ou bien, le même acte matériel contient la violation de plusieurs textes. Il en est ainsi, par exemple, d'une escroquerie qui a été commise au moyen d'un faux (art. 405, 147 et suiv). On désigne parfois cette dernière situation par le terme *cumul idéal d'infractions*, et c'est sous cette désignation qu'elle sera plus tard étudiée ;

3° Enfin, on désigne parfois par *délit complexe* celui qui, si on envisage le fait matériel qui le constitue, est un délit de droit commun, mais qui, si on considère le but poursuivi par l'auteur, est un délit politique. Dans ce sens, le type classique du délit complexe est le meurtre d'un chef d'Etat.

196. Distinction des infractions politiques et des infractions de droit commun. — La distinction des infractions politiques et des infractions de droit commun est une de celles qui offrent le plus grand intérêt.

197. Du caractère particulier de la délinquance politique. — Les auteurs de délits politiques bénéficient, dans l'opinion publique, d'une sorte de faveur. L'idéal qu'ils ont voulu servir et auquel ils se sont dévoués, le mobile généralement désintéressé qui a guidé leur conduite légitimement l'indulgence dont ils doivent être, et dont, croit-on généralement, ils sont l'objet. L'état présent de la législation française est loin de condamner cette opinion. Mais on aurait tort de lui prêter une valeur absolue, constante, universelle. Elle ne doit être accueillie que sous le bénéfice des observations suivantes :

a) D'un point de vue *utilitaire*, comment nier le caractère particulièrement dangereux de la criminalité politique ? Non seulement les attentats de cette nature troublent gravement l'ordre public, mais il en résulte, presque toujours, l'augmentation des délits contre les personnes et contre les propriétés. L'atteinte à l'intérêt général s'accompagne de fréquentes lésions des intérêts particuliers.

b) D'un point de vue *moral*, le mobile désintéressé des criminels politiques est parfois sujet à caution. Combien de conspirateurs abritent, sous le prétexte de l'intérêt général, une vengeance, une cupidité, une ambition à satisfaire ! Il est, d'ailleurs, une catégorie d'entre eux à qui l'opinion, la tradition, la législation actuelle refusent l'appréciation indulgente que la qualité de délinquant politique appelle généralement : ce sont les auteurs d'attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, vulgairement nommés : traîtres ou espions.

198. Notions historiques. Le sort des délinquants politiques jusqu'au milieu du XIX^e siècle. — Ces deux ordres de considérations, militant en sens opposés, se sont tout à tour imposés au cours de l'histoire. Et ce n'est guère que du milieu du XIX^e siècle que date le régime privilégié des délinquants politiques.

Avant la Révolution française, la distinction n'existait même pas, les intérêts de l'Etat et de l'ordre public s'identifiant avec ceux du Monarque. C'est aux criminels politiques, inculpés de lèse-majesté (*crimen majestatis*), que les pires supplices étaient réservés. C'est pour eux qu'il était dérogé, par la confiscation des biens, par le bannissement de leurs proches, au principe de la personnalité des peines. C'est pour eux, enfin, que l'extradition a pénétré, d'abord, dans la pratique internationale. Même à la fin du XVIII^e siècle, Beccaria, qui se déclare opposé à la peine de mort, tolère son application dans les moments de convulsions politiques.

Quant à la Révolution française, on sait les mesures de rigueur que l'esprit jacobin dicta vis-à-vis des émigrés.

Le législateur de 1810 a ébauché la distinction des peines politiques et des peines de droit commun. Mais il a pris, envers les auteurs d'infractions dirigées contre l'Etat, des mesures de rigueur spéciales. Il frappe, comme délit spécial, sous la qualification de *complot* (art. 89, C. pénal) un fait qui n'est pas autre chose, en réalité, qu'un acte préparatoire. Il crée un délit d'omission : la non-révélation d'un attentat à la sûreté intérieure de l'Etat (art. 103). Il prodigue, à l'égard des auteurs de toutes infractions *qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat* (art. 49, C. pénal) une peine complémentaire obligatoire, la *surveillance de la haute police*, dont la loi du 27 mai 1885 atténuera le régime, en lui attachant la qualification nouvelle d'*interdiction de séjour*.

199. L'évolution libérale. — C'est plus tard qu'un changement s'est produit, dans les idées d'abord, dans les faits ensuite. Son promoteur est François Guizot, auteur d'un ouvrage classique sur la peine de mort en matière politique. Il a inspiré la législation de la Monarchie de Juillet. En un temps où les convulsions politiques étaient fréquentes, où les révolutions se succédaient, où les conspirateurs de l'heure présente apparaissaient comme les gouvernants possibles de demain, la relativité du jugement concernant les délinquants politiques devait pénétrer les esprits. Le régime privilégié dont, à partir de cette époque, ils furent l'objet se lie à l'inspiration libérale de l'Ecole néo-classique¹.

200. Les intérêts actuels de la distinction. — L'indulgence dont bénéficie le délinquant politique se manifeste à plusieurs points de vue.

A la suite de la Révolution de juillet 1830, la loi du 8 octobre 1830, article 7, décide que les auteurs de délits politiques, au lieu d'être traduits devant la juridiction de droit commun, devant le Tribunal correctionnel, pour les délits *stricto sensu*, seront soumis à la compétence de la Cour d'assises. Cette loi avait pour but de les soustraire à la partialité de magistrats dépendant du gouvernement.

Ce régime a été supprimé à la suite du coup d'Etat du 2 décembre, par un décret du 25 février 1852. Il n'a jamais été complètement rétabli.

Il est resté cependant un vestige du régime institué par la loi de 1830.

1. Enrico Ferri adapte ce point de vue libéral aux thèses lombrosiennes en proposant la distinction d'une « criminalité atavique » constituée par les infractions de droit commun, et d'une criminalité « évolutive » (*Sociologia criminale*, 4^e éd., 1900, n^o 53, p. 546). Voir aussi LOMBROSO et LASCHI, *Le Crime politique et les Révolutions*, 2 vol., Paris, Alcan 1891.

Aux termes de lois qui sont intervenues à partir de 1870 : lois de 1871, 1875 et 1881, sur la presse, le délit de diffamation était soumis, dans certains cas, à la Cour d'assises ; ainsi, notamment, lorsque la diffamation était dirigée contre un fonctionnaire public, à l'occasion d'un acte rentrant dans l'exercice de ses fonctions¹.

D'autre part, il existait pour certains crimes politiques : pour les attentats à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, une compétence exceptionnelle : celle de la Haute-Cour de Justice. Cette compétence était consacrée par la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article 12. Elle avait un caractère facultatif. La procédure était régie par une loi de 1889².

La loi du 18 avril 1832, portant révision du Code pénal, a créé, pour les auteurs de crimes politiques, une échelle de peines spéciales dont le législateur de 1810 n'avait encore dessiné que les premiers linéaments. Au sommet de cette échelle se trouvent la peine de mort, puis la déportation, peine perpétuelle, la détention, le bannissement, enfin la dégradation civique. En 1848, sous l'influence des idées libérales que Guizot avait défendues quelques années auparavant, on supprima la peine de mort (Constitution de 1848, art. 5). Pour la remplacer, la loi du 8 juin 1850 institua la *déportation dans une enceinte fortifiée*, peine perpétuelle, dont le régime est plus sévère que celui de la déportation simple³.

Les peines correctionnelles d'emprisonnement et d'amende sont également applicables aux délinquants politiques et aux délinquants de droit commun. Toutefois il existe, quant à l'emprisonnement, une différence de régime en faveur des délinquants politiques. Elle résulte d'actes du pouvoir exécutif, notamment d'un arrêté ministériel du 4 janvier 1890. Les délinquants politiques ne sont pas astreints au travail ; ils ne sont pas soumis au port du costume pénal ; ils sont détenus dans des locaux distincts, et ont le droit de faire venir leurs repas du dehors.

Le régime des délinquants politiques offre encore des particularités en ce qui touche les modalités d'application de la peine. Aux termes de la loi Bérenger, du 26 mars 1891, une condamnation pour délit politique ne fait pas perdre la qualité de délinquant primaire, ni, par conséquent, le droit au sursis. Elle ne fait pas perdre le bénéfice du sursis, quand celui-ci a été précédemment obtenu.

Aux termes de la loi du 27 mai 1885, les condamnations pour délits politiques n'entrent pas en ligne de compte dans le calcul du nombre des infractions qui entraîne la relégation.

La distinction des délits de droit commun et des délits politiques est encore intéressante au point de vue des causes d'extinction de la peine. L'amnistie résulte d'une loi, et peut être accordée aussi bien aux auteurs de délits de droit commun qu'à ceux d'infractions politiques. Néanmoins,

1. Ces dispositions sont, aujourd'hui abrogées par l'ordonnance du 6 mai 1944, qui a soumis la compétence, à l'égard des délits de presse, au droit commun.

2. La Constitution actuelle est muette, quant à la compétence *ratione materiae* de la nouvelle Haute Cour de justice. (*Supra*, n° 108, *infra*, n° 1169).

3. La Cour de cassation avait jugé, dans l'intervalle, que la peine applicable était la peine immédiatement inférieure dans l'échelle politique, c'est-à-dire la déportation. *Crim.*, 3 fév. 1849, S., 49, 1, 145. Dans le même sens : MOLNIER, *Revue de droit français*, 1848, p. 273.

la raison d'être de cette institution, qui est de procurer la pacification des esprits, la destine surtout aux auteurs de délits politiques.

On a vu, lorsqu'on a distingué, précédemment, le délit flagrant du délit non flagrant, qu'il existe pour le délit flagrant une procédure spéciale dont la rapidité peut compromettre, dans une certaine mesure, les intérêts de l'inculpé. Il résulte de la loi du 20 mai 1863, article 7, que la procédure du délit flagrant ne doit pas être étendue aux infractions politiques.

A l'opposé des pratiques de l'Ancien Régime, l'extradition n'est pas applicable aux délinquants politiques. Ceci résulte d'une coutume internationale aujourd'hui constante. Cette solution est entrée dans la loi française (loi du 10 mars 1927 sur l'extradition, art. 5).

La contrainte par corps, voie d'exécution destinée à garantir, en matière pénale, le paiement des amendes et des dommages-intérêts, a été supprimée, à l'égard des délinquants politiques, par la loi de finances du 30 décembre 1928, article 19.

Depuis la loi du 31 mars 1928, article 6, les condamnations politiques n'entraînent, ni l'exclusion de l'armée, ni l'envoi aux bataillons d'Afrique.

Aux termes de la loi du 9 juillet 1934, modifiant l'article 193, Code instruction criminelle, le tribunal correctionnel ne peut décerner contre le condamné un mandat de dépôt ou d'arrêt que si la condamnation a été prononcée sans sursis, pour un délit de droit commun, et si la peine atteint une année d'emprisonnement.

201. Un revirement. — L'époque récente nous fait assister à un renversement de la tendance favorable aux délinquants politiques. Il faut l'attribuer aux conceptions nouvelles qui, réagissant contre l'individualisme de la Révolution française, prétendent subordonner l'exercice des droits particuliers des citoyens à l'intérêt collectif. Les actes dirigés contre la vie ou l'organisation de l'Etat apparaissent comme les plus répréhensibles et les plus dangereux. Ces conceptions se sont fait jour dans les pays d'Europe à gouvernement autoritaire — l'Italie, l'Allemagne et la Russie notamment — où la faveur dont bénéficiaient hier les délinquants politiques a fait place à un traitement de rigueur¹.

En Italie, la peine de mort, supprimée en 1889, a été rétablie, d'abord pour les auteurs d'attentats politiques, par la loi de sûreté publique et de défense de l'Etat du 25 novembre 1926. Le Code pénal de 1930 vise, sous la qualification commune d'atteintes « à la personnalité de l'Etat » les attentats à sa sûreté extérieure ou intérieure, et les frappe tous avec une exceptionnelle rigueur : il admet, sous condition de réciprocité, l'extradition des délinquants politiques (G. SAGONE, *Pour une Répression efficace du Délit politique*, *Revue internationale de Droit pénal*, 1930, p. 310 et suiv.). En Allemagne, les lois récentes, et notamment la loi de 1934, édictée pour la protection du parti national-socialiste, étaient animées du même esprit (*Revue de droit pénal et de criminologie*, 1933, pp. 1100 et suiv.). Dans la Russie des Soviets, les Codes pénaux de 1922 et de 1926 répriment moins sévèrement les infractions de droit commun les plus graves, comme le meurtre, que les attentats à la classe dominante des ouvriers et des paysans (Cuello CALON, *El Derecho penal de Russia soviética*, libr. Bosch, Barcelone, 1931).

1. M. ANCEL, Le crime politique et le droit pénal au xx^e siècle. *Revue d'histoire politique et constitutionnelle*, 1938, p. 87.

La même influence s'est exercée, et, surtout, elle est en voie de s'exercer sur la législation française.

En 1918, celle-ci a vu reparaître, sous la pression des circonstances, à l'égard des auteurs d'attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, la confiscation générale des biens, peine abolie depuis longtemps, peine rigoureuse et injuste en ce qu'elle atteint la famille du condamné.

Les lois sur la presse se sont montrées moins libérales à l'égard des délinquants politiques, en multipliant les cas où la compétence de la Cour d'assises faisait place à celle du tribunal correctionnel. La loi du 10 octobre 1940 soumit à ce dernier l'offense au Chef de l'Etat (loi du 29 juillet 1881, art. 45 nouveau), qu'elle frappait d'une peine augmentée (art. 26 nouveau de la même loi). L'ordonnance précitée (*supra* n° 200) du 6 mai 1944 a conduit cette évolution à son terme.

Mais c'est surtout de l'évolution qui s'est produite quant à la détermination des délinquants politiques qu'est résulté le changement du droit. Par l'effet d'un mouvement jurisprudentiel et législatif qu'il nous reste à retracer, leur catégorie s'est progressivement restreinte. Or, le point de départ de cette évolution restrictive est bien antérieur au revirement qui est venu aggraver leur condition. Il semble que, conscients du danger qu'entraînait le privilège attaché à la qualité de délinquant politique, lois et tribunaux se soient attachés, d'abord, à limiter le nombre de ses titulaires.

202. Détermination des caractères distinctifs de l'infraction politique. — La question du critérium permettant de distinguer le délit politique de l'infraction de droit commun est, en effet, un des problèmes les plus importants, et, en même temps, les plus délicats du droit pénal.

La solution en est compliquée par la divergence des points de vue auxquels se placent les Etats libéraux, d'une part, les Etats autoritaires de l'autre. Pour les premiers, les délinquants politiques devant bénéficier d'un traitement privilégié, l'intérêt de la défense sociale exige que la notion de délit politique soit enfermée dans des limites assez étroites. Cette considération n'intervient pas auprès des gouvernements autoritaires.

La solution est compliquée, sur le terrain spécifiquement français, par la diversité des autorités dont elle dépend. La question relève d'une juridiction de jugement, Cour d'assises, ou Tribunal correctionnel, lorsqu'il s'agit de savoir si une condamnation précédemment intervenue, ou si la condamnation à intervenir revêt ou doit revêtir un caractère politique¹. Quand la peine prononcée contre l'inculpé est une peine correctionnelle d'emprisonnement, il appartient à l'administration pénitentiaire de décider si le détenu bénéficiera, ou non, du régime politique². Enfin, quand l'extradition d'un fugitif est réclamée, la loi du 10 mars 1927 (art. 14 et suiv.) confie à une juridiction d'instruction, la Chambre des mises en accusation, section de la Cour d'appel, le soin de décider si la remise, à raison du caractère politique de l'infraction, doit être refusée.

La solution est compliquée, enfin, par le silence presque complet de la loi française.

1. Nancy, 21 déc. 1927, S., 28, 2, 84 ; Crim., 20 avril 1928, S., 29, 1, 238.

2. Des circulaires du 22 février 1921 et du 15 septembre 1922 font figurer de plein droit parmi les infractions politiques les crimes et délits contre la sûreté intérieure de l'Etat, les infractions aux lois des 29 juillet 1881 et 12 déc. 1893, sauf l'outrage aux bonnes mœurs et le chantage par la voie de presse.

Sans doute, il existe dans le Code pénal une distinction fondamentale entre les crimes et les délits dirigés contre la chose publique, dont il est traité au titre I du livre 3, et les crimes et délits contre les particuliers, qui font l'objet du titre II de ce livre. Mais cette division fondamentale du Code pénal ne cadre pas avec la distinction des infractions politiques et de droit commun. Parmi les crimes et délits contre la chose publique figurent un certain nombre de faits, tels que les attentats à la liberté individuelle, les crimes de faux, la fabrication de fausse monnaie, la soustraction commise par des dépositaires de fonds publics, qui sont des infractions de droit commun.

On trouve une énumération de délits politiques dans la loi du 8 octobre 1830, qui est venue substituer, pour ces infractions, la compétence de la Cour d'assises à celle du Tribunal correctionnel. Mais l'énumération de cette loi n'est pas limitative, elle est seulement indicative¹. De plus, la loi de 1830 n'est plus en vigueur : elle a été abrogée par le décret-loi de 1852. Enfin, lorsque le législateur de 1830 a donné cette liste, il ne s'est placé qu'au point de vue de la compétence.

Il semble enfin que la nature de la peine devrait fournir un critérium. Il existe, en effet, depuis la Monarchie de Juillet, pour les infractions politiques, une échelle de peines spéciale. Quand un crime déterminé est frappé par la loi d'une peine de droit commun, il devrait être considéré comme un délit de droit commun ; s'il est puni d'une peine politique, la nature de la peine déterminerait encore celle de l'infraction. Mais ce critérium n'est pas suffisant. Il y a, en effet, une peine qui, jusqu'en 1848, était commune aux délits politiques et aux délits de droit commun : la peine de mort. Le législateur de 1848 a supprimé la peine de mort pour les crimes politiques. Mais, en prononçant cette suppression, le législateur s'est contenté d'une formule générale ; il a omis de procéder au remaniement des textes qui devait s'ensuivre. Il s'en est remis pour cela aux juges. Il en résulte que, lorsqu'un tribunal se trouve en présence d'un texte qui punit une infraction de la peine de mort, il est réduit, pour déterminer la nature de cette infraction, à ses propres lumières. Même incertitude dans le cas où c'est une peine d'emprisonnement ou d'amende qui est prévue (ces peines étant communes aux délits politiques et de droit commun).

On chercherait vainement une définition du délit politique dans les lois récentes ~~et~~ les auteurs avaient cependant l'occasion de la donner : la loi du 10 mars 1927 sur l'extradition, la loi de 1934 et le décret-loi d'octobre 1935 sur l'espionnage.

203. La notion du délit politique, d'après la doctrine. — Deux tendances opposées se sont manifestées dans la doctrine.

Le système *objectif*. Il tient compte, pour déterminer la nature de l'infraction, de l'intérêt qui est directement lésé par elle. On qualifie infraction politique celle qui porte atteinte à l'existence ou à l'organisation de l'Etat.

Ainsi la Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, qui

1. Jugé, cependant, que le délit de coalition d'ouvriers, ne figurant pas dans la liste de l'art. 8 de la loi du 8 octobre 1830, n'est pas un délit politique : Crim., 4 sept. 1834. S., 35, 1, 35.

s'est tenue à Copenhague, en août 1935, a proposé la définition suivante : *Sont délits politiques les infractions dirigées contre l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, ainsi que celles qui sont dirigées contre les droits qui en résultent pour les citoyens.* Le législateur italien, qui inflige aux délinquants politiques un régime de rigueur, associe les deux points de vue. Code pénal de 1930, art. 8 *in fine* : *Pour l'application de la loi pénale, est un délit politique tout délit qui porte atteinte à un intérêt politique de l'Etat, ou à un droit politique du citoyen. Est aussi réputé délit politique le délit de droit commun déterminé, en tout ou en partie, par des motifs d'ordre politique.*

Le système *subjectif* se place, non plus au point de vue des faits extérieurs, du résultat matériel tangible de l'infraction, mais au point de vue de l'agent. Il s'agit de savoir quel est le mobile qui a déterminé sa conduite.

Les promoteurs de ce système sont amenés à refuser la qualité de délinquants politiques à ceux qui, bien que portant directement atteinte aux intérêts de l'Etat, ont obéi à un sentiment personnel de nature égoïste, tel que la cupidité ou la rancune. Inversement, ils proposent d'assimiler aux délinquants politiques, sous le titre de criminels « politico-sociaux », ceux dont l'entreprise, sans porter précisément atteinte à l'existence ou à l'organisation de l'Etat, est l'effet d'un mobile d'ordre général, d'une vue désintéressée, tels les anarchistes, communistes, etc¹.

204. La notion du délit politique en droit positif français. — Il semble qu'aucune question ne se pose au sujet des délits dits *purement* politiques, c'est-à-dire de ceux qui entrent dans la notion *objective* du délit politique, qui menacent directement et exclusivement soit l'existence, l'organisation ou le fonctionnement de l'Etat, soit les droits politiques d'un citoyen.

Mais, d'une part, des difficultés surgissent, au sujet d'infractions qui lèsent, *en même temps*, un intérêt privé (délits *complexes* ou *connexes* à un *délit politique*) ou un intérêt de la société tout entière (délits *sociaux*).

Et, d'autre part, la législation récente excepte du régime ordinaire des délinquants politiques les auteurs de ces infractions *purement politiques* que sont les attentats à la sûreté extérieure de l'Etat.

205. a) Délits complexes. — Est-ce le caractère « politique » ou le caractère « de droit commun » qu'il faut attacher aux « délits complexes », c'est-à-dire à ceux qui, bien que lésant directement un bien privé, sont commis dans un but politique ? C'est la solution la plus rigoureuse qui a prévalu à l'égard du délit complexe par excellence : l'attentat à la vie d'un chef d'Etat. Les tribunaux infligent à l'auteur de ce crime la peine capitale. Voir, sur le caractère de crime de droit commun que présentait l'assassinat du président Doumer, par Gorguloff, Crim., 20 août 1932, *D.P.*, 1932, 1, 121. Dans la plupart des traités d'extradition, notamment dans la plupart de ceux qui ont été conclus pour la France, on trouve la *clause d'attentat*, qui soumet à l'extradition l'individu inculqué d'attentat à la vie d'un chef d'Etat. C'est dans un traité intervenu le 22 septembre 1856 entre la France et la Belgique que cette clause a été insérée pour la première fois. Elle a pénétré, par là, dans la coutume internationale.

Naguère la même question s'est posée au sujet du délit complexe que cons-

1. En ce sens, le projet Ferri et le nouveau Code pénal espagnol.

titue le crime de faux monnayage commis dans un but politique. Après l'affaire des faux billets hongrois (fabrication en Hongrie d'un grand nombre de faux billets de la Banque de France, en vue de porter atteinte au crédit de l'Etat français), une Conférence internationale pour la répression du faux monnayage s'est tenue à Genève en 1929, sous les auspices de la Société des Nations. Aux termes de la convention qui en est résultée, la fabrication et l'émission de faux billets de banque doivent toujours, quel que fût le but de l'agent, être regardées, notamment au point de vue de l'extradition, comme délits de droit commun. Voir, à ce sujet, la discussion ouverte à la Société des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1930, p. 320, Cf. V. V. PELLA, *La Répression des crimes contre la Personnalité internationale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1931). C'est qu'à raison de la solidarité financière des Etats, un délit de ce genre lèse les intérêts de la communauté internationale.

206. b) Délits connexes à une infraction politique. — La qualification d'*infraction de droit commun* est-elle également applicable aux délits connexes à une infraction politique ?

Il faut se garder de confondre le délit connexe avec le délit complexe. Le délit connexe est un délit de droit commun, mais qui se rattache par un rapport de causalité à un délit politique. Supposons que des insurgés, criminels politiques, pour pénétrer de force dans le palais du gouvernement, pillent une boutique d'armurier. Ce pillage, pris en lui-même, est une infraction de droit commun. Doit-il être considéré comme un délit politique, en raison du rapport qui l'unit à l'infraction que le délinquant voulait commettre ?

Diverses solutions sont préconisées. Voici la solution qui a prévalu en général, et qui a reçu l'adhésion de l'Institut de droit international¹ : *Sont réputées délits politiques les infractions complexes ou connexes à des délits politiques, à moins qu'il ne s'agisse des crimes les plus graves au point de vue de la morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations, les blessures graves, volontaires et préméditées, les tentatives de crimes de ce genre et les attentats aux propriétés par incendie, explosion, inondation, ainsi que les vols graves, notamment ceux commis à main armée et avec violence.*

En définitive, la solution qui a prévalu pour la distinction du délit politique et du délit de droit commun ne donne une satisfaction absolue, ni à la thèse subjective, ni à la thèse objective. On tient compte de l'impression produite par le crime sur l'opinion publique ; il y a infraction de droit commun quand les procédés employés sont l'objet d'une réprobation générale, quand ils révoltent le sentiment public.

C'est une idée analogue dont s'est inspiré encore l'Institut de droit international, en visant, dans une résolution additionnelle, les actes commis au cours d'une insurrection ou d'une guerre civile. Il se réfère, ici, aux règles du droit international public. L'acte sera regardé comme *politique* s'il est considéré comme licite par les coutumes de la guerre entre les Etats. On verra que cette disposition a pénétré dans la loi du 10 mars 1927 (art. 5, 2^o) sur l'extradition.

Le point de vue purement subjectif prévaut dans la résolution suivante, émise au mois d'août 1935 par la Conférence internationale d'unification

1. Institut de droit international, session de Genève, 1892, art. 1 à 4. Cf. VIDAL et MAGNOL, *Cours de Droit criminel*, Paris, 1921, p. 118.

du droit pénal de Copenhague : *Ne seront pas considérés comme délits politiques ceux dont l'auteur aurait été déterminé par un mobile égoïste ou vil.*

207. c) Délits sociaux. — Ils offrent ce trait commun avec les délits purement politiques que leurs auteurs ont obéi à un mobile d'ordre général, qu'ils ont visé ou prétendu viser un but d'intérêt collectif. Ils ont ceci de particulier qu'ils tendent à ébranler l'organisation sociale, telle qu'on peut la concevoir *indépendamment de la forme politique des Etats*. La tendance générale — sauf peut-être l'Espagne, qui avantage la catégorie des « délinquants politico-sociaux » — est de les traiter comme des infractions de droit commun.

La solution a prévalu en France, vers 1890, à l'égard des anarchistes, après l'émotion causée par les attentats d'un Vaillant, d'un Henry, d'un Ravachol. Alors ont été promulguées les lois de 1893, et 1894, que certains partisans traitent de « lois scélérates », et qui contiennent, en effet, comme on le verra plus loin, un droit d'exception. Les actes de propagande anarchiste, tels que la provocation à la grève générale, tombant sous le coup de la loi du 28 juillet 1894, sont des délits de droit commun¹.

L'Institut de droit international (Genève 1892) a voté la résolution suivante : « Ne sont point réputés politiques, au point de vue des règles qui précèdent, les faits délictueux qui sont dirigés contre les bases de toute organisation sociale, et non pas seulement contre tel Etat déterminé ou contre telle forme de gouvernement ».

A la propagande anarchiste, la jurisprudence plus récente assimile, à cet égard, la propagande *communiste*².

208. Le terrorisme. — L'intérêt d'actualité se porte sur le *terrorisme* dont certaines manifestations retentissantes — en particulier l'assassinat du roi de Yougoslavie et du président Barthou — ont ému l'opinion universelle. Sa manifestation extérieure ne le distingue pas des infractions de droit commun. Le but proprement politique n'en est pas nécessairement absent. Son originalité réside dans la réunion des caractères suivants : 1° il est le fait de bandes, souvent internationales, ce qui le rend particulièrement efficace ; 2° les procédés dont il use sont de nature à propager la terreur : explosions, destructions de chemins de fer ou d'édifices, rupture de digues, empoisonnement d'eau potable, propagation de maladies contagieuses... 3° il crée un danger commun.

Ainsi caractérisé, le terrorisme est l'objet de dispositions spéciales dans les Codes récents de Pologne (1932), Danemark (1933).

Une convention pour la prévention et la répression internationale du terrorisme a été conclue à Genève, le 16 novembre 1937, tandis qu'un autre accord, intervenu le même jour, créait, pour juger les actes de terrorisme, une Cour pénale internationale³. Cf. ci-dessous n° 1882.

1. Crim., 9 fév. 1924, S., 25, 1, 141. Voir, plus récemment, au sujet de la provocation de militaires à la désobéissance dans un but de propagande anarchiste : Crim., 19 déc. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, 2, 26. Chronique HUGUENEY, *Revue de Science criminelle*, 1941, p. 35.

2. Crim., 20 avril 1928, S., 29, 1, 239 ; 19 déc. 1930, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 1931 ; Nancy, 21 déc. 1927, S., 28, 2, 84. Cf. Nîmes, 24 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, 29, 2, 577. *Trib. corr. Seine* 14 et 18 janvier 1941, *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 1941. Il résulte de cette dernière décision que « les actes de propagande communiste que réprime le décret-loi du 26 septembre 1939 émis en vertu de la loi des pleins pouvoirs du 19 mars 1939 et soumis à la ratification des Chambres sont des délits de droit commun. En effet, la propagation des mots d'ordre de la III^e Internationale vise à un bouleversement de la société. Elle porte atteinte à l'ordre social dans ses bases et non au seul ordre politique ».

3. CALOYANNI. Deux conventions. *Revue de Science criminelle* 1938, p. 403 ; WACIORS-

Le terrorisme est défini en tête de la première convention. L'expression *actes de terrorisme s'entend des faits criminels dirigés contre un Etat, et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public.*

Les textes qui suivent, imités des conventions antérieures pour la répression de la traite des blanches, du délit de publications obscènes, du trafic des stupéfiants, du faux-monnayage, tendent à favoriser la coopération des polices nationales, à développer l'extradition — qui n'est pas rendue, toutefois, obligatoire — à garantir l'efficacité des jugements répressifs étrangers.

La mise en vigueur de cette convention est subordonnée à la ratification des Etats.

209. Les attentats à la sûreté extérieure de l'Etat : la répression avant la guerre. — La définition que nous avons donnée plus haut du délit *purement politique* attribue cette qualification aux attentats de cette nature, puisque l'intérêt qu'ils menacent directement, exclusivement, est l'existence même de l'Etat. Mais le caractère méprisable du mobile qui anime généralement leurs auteurs les a fait excepter de l'appréciation indulgente dont bénéficient les délinquants politiques. Ce sentiment d'animadversion s'est fortifié à mesure que le sens du patriotisme s'affirmait avec le développement des grands Etats, et que le progrès des armements exigeait une surveillance et une répression plus rigoureuses.

Tandis que les articles 75 et suivants du Code pénal ne prévoyaient, pour les auteurs d'attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, que des peines politiques, la loi du 26 janvier 1934 sur l'espionnage¹, puis le décret-loi du 17 juin 1938, ont introduit progressivement, à leur égard, des peines de droit commun. Puis, le décret-loi du 29 juillet 1939, procédant à une refonte de ces textes, a donné une acception juridique aux termes *trahison* et *espionnage*, dont la portée respective n'était nettement établie ni dans le langage populaire, ni dans la doctrine. Désormais, la trahison implique un manquement au devoir de fidélité que la nationalité entraîne : elle est le fait d'un citoyen français ; l'espionnage, au contraire, est le fait d'un étranger². Des *attentats à la sûreté extérieure de l'Etat*, qui sont la *trahison* et l'*espionnage*, le législateur distingue, d'autre part, une sorte d'infractions de seconde zone, nuisibles, elles aussi, aux intérêts de la France, mais revêtant un caractère moindre de gravité, et à l'égard desquelles la nationalité de l'agent est indifférente : les *atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat*.

D'où la division tripartite suivante :

1° Sont constitutifs de *trahison* les faits précédemment prévus par les articles 75 et suivants du Code pénal et les plus graves de ceux qu'incriminait la loi de 1934 sur l'espionnage : notamment, le port d'armes contre la France ; l'entretien d'intelligences avec une puissance étrangère en vue de l'engager à entreprendre des hostilités contre la France, ou de favoriser ses entreprises ; la recherche ou la livraison à une puissance étrangère de secrets intéressant la défense nationale. L'inculpation suppose que l'auteur de ces

1. *Le terrorisme politique*, Paris, Pedone, 1939. — Quant au précédents, voir les discussions à la 5^e Conférence internationale pour l'unification du droit pénal (Madrid, octobre 1934). *Actes de la Conférence*, p. 42 et suiv., 137 et suiv., 241 et suiv.

1. MAGNOL, La répression de l'espionnage, *Lois nouvelles*, 1934, 1, p. 229 et suiv. ; HUGUENEY, Chron. de jurispr. *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 64. *Crim.*, 5 mars 1935, S., 36, 1, 398 ; *Gaz. Pal.*, 1935, 1, 732.

2. H. VERDUN, *La répression de l'espionnage en droit français depuis les décrets-lois les 17 juin 1938 et 20 mars 1939*, *Semaine juridique*, 1939, 100.

faits est un Français. La peine encourue — sauf application des circonstances atténuantes — est la mort (art. 75 à 76, nouveaux, du Code pénal).

2° Sont constitutifs d'espionnage — à l'exception du port d'armes contre la France — les mêmes faits matériels visés au paragraphe précédent, quand l'auteur de ces faits est un étranger. La peine encourue est également la mort. Des considérations morales justifient la différence de qualification. L'égalité de répression est commandée par l'intérêt de la défense nationale (art. 77, nouveau Code pénal).

3° Les délits mineurs, qualifiés *atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat*, et que *tout Français ou tout étranger* peuvent commettre sont visés aux articles 79 à 82 du Code pénal. Ils comprennent, par exemple, le fait d'exposer la France ou des Français à une déclaration de guerre ou à des représailles (anciens articles 84 et 85 du Code pénal); le fait d'accomplir en temps de guerre, au mépris des prohibitions édictées, des actes de commerce avec les sujets ou les agents d'une puissance ennemie; l'entreprise de porter atteinte à l'intégrité du territoire français ou de soustraire à l'autorité de la France une partie de son territoire (propagande autonomiste), et, encore certaines indiscretions, certains faits d'imprudences ou de négligence, certaines infractions purement matérielles que la loi de 1934 frappait de peines minimales comme n'étant pas commises « dans un but d'espionnage ». Or désormais, le châtement, même à l'égard de ces délits mineurs, est relativement sévère. S'il ne dépasse pas, en temps de paix, l'emprisonnement jusqu'à cinq ans, suivi de certaines incapacités, il atteint, en temps de guerre, les travaux forcés à temps (art. 83).

209 bis. La répression depuis la guerre : l'indignité nationale. —

Pour réprimer les faits de collaboration avec l'ennemi intervenus entre le 16 juin 1940 et la libération, le gouvernement provisoire pouvait envisager l'application pure et simple des articles 75 et suivants du Code pénal. Cette méthode s'accordait avec la position initiale consistant à effacer rétroactivement l'autorité du gouvernement de Vichy¹. Elle était conforme au principe de « la légalité républicaine ». Elle prévaut, en effet, dans l'ordonnance du 28 novembre 1944, qui fixe les incriminations et les peines applicables par les Cours de justice (*infra*, n° 1172).

On n'a pas tardé à se rendre compte que cette méthode répondait mal aux exigences d'une situation sans précédent. Le fait d'un gouvernement français d'apparence légitime qui pactisait avec l'ennemi donnait aux actes d'intelligence ou de commerce accomplis avec ce dernier une coloration nouvelle². Ce n'est pas seulement la « sûreté extérieure », c'est la personnalité même de l'Etat français, ce sont des éléments essentiels de la vie française qui s'étaient trouvés menacés. Des faits particulièrement odieux, tels que la dénonciation de Français, par des Français, à des agents de l'ennemi échappaient à toute prévision légale. Il fallait combler ces lacunes.

Le législateur y a pourvu par deux sortes de procédés : il a consacré,

1. BOISSARIE, Les bases de la répression, dans les *Cahiers politiques*, 1^{er} mars 1945. Dans le procès du Maréchal Pétain, l'application des articles 75 et suivants du Code pénal, qui visent l'activité anti-nationale d'individus, de particuliers — et non pas celle d'un gouvernement — n'a pas été discutée par la défense.

2. A certains égards, cette considération devait agir dans le sens de l'indulgence. La stricte application des articles 75 et suivants du Code pénal eût méconnu la contrainte que la présence de l'occupant et l'autorité de fait exercée par Vichy, faisaient peser sur les « collaborateurs » ; l'examen de certains faits justificatifs ou causes de non-imputabilité (*infra*, n° 409) montrera la part faite à ce point de vue. Voir *Le Procès du Maréchal Pétain*, compte-rendu sténographique, éditions Albin Michel, t. II, pp. 957 et suiv.

légalement, une interprétation extensive des textes en vigueur ; il a créé un délit nouveau : *l'indignité nationale*.

A. — En présentant comme *interprétatives* les dispositions nouvelles qui élargissent certaines incriminations, le législateur attache à ces dispositions un effet rétroactif ; les faits qu'il veut atteindre sont des faits antérieurs. Ainsi, l'ordonnance du 6 octobre 1943 élargit la notion de « commerce avec l'ennemi » ; elle étend la qualification *d'atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat* et l'application des peines prévues par l'article 83 du Code pénal à *tous les rapports économiques* avec l'ennemi intervenus depuis le 22 juin 1940 en violation des décrets du 1^{er} septembre 1939. Au lendemain des hostilités, un décret-loi du 3 novembre 1939 avait ajouté à la liste des « atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat », en les frappant d'emprisonnement et d'amende (art. 83, al. 4) *tous autres actes, sciemment accomplis en temps de guerre, de nature à nuire à la défense nationale*. L'ordonnance du 9 août 1944, complétant l'article 83, précise qu'il faut comprendre parmi les *actes nuisibles à la défense nationale*, les *dénonciations* adressées sous le régime de l'occupation aux autorités ennemies et aux groupements collaborant avec elles.

B. — En revanche, le délit d'*indignité nationale* est une création du législateur nouveau.

Aux termes de l'ordonnance du 26 décembre 1944, article 1^{er} : *Est coupable d'indignité nationale et frappé de la peine criminelle prévue à l'article 23 ci-après, sans préjudice des autres peines criminelles ou des peines correctionnelles qu'il pourrait en outre encourir dans le cas où les faits reprochés constitueraient des infractions aux lois pénales en vigueur le 16 juin 1940, tout Français qui aura, postérieurement au 16 juin 1940¹, soit sciemment apporté en France ou à l'étranger une aide directe ou indirecte à l'Allemagne ou à ses alliés, soit porté atteinte à l'unité de la nation ou à la liberté des Français ou à l'égalité entre ces derniers.*

L'*indignité nationale* est un crime.

La peine prévue à l'article 21 est la *dégradation nationale* : elle comprend un ensemble d'incapacités (*infra*, n° 649). La compétence est attribuée, principalement, aux *Chambres civiques* (*infra*, 1174 *quater*).

L'article 2 de l'ordonnance énonce des cas typiques d'*indignité nationale* : le fait d'avoir appartenu, à un titre quelconque, aux gouvernements ou pseudo-gouvernements ayant exercé leur autorité en France entre le 16 juin 1940 et l'installation dans la Métropole du Gouvernement provisoire ; le fait d'avoir exercé certaines fonctions, appartenu à certains groupements de collaboration, participé à certaine propagande...

Dans l'appréciation de la culpabilité, une certaine liberté est laissée au juge. De plus, sont déclarées excusables, et susceptibles d'être « relevées de l'*indignité nationale* » les personnes qui, depuis les agissements retenus, se sont distinguées par des actions de guerre contre l'Allemagne ou leur participation à la résistance.

1. Jugé que l'ordonnance du 26 décembre 1944, bien qu'elle ne s'exprime pas sur ce point, est inapplicable aux faits postérieurs à la libération, et, en tous cas, à la cessation effective des hostilités avec l'Allemagne : Nancy, 29 nov. 1945, *D.*, 1946, *J.*, 163. Cf. au sujet du crime d'intelligences avec l'ennemi : Paris, 1^{er} avril 1946, *D.*, 1946, *J.*, 297.

Ce qui caractérise, en définitive, l'incrimination d'« indignité nationale » c'est son *élasticité* : or ce trait lui est commun avec la forme nouvelle d'atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat que le décret-loi précité (n° 209) du 3 novembre 1939 a ajouté aux dispositions de l'article 83, Code pénal. En réalité, les deux incriminations se recouvrent ; elles s'appliquent, toutes deux, à des faits de gravité médiocre dont l'effet commun est de nuire à la défense nationale. Dans l'esprit du législateur, l'innovation qu'il réalise concerne surtout la sanction ; il substitue à la peine privative de liberté une peine privative de droits, plus infamante qu'afflictive, mieux adaptée au genre de criminalité qu'il veut atteindre, au but *politique* qu'il a en vue. Peut-être aussi a-t-il pensé qu'à l'égard d'une sanction n'affectant que le statut juridique, l'effet rétroactif attaché à la loi nouvelle se ferait plus facilement accepter (cf. n° 1879).

210. Conclusion : nature juridique des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat. — Cette évolution législative ne saurait être indifférente à l'égard de la nature juridique des attentats et des atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat.

Ces crimes, ces délits sont frappés, désormais, de peines de droit commun, parmi lesquelles le châtement capital tient une place de plus en plus importante. Le décret-loi du 17 juin 1938 dispose expressément (article 1) que les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat sont *réprimés par des peines de droit commun*. Il résulte du décret-loi de 1939 (art. 84 nouveau *in fine* du Code pénal) que, *pour l'application des peines, les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat seront considérés comme des crimes et délits de droit commun*. Cette disposition a pour effet immédiat de soustraire les condamnés correctionnels aux atténuations qu'entraîne le régime politique.

Mais faut-il en conclure qu'à d'autres égards, les auteurs de ces infractions seront également traités comme des *délinquants de droit commun* ? L'intérêt de cette question est considérable. Il concerne l'extradition, l'amnistie, la contrainte par corps¹, la faculté pour le tribunal correctionnel de décerner contre le condamné un mandat de dépôt ou d'arrêt (art. 193 C. inst. crim.)

Or jamais jusqu'ici la jurisprudence ne s'est prononcée nettement pour l'affirmative. La doctrine est divisée. A notre avis, les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat sont devenus des infractions *mixtes*, participant — si on veut trouver une analogie — à la nature des infractions militaires, comme le suggère la compétence des tribunaux militaires à leur égard².

A plus forte raison cette conclusion prudente s'impose-t-elle à l'égard des faits de collaboration et de l'indignité nationale que le législateur soumet à des tribunaux d'exception, tout en les frappant de peines de droit commun

1. Crim., 15 juin 1939. S., 40, 1, 105, *Gaz. Pal.*, 22-23 nov. 1939. Jugé que la contrainte par corps ne peut être appliquée après condamnation en vertu du décret-loi de 1938 pour des articles de presse publiés par des autonomistes bretons « attendu que l'infraction retenue par l'arrêt à la charge des demandeurs, telle que ladite infraction est définie par l'article 1 du décret du 24 mai 1938, présente le caractère d'un délit politique ». Cf. la chronique de M. MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1940, p. 41. La question se posait sous l'empire du décret-loi du 24 mai 1938. Elle ne saurait, à notre sens, se résoudre autrement depuis le décret-loi du 29 juillet 1939 qui a compris le délit des autonomistes parmi les *atteintes à la Sûreté extérieure de l'Etat* (art. 80, 1° du Code pénal) et disposé (art. 84, al. 4 nouveau) que *pour l'application des peines, les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat seront considérés comme des crimes et délits de droit commun*. La contrainte par corps, qui est une voie d'exécution, ne doit pas être confondue avec l'application d'une peine. Voir cependant HUGUENEX, *note sous Crim.*, 15 juin 1939, S., 1940, 1, 105.

2. En ce sens PLASSARD, *Evolution de la nature juridique des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat (Travaux de la Conférence de droit pénal de Paris, 1934)*. Le Code de justice militaire conserve d'ailleurs, vis-à-vis de ces infractions, son domaine normal d'application.

(*infra*, n° 1178). La logique et l'équité répugnent à traiter comme des malfaiteurs vulgaires des personnes dont l'attitude antinationale fut souvent dictée par des préoccupations de politique intérieure. Ce qui peut justifier l'assimilation des traîtres à des criminels de droit commun, c'est la flétrissure unanime dont ils sont l'objet ; or il n'est pas douteux qu'à l'égard des rapports avec l'Allemagne, l'opinion publique, en France, s'est montrée, un moment, divisée. L'intérêt prochain de la question concerne, notamment, l'annistie¹.

En définitive, l'évolution moderne a réduit, progressivement, la catégorie des délits *purement politiques*. Celle-ci ne comprend plus que les attentats à la sûreté intérieure de l'Etat, c'est-à-dire les actes dirigés contre la forme du gouvernement, le fonctionnement des pouvoirs politiques et le libre exercice des droits des citoyens (art. 87 à 90, 91 à 101, 109 à 113, 121, 123 à 126, 127 à 131, 188 à 190, 201 à 203 Code pénal, les fraudes dans les élections, les délits de presse — sauf des exceptions de plus en plus nombreuses — ceux qui ont le caractère de faits de grève, les délits d'association, de réunion politique, ceux prévus par la loi de 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat.

Il est à prévoir que la tendance autoritaire des gouvernements actuels abolira ces vestiges du libéralisme d'antan. La distinction des délits politiques et des délits de droit commun s'effacera, mais pour céder la place à une autre, celle qui, prenant en considération la qualité du *mobile*, aboutit à l'application de *peines parallèles*.

SECTION III

DES MOMENTS SUCCESSIFS DE L'INFRACTION THEORIE GENERALE DE LA TENTATIVE

211. Le processus de l'action délictueuse. — Une infraction, surtout quand il s'agit d'un délit grave et que l'auteur est un délinquant primaire, ne se produit pas en un instant. Sa commission est le résultat d'un processus, d'une série de faits d'ordre psychologique ou matériel, qui se prolongent un certain temps. Il y a des étapes dans la voie du crime.

Généralement, on distingue trois phases : 1° la phase psychologique : la pensée du crime surgit dans le cerveau du malfaiteur ; il prend la résolution criminelle ; 2° la phase préparatoire : le malfaiteur réunit les instruments de son crime ; 3° la phase d'exécution.

212. Le problème de la tentative. Du moment de l'intervention pénale. — Si le délinquant est arrêté avant la consommation de son œuvre malfaisante, diverses questions se posent. L'auteur d'un délit qui est demeuré inachevé, parce que l'agent a été arrêté avant son exécution complète, doit-il être traité aussi sévèrement que l'auteur du délit consommé ? A partir de quel moment est-on en présence d'une tentative punissable ?

Pour résoudre ces difficultés, deux tendances opposées se sont manifestées.

C'est, d'une part, la tendance *objective*. Elle tient compte surtout des faits extérieurs et attache la plus grande importance au trouble social qui

1. Il concerne, aussi, le régime pénitentiaire. Une circulaire du 3 oct. 1944 classe de plein droit dans la catégorie politique tous les détenus justiciables de la Cour de justice. (PINATEL, *Précis de Science pénitentiaire*, p. 99).

est causé, c'est-à-dire à la gravité du désordre créé par le délit, à laquelle elle proportionne la peine. C'est, d'une façon générale, la tendance que l'Ecole néo-classique a mise en honneur.

Mais il est, d'autre part, une tendance *subjective* qui se manifeste au sein de l'Ecole positiviste. Les principaux représentants de cette Ecole n'envisagent les actes extérieurs que comme la manifestation d'une personnalité criminelle. Ils se montrent moins exigeants, en ce qui concerne l'importance du trouble réalisé : du moment qu'un acte a été commis révélant une personnalité criminelle, on punira, même si le mal est insignifiant, même si son auteur n'a pu aboutir à la consommation de l'infraction, et l'on punira aussi sévèrement que s'il avait achevé son entreprise criminelle.

213. Les précédents historiques. L'ancien droit. — Dans l'ancien droit, il semble que la théorie subjective ait prévalu. On distinguait alors les crimes *atroces* et les crimes *non atroces*. Les crimes atroces étaient les plus dangereux pour l'ordre social : attentats contre le monarque, contre la sûreté de l'Etat, et quelques délits de droit commun, comme le parricide ou l'empoisonnement. Pour ces infractions, la simple tentative était punie aussi sévèrement que le crime lui-même¹.

Pour les crimes non atroces, on distinguait deux sortes de tentatives : le *conatus remotus* et le *conatus proximus*. Le *conatus remotus* correspondait à ce que nous appelons aujourd'hui les actes préparatoires, c'est-à-dire à la phase de l'activité malfaisante la plus éloignée du but poursuivi par l'agent. Le *conatus proximus* était l'acte le plus proche du résultat. Seul, ce dernier entraînait l'application d'une peine.

214. Prépondérance du point de vue subjectif. — C'était, en somme, le point de vue subjectif qui dominait. C'est ce qu'exprimait Jousse, lorsqu'il écrivait : « La noirceur du crime consiste moins dans le fait que dans le dessein, la machination et la volonté qui fait la consommation de la malice et du dol ». Et Muyart de Vouglans déclare à son tour : « La loi veut que l'on considère l'événement moins que la volonté »².

Il faut ajouter que, dans notre ancienne France, le juge disposait d'un pouvoir arbitraire, ce qui lui permettait, s'il le préférait, de doser la peine en raison du degré d'avancement de l'activité criminelle.

215. Le droit intermédiaire. — Sous la Révolution française, on voit, au contraire, se manifester la prédominance du point de vue objectif : on tient le plus grand compte, pour déterminer la nature et la rigueur de la peine, des actes extérieurs. Ainsi, d'après le Code pénal de 1791, en dehors des cas d'assassinat et d'empoisonnement, pour lesquels la tentative est assimilée au crime consommé, la tentative n'était pas punie ; on ne punissait que l'auteur du crime consommé. C'était une solution absolue ; elle ne comportait aucun tempérament, puisque alors la peine était fixe. Cette indulgence extrême, entraîna un énervement de la répression. Aussi la loi du 22 prairial de l'an IV vint-elle incriminer la tentative de crime ;

1. JOUSSE, *Traité de la Justice criminelle en France*, 1771, t. III, p. 607, témoigne qu'à l'égard du crime de lèse-majesté au premier chef, on frappait « la seule pensée manifestée soit par témoins, soit par la déclaration de celui qui l'a eue ».

2. JOUSSE, *Traité*... t. II, pp. 637 et suiv. ; MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, pp. 92 et suiv.

la loi du 28 frimaire de l'an VIII édicta des peines pour la tentative de certains délits spéciaux.

216. Le régime du Code pénal. — Le Code pénal de 1810, dans son article 2 (modifié par la loi du 28 avril 1832), dispose : *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.*

L'article 3 ajoute : *Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.*

Ce texte appelle trois observations :

1° La tentative, en matière de crimes, est assimilée au crime consommé. Pour les contraventions de simple police, la tentative n'est jamais punie. En matière de délits, elle n'est punie que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. Mais toutes les fois que la tentative est punie, c'est-à-dire toujours dans les matières criminelles, exceptionnellement en matière correctionnelle, l'auteur de la tentative est puni comme si l'infraction était consommée. C'est donc ici le point de vue subjectif qui domine ;

2° D'autre part, le législateur déclare que la tentative se manifeste par un commencement d'exécution. Le commencement d'exécution ne constitue pas la tentative : il la manifeste. C'est donc que la tentative est un phénomène psychologique ; le législateur s'est placé à un point de vue moral et par conséquent subjectif. Cette intention du législateur se traduisait encore plus nettement dans la rédaction originale de l'article 2 (1810), qui était ainsi conçu : « Toute tentative manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution ... » Il y avait là une redondance qui a été supprimée en 1832 ; elle montre bien que le législateur a pris en considération la volonté criminelle ;

3° Il faut signaler, comme le dernier trait caractéristique du système du Code pénal, l'impunité qui est assurée à l'auteur des actes qui précèdent la tentative. En dehors du cas spécial du complot, les actes préparatoires d'une infraction à la loi pénale restent impunis.

217. Les points non réglés par le Code. — Le législateur a oublié d'envisager certaines situations. La tentative est caractérisée par un commencement d'exécution, interrompu par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent. On peut supposer que l'exécution a eu lieu, mais que, par suite de circonstances indépendantes de la volonté de l'agent, le résultat n'a pas été obtenu. Soit le cas d'un individu qui a tiré sur quelqu'un et ne l'a pas atteint, par maladresse, par exemple : on est alors en présence, non pas d'un *délit tenté*, mais d'un *délit manqué*.

Il peut arriver encore que l'exécution soit terminée, que le résultat nuisible ait été atteint, mais que, le dommage une fois causé, l'auteur du crime l'ait spontanément et volontairement réparé. Dans ce cas, la rigueur de la peine lui sera-t-elle entièrement infligée ?

218. Division. — On étudiera successivement ces trois étapes de l'activité criminelle :

- 1° Le délit tenté ;
- 2° Le délit manqué ;
- 3° Le délit consommé.

§ 1. — De la tentative simple

219. L'article 2 du Code pénal. — Aux termes de l'article 2 du Code pénal, toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

220. Les conditions de la tentative punissable. — Deux conditions sont donc nécessaires à l'existence d'une tentative punissable. Il faut :
1° Un commencement d'exécution ;
2° L'absence d'un désistement volontaire.

Il résulte enfin du texte du Code pénal que, quand la tentative du crime est constituée, elle est punie comme le crime lui-même.

Il y a donc trois points à considérer : 1° la notion du commencement d'exécution ; 2° l'absence du désistement volontaire ; 3° en supposant la tentative constituée, la manière dont elle est punie par la loi.

221. La notion du « commencement d'exécution ». — Il est essentiel de distinguer le commencement d'exécution de la résolution criminelle d'une part, et, d'autre part, de l'acte préparatoire.

222. Distinction du commencement d'exécution et de la simple résolution criminelle. — Le commencement d'exécution ne doit pas être confondu avec la résolution du crime. La résolution criminelle est, sans doute, immorale. Du point de vue simplement psychologique, il y aurait une distinction intéressante à établir entre l'idée du crime et la volonté de le commettre, c'est-à-dire la résolution délictueuse. L'idée du crime, en elle-même, n'a rien de répréhensible, d'immoral, l'homme n'étant pas maître des conceptions, des représentations qui s'offrent à son esprit. Mais au point de vue pénal, la résolution délictueuse n'est pas punie, non plus que la conception du délit.

S'il en est ainsi, c'est que, le plus souvent, pour connaître la résolution criminelle, il faudrait recourir à des mesures d'inquisition intolérables dans le domaine de la vie privée et de la conscience. Mais cette raison n'est pas suffisante ; il peut se présenter telle situation où, par suite d'une déclaration imprudente du délinquant, la résolution criminelle est connue. Si l'on ne punit pas, c'est qu'en fait, il y a loin de la résolution criminelle à la commission du délit ; entre les deux, il y a place pour le repentir. En laissant la résolution criminelle impunie, on donne un intérêt certain au malfaiteur à ne pas poursuivre.

223. Des cas exceptionnels où la résolution criminelle paraît tomber sous le coup de la loi. — Il y a cependant certains cas où le législateur semble punir la résolution criminelle. C'est ainsi que l'article 89 du Code pénal réprime le *complot*, c'est-à-dire la résolution concertée de commettre un attentat contre le gouvernement. Le complot est puni de la détention, alors même qu'il n'a pas été suivi d'un acte ayant pour objet de préparer l'exécution. Les articles 265 et 266 du Code pénal, modifiés par la loi du 18 décembre 1893, qui est venue réagir contre les menées anarchistes, visent une simple *entente* entre des malfaiteurs, en vue de commettre des

crimes contre les personnes et les propriétés¹. La loi frappe les menaces écrites et les menaces verbales avec ordre ou condition (art. 305 à 308 et 436 du Code pénal), le chantage, menace spéciale en vue d'extorsion (art. 400, al. 2 du Code pénal). Il semble donc bien que la loi saisit, pour la punir, la simple résolution criminelle. Mais il faut noter que, dans ces divers cas, la résolution s'est traduite par des manifestations qui suffisent à déterminer un trouble social ; c'est ce dernier que le législateur a voulu atteindre.

224. Distinction du commencement d'exécution et des actes préparatoires. — Les *actes préparatoires* sont des actes extérieurs. Ils n'ont pas le caractère mystérieux de la volonté criminelle. Ce qui différencie essentiellement l'acte préparatoire du commencement d'exécution, c'est son caractère *équivoque*. L'acte préparatoire ne révèle pas clairement, par lui-même, le dessein de l'auteur. Une personne achète un revolver chez un armurier. Il est possible que ce soit pour commettre un crime ; mais l'acheteur peut avoir simplement pour but d'assurer sa propre défense. L'achat d'un revolver ne peut donc être considéré comme le commencement d'exécution d'un crime. C'est un acte préparatoire.

225. Impunité des actes préparatoires. — Les actes préparatoires sont traités par la loi comme la résolution criminelle. Ils échappent à toute répression, pour la raison de politique criminelle que nous avons indiquée précédemment. Ils sont impunis, parce qu'ils sont trop éloignés de la consommation du forfait pour que l'espérance du repentir soit exclue. Le législateur a voulu faciliter, encourager ce repentir en promettant l'impunité au délinquant éventuel, s'il ne persévère pas dans son activité délictueuse².

226. Des cas exceptionnels où la loi tient compte, pour punir, des actes préparatoires. — Il peut arriver que les actes préparatoires soient punis comme constituant un *délit spécial*. C'est ainsi que l'article 277 du Code pénal punit de 2 à 5 ans d'emprisonnement la mendicité et le vagabondage avec port d'armes. La mendicité et le vagabondage ne réalisent, par eux-mêmes, aucun préjudice social ; ils ne révèlent pas toujours une immoralité foncière ; mais ils sont punis à cause des infractions ultérieures que, généralement, ce genre de vie facilite et annonce.

On peut citer encore le port d'armes prohibées (art. 314 C. pénal), la contrefaçon ou l'altération de clefs (art. 399), le bris de clôture (art. 456), la violation de domicile (art. 114 et 184)...

D'autres fois, le législateur tient compte des actes préparatoires pour

1. Cf. la répression des *accords criminels* dans le nouveau Code pénal égyptien, art. 48.

2. L'impunité des actes préparatoires est admise, en principe, par la généralité des législations. Le droit pénal soviétique présente, à cet égard, une physionomie spéciale. La loi fédérale de 1924, énonçant les « principes fondamentaux » (art. 11) dispose que le juge, dans chaque cas de non consommation du délit, appliquera l'une des mesures de défense sociale prévues par la loi, suivant l'état dangereux de l'agent. Le Code pénal de 1926 (art. 19) déclare punissables les actes préparatoires et la tentative : la sanction tiendra compte du degré de réalisation, de la proximité du résultat, des causes qui ont arrêté l'exécution. La Cour suprême de Russie, interprétant ce texte, décide que les actes préparatoires sont punissables « lorsqu'ils ont revêtu la forme concrète d'un commencement d'extériorisation de l'intention délictueuse, et apparaissent socialement, dangereux ». — La tentative est caractérisée par une action tendant directement au but. (GALIAKOV, *op. cit.*, p. 179).

augmenter la peine, quand le crime a été commis. Ils interviennent alors comme *circonstances aggravantes*. Ainsi le vol est normalement puni d'une peine correctionnelle; mais il est frappé plus sévèrement quand il est commis par un domestique. Aux termes de l'article 386, alinéa 3 du Code pénal, le vol domestique constitue un crime entraînant la peine de réclusion. Ce qui détermine ici l'aggravation de la peine, c'est l'acte préparatoire, le fait de s'introduire dans une maison comme domestique, pour voler.

227. Intérêts et difficulté de la distinction. — La question du critérium de l'acte préparatoire présente un grand intérêt; son auteur bénéficiera de la complète impunité, tandis que l'auteur d'un commencement d'exécution, constitutif de la tentative, est traité comme l'auteur d'un délit consommé.

Généralement il n'y a pas de difficulté. Si l'auteur présumé d'un crime est arrêté par la police alors qu'il vient d'acheter un revolver, on est en présence d'un acte préparatoire, qui échappe certainement à la répression.

Il n'y a pas de difficulté non plus, si l'agent est saisi, alors qu'il a levé le bras, armé d'un couteau, pour frapper. Il y a commencement d'exécution.

Mais entre ces situations très nettes, il en existe d'intermédiaires. Supposons qu'un individu profite de l'ouverture d'une porte pour pénétrer dans une maison. Pour faire moins de bruit, il se débarrasse de ses chaussures. La police survient, et l'arrête. Voyez Crim., 1^{er} mai 1879, S., 1880, 1, 233, note Villey. Autre exemple: un malfaiteur est arrêté pendant la nuit, alors qu'ayant appuyé une échelle sur le mur d'une maison, il commence à le gravir. Est-on en présence d'un acte préparatoire ou d'un commencement d'exécution?

228. Elle soulève un problème de droit. — La question préalable est de savoir si ce problème est un problème de droit ou de fait. La décision des premiers juges sera-t-elle soumise au contrôle de la Cour de cassation? La jurisprudence a varié¹, mais la solution dominante est qu'on est en présence d'une question de droit, soumise au contrôle de la Cour suprême². Il s'agit d'attacher aux circonstances souverainement constatées par les juges du fait une qualification juridique, de définir le terme légal « commencement d'exécution », qui désigne un élément essentiel de la tentative.

229. Des théories en présence. — Quant au fond, plusieurs systèmes ont été proposés.

230. La thèse objective. — Dans le système le plus restrictif, on exige, pour qu'il y ait commencement d'exécution, que l'inculpé, au moment de son arrestation, ait déjà accompli un des actes qui entrent dans la définition légale du délit, ou du moins l'un de ceux que la loi prévoit et qu'elle incrimine comme constituant, relativement à ce délit, une circonstance aggravante. Le vol consistant, aux termes de l'article 379 du Code pénal, dans la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, il n'y aura commencement d'exécution du vol que si l'inculpé a déjà mis la main sur l'objet.

1. Elle avait décidé précédemment que la qualification de tentative dépend souverainement des juges du fait: Crim., 26 sept. 1846, S., 47, 1, 282.

2. Crim., 1^{er} mai 1879, S., 80, 1, 233, note VILLEY; 2 juill. 1886, S., 87, 1, 489; 3 janv. 1913, S., 1913, 1, 281, note ROUX, D. P., 1914, 1, 41, note DONNEDIEU DE VABRES.

Les actes qui précèdent ne seront que préparatoires. Cependant, s'il s'agit d'un vol avec escalade et effraction (l'escalade et l'effraction étant, d'après la loi, des circonstances aggravantes du vol), on considère comme auteur d'un commencement d'exécution celui qui est arrêté au moment où il franchit un mur ou brise une clôture. Cette thèse prend pour critérium l'importance des actes extérieurs ; elle se place au point de vue *objectif*. Elle a l'avantage d'être nette et de sauvegarder de façon efficace les droits de l'inculpé. On peut lui reprocher d'être insuffisamment protectrice de l'intérêt social. Il y a des cas où la volonté immorale de l'agent, sa personnalité dangereuse, se sont affirmées de la façon la plus certaine, et où cependant, si l'on adopte le critérium précédent, le pouvoir social est désarmé. — Le critérium proposé par M. J.-A. Roux, d'après qui le commencement d'exécution n'existerait qu'à compter du moment où l'agent, ayant réuni les instruments de son action criminelle, entreprend d'en faire usage¹, encourt le même reproche. Aussi la thèse objective est-elle aujourd'hui généralement rejetée.

231. La thèse subjective. Le critérium tiré du caractère définitif de la volonté criminelle. — Il y a, d'après la thèse subjective, commencement d'exécution quand les actes accomplis par l'agent témoignent d'une *volonté définitive, arrêtée*, de commettre une infraction déterminée.

Cette idée a été développée par les auteurs sous des formes différentes. C'est ainsi que, pour M. Garraud, « l'exécution du délit est commencée quand l'agent a accompli des actes qui, par une conséquence directe et immédiate, doivent, dans sa pensée, consommer le crime ». Cette formule se rencontre dans certains arrêts². Elle figure dans le Code polonais, art. 23. Les auteurs du projet de Code pénal français se la sont appropriée, dans l'article 106 : « Toute tentative de crime manifestée par un commencement d'exécution ou par des actes tendant directement à le commettre... » On a soutenu ailleurs que le commencement d'exécution est constitué « quand l'agent s'est montré décidé à courir les risques de l'entreprise, quand il a entendu, en quelque sorte, couper les ponts derrière lui »³. Nous préférons la formule suivante. Le commencement d'exécution est constitué quand les actes accomplis par l'agent lors de son arrestation attestent chez lui une volonté criminelle irrévocable, quand il existe entre le mal qu'il a commis et le but qu'il se proposait une distance morale si faible, que, laissé à lui-même, il l'aurait presque certainement franchie⁴.

232. Jurisprudence. — Ce point de vue subjectif est généralement adopté par les auteurs ; il paraît l'être également par la jurisprudence.

On peut citer l'espèce suivante qui s'est présentée devant la Chambre des mises en accusation de la Cour de Paris, il y a quelques années. Deux malfaiteurs s'étaient proposé de dévaliser un encaisseur un jour de forte recette. Il s'agissait de l'attendre dans l'escalier d'une maison située au 129 de la rue Saint-Honoré. Le projet ayant été connu de la police, les malfaiteurs furent arrêtés, alors qu'ils étaient en embuscade dans la cage d'escalier. On les fouilla, et on trouva sur eux une pince coupante, un marteau et un revolver.

1. Note sous Crim., 3 janv. 1913, S., 1913, 1, 281.

2. Crim., 4 juin 1920, B. crim., n° 257 ; Crim., 3 déc. 1927, S., 29, 1, 119.

3. VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 97, p. 137.

4. SALELLES, *Essai sur la Tentative (Revue pénitentiaire, 1897, pp. 53 et suiv., 321 et suiv.)*. Le Code pénal italien (art. 56), qui évite le terme « commencement d'exécution », fait résulter la tentative « d'actes idoines, destinés, d'une manière non équivoque, à commettre un délit. » Cette formule n'implique pas que la nature précise de l'infraction résulte de l'acte envisagé.

La Chambre des mises en accusation de la Cour de Paris les renvoya devant la Cour d'assises. Un pourvoi fut formé par les accusés contre cet arrêt, mais il fut rejeté par la Cour de cassation (Crim., 3 janv. 1913, S., 1913, I, 281, note J.A. Roux; D.P., 1914.1.41, note DONNEDIEU DE VABRES; *Revue pénitentiaire*, 1913, p. 750). On remarquera que, dans cette espèce où la Cour de Paris vit un commencement d'exécution, l'inculpation qu'elle retint ne fut pas celle de meurtre, mais de vol commis en réunion et avec port d'armes¹.

233. Observations. — Cette jurisprudence appelle deux observations.

Il résulte du point de vue adopté que le même acte extérieur peut être considéré tantôt comme un acte préparatoire, tantôt comme un commencement d'exécution, selon la nature de l'infraction que l'agent se proposait de commettre. Ainsi, d'après les tribunaux, l'escalade, commencement d'exécution du vol², n'est qu'un acte préparatoire relativement au meurtre. Quand celui qui a l'intention de voler est venu au point de gravir un mur, il est à peu près certain qu'il ira au bout de son entreprise délictueuse. Par contre, entre le fait matériel d'escalader un mur et celui de tuer il y a une *distance morale* assez grande pour laisser place au repentir; on veut faire bénéficier l'agresseur du doute touchant l'irrévocabilité de sa volonté criminelle.

En allant plus loin dans la même voie, on peut tenir compte, pour apprécier le caractère définitif de la volonté criminelle, de tout ce qu'on sait sur la mentalité du criminel, sur ses antécédents. Ainsi on admettra plus facilement qu'il y a commencement d'exécution si l'on est en présence d'un récidiviste.

234. L'absence de désistement volontaire. — Le second élément constitutif de la tentative coupable, c'est l'*absence de désistement volontaire*. Il n'y a tentative punissable que si le commencement d'exécution a été interrompu par des circonstances *indépendantes de la volonté de l'agent*. Si l'agent, coupable d'un commencement d'exécution, suspend son action, il bénéficie de l'impunité. On veut encourager le repentir³. Cependant, si les actes qu'il a déjà accomplis au moment où il se désiste constituent en eux-mêmes une infraction, l'agent sera frappé de la peine qu'il a déjà encourue. Un individu a pénétré par effraction dans un domaine

1. Voir encore : Crim., 4 août 1927, S., 29, 1, 33, note Roux. — Constitue une tentative du délit de l'art. 418 C. pénal le fait par l'employé d'une fabrique de partir pour l'étranger afin de livrer à un tiers, avec qui il s'est mis préalablement d'accord, un secret de cette fabrique : Crim., 4 juillet 1903, D. P., 1903, I, 425. S., 1904, I, 105, note Roux.

— De même, au sujet de l'avortement : Crim., 30 juill. 1942, J.C.P. 1942, II, 2054; Aix, 11 mars 1943, J.C.P. 1943, II, 2258; — au sujet de l'escroquerie en matière d'assurances : trib. corr. Seine, 25 sept. 1941, *Gaz. Pal.*, 9-11 nov. 1941; — au sujet du vol : Auch, 23 octobre 1940, J. C. P. 1940, II, 1566, et note COSTE-FLORET. — Par contre, la jurisprudence n'a vu qu'un acte préparatoire dans le fait, par un pickpocket, de palper, de l'extérieur, la poche d'un passant : Chambéry, 12 août 1899, D. P., 1900, 2, 127. S., 99, 2, 312.

2. Crim., 1^{er} mai 1879, S., 80, 1, 233; 19 déc. 1879, S., 80, 1, 336; 16 juill. 1885, S., 87, 1, 95.

3. Dans la conception national-socialiste allemande d'un droit pénal « subjectif », le désistement, même volontaire, de l'agent, ne suffit pas à effacer le caractère délictueux du commencement d'exécution. L'inculpé bénéficiera sans doute d'une réduction, et même, au gré du juge, d'une dispense de peine, mais il n'existe pas, en sa faveur, de droit à l'impunité. FRÄSSLER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 35.

privé pour voler, puis, pris de remords, il s'enfuit ; cet individu sera puni pour bris de clôture, délit prévu par l'article 456 du Code pénal. Dans d'autres circonstances, il sera condamné pour violation de domicile (art. 114 et 184 C. pénal).

235. Définition du désistement volontaire : son caractère spontané. — Qu'est-ce donc que le désistement *volontaire* ? La réponse à cette question est moins facile qu'on ne pourrait croire au premier abord.

Un premier point est certain : la nature du mobile qui a déterminé l'agent à s'arrêter n'est pas prise en considération ; peu importe qu'il ait été déterminé par un mobile honnête ou se soit arrêté sous l'influence de la peur ; du moment qu'il l'a fait volontairement, son impunité est assurée.

D'autre part, il n'y a pas de désistement *volontaire*, quand le désistement a été déterminé par une *cause externe*, physique ou morale. Si, au moment où le meurtrier lève le bras pour frapper, ce bras est saisi par un tiers, il n'y a pas désistement volontaire. Supposons qu'un individu soit en embuscade pour tuer son ennemi qui va passer. Voyant des gendarmes, il s'enfuit. Ce désistement ne sera pas reconnu volontaire, non pas à raison de la qualité du mobile, mais parce qu'il n'a pas été *spontané*¹.

La question de savoir si le désistement est volontaire ou non est une question de fait qui est résolue souverainement par les juridictions du fait.

236. La répression de la tentative. — Pour les crimes, la règle est que la tentative est punie. Il n'en est autrement que dans des cas très exceptionnels, où le résultat voulu et obtenu est exclusivement l'objet de la prévision légale. Ainsi en est-il pour le cas d'attentat à la pudeur (art. 331) et pour celui de faux témoignage².

Quant aux délits, la règle est inverse. La tentative n'est punie que pour ceux à l'égard desquels le législateur l'a spécifié. Ainsi, la peine qui est prévue pour le vol par l'article 401 du Code pénal s'applique également à la tentative de vol, parce que le législateur l'a dit (art. 401 C. pénal). De même pour l'escroquerie (art. 405 C. pénal), les coups et blessures volontaires, etc. Par contre, la tentative du délit d'abus des besoins, des faiblesses et des passions d'un mineur (art. 406 C. pénal), reste impunie, dans le silence de la loi. A l'égard des délits d'imprudence, la répression de la tentative ne se conçoit pas, la résolution délictueuse étant, comme nous l'avons dit plus haut, le trait caractéristique du commencement d'exécution³.

1. Cf. Paris, 28 juill. 1848, *D. P.*, 49, 2, 166 ; Crim., 29 mai 1902, *D. P.*, 1904, 1, 31 ; 20 juill. 1933, *Gaz. Pal.*, 27 oct. 1933 ; Trib. corr. Seine 25 septembre 1941, *Gaz. Pal.*, 9-10 novembre 1941 ; Paris, 18 février 1944, *Gaz. Pal.*, 8-10 mars 1944, notre *Chronique, Études de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1944, p. 292.

2. En matière de faux témoignage, la peine n'est encourue qu'au moment où, les débats étant clos, la déposition est devenue irrévocable. Mais alors, l'infraction est consommée : Crim., 4 juill. 1833, *S.*, 33, 1, 862. — Voir encore, au sujet de la corruption de fonctionnaire, (art. 179 Code pénal) depuis l'ordonnance du 8 fév. 1945 : Trib. corr. Guéret, 14 fév. 1946, *D.*, 1946, *J.*, 213.

3. Le projet de Code pénal allemand étend à tous les crimes et délits la répression de la tentative. Il n'est fait exception que pour des infractions de moindre importance (tromperie en matière de mariage, adultère, coups et blessures), et, naturellement, pour les délits d'imprudence. FREISLER, *Das neue Strafrecht*, p. 137.

Enfin, en ce qui touche les contraventions, la tentative n'est jamais punie. On l'a expliqué parce que les contraventions sont des actes purement matériels. C'est oublier que la contravention suppose une manifestation de volonté, et qu'il existe, parmi les contraventions, des infractions intentionnelles. La vérité, c'est que les contraventions sont des actes trop anodins pour qu'on songe à punir l'auteur d'une simple tentative.

237. Identité de la peine légale aux cas de tentative et de délit consommé. — Pour les crimes et les délits, la peine infligée à l'auteur d'une tentative est la même qui atteint l'auteur du délit consommé. La raison qui a déterminé cette solution régressive est le désir d'obtenir un maximum d'intimidation. Cette solution est approuvée, non seulement par les auteurs qui font intervenir dans la répression des considérations morales, mais encore par les partisans de l'École positiviste, préoccupés de l'état dangereux du délinquant. Par contre, elle est critiquée par les théoriciens qui se réclament de la doctrine néo-classique, et veulent proportionner la rigueur de la peine, non seulement au degré d'immoralité que contient l'acte, mais encore au trouble social qu'il a causé. Quand il n'y a qu'un commencement d'exécution, il est certain que ce trouble est moins grave. Si on assimile, ajoutent-ils, l'auteur de la simple tentative à celui du délit consommé, on l'encourage à persévérer dans son entreprise criminelle. Il n'a aucun intérêt à s'abstenir de la mener jusqu'au bout.

238. Le régime différent des législations étrangères. — La doctrine néo-classique a exercé sur ce point une grande influence. Dans la plupart des Codes pénaux promulgués en dehors de chez nous, depuis le milieu du XIX^e siècle, l'auteur de la simple tentative bénéficie d'une atténuation de la peine. On peut citer le Code pénal belge de 1867 (art. 52), le Code pénal allemand de 1871 (§ 44)¹, le Code pénal italien de 1889 (art. 61), et en dernier lieu celui de 1930 (art. 56), les Codes danois, de 1933 (art. 21) (réduction facultative), roumain de 1937 (art. 97), colombien de 1938 (art. 16), suisse de 1938 (art. 21) (réduction facultative). En sens contraire, toutefois, le Code soviétique de 1926 (art. 19)², et le Code polonais de 1932 (art. 24).

239. Justification du régime français. — L'assimilation, faite par notre code, de la tentative et du délit consommé procède, très logiquement, du point de vue subjectif. Ce point de vue est celui qui a guidé, dans l'article 2, les auteurs de notre code, et qui domine encore notre jurisprudence.

1. Toutefois, d'après la loi allemande du 5 fév. 1939, relative aux auteurs d'actes de violence (*Gewaltverbrecher*) la peine de la tentative est égale à celle du crime ou du délit consommé. D'après MEZGER (*Grundriss*, p. 127), cette disposition a un caractère général ; elle modifie, implicitement, le § 44 St. G. B.

2. Le droit pénal soviétique, qui punit les actes préparatoires et la tentative (*supra*, n° 225, p. 132, note 2) n'institue pas de gradation légale des peines. Mais il impose au juge le devoir d'atténuer celle qui est prévue dans la partie spéciale, quand le degré d'avancement de l'activité criminelle fait apparaître moindre l'état dangereux du délinquant. La Cour suprême casse la décision qui prononce une peine trop forte, le juge ayant omis de considérer le moment où l'intention coupable a cessé de s'extérioriser. (GALIAKOV, *op. cit.*, p. 179).

La solution de notre loi, telle qu'elle existe aujourd'hui, n'offre pratiquement aucun inconvénient. Dans tous les cas où il paraît juste, où il est conforme au sentiment populaire que l'auteur de la simple tentative soit puni moins sévèrement, il est possible d'obtenir ce résultat, grâce au système, si large et si souple, et qui est propre à notre droit français, des circonstances atténuantes.

§ 2. — Le délit manqué

240. Distinction du délit manqué et du délit tenté. — Le *délit manqué* ressemble à la tentative en ce que, dans les deux cas, l'agent n'a pas atteint son but ; il en diffère en ce que, dans la tentative, il n'y a qu'un simple commencement d'exécution, tandis que le délit manqué suppose une *exécution complète*. L'exemple classique du délit manqué, c'est celui du coup de fusil tiré par une personne qui a mal visé.

241. Identité de la peine légale aux cas de délit manqué et de délit consommé (art. 2 C. pénal). — Il n'existe pas, dans notre Code pénal, de texte spécial applicable à l'auteur du délit manqué. On peut considérer que ce cas est englobé dans le texte de l'article 2 du Code pénal, concernant la tentative. Cet article est, on le sait, ainsi conçu : *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même. Si elle n'a manqué son effet...* cette partie du texte se rapporte au délit manqué.

D'après l'article 2 du Code pénal, l'auteur du délit manqué est traité comme l'auteur du délit consommé ; il encourt toute la rigueur de la loi pénale. Telle est la solution française.

242. Le régime différent suivi à l'étranger. — Certaines législations étrangères, s'inspirant de la doctrine néo-classique, ont consacré le système de l'inégalité de la peine applicable à l'auteur d'une simple tentative et à celui d'un délit consommé. Or, dans les mêmes législations, on trouve parfois une atténuation, mais moins importante, au profit de l'auteur du délit *manqué*. L'auteur du délit manqué est donc frappé d'une peine intermédiaire entre la peine prévue pour la tentative et celle qui réprime le délit consommé¹. Il est à noter que, chez nous, ce résultat, qui correspond souvent au sentiment public, peut être atteint par le jeu des circonstances atténuantes.

243. Des conditions d'application de l'article 2 du Code pénal. — Ces observations étant faites, on exige, pour que la solution de l'article 2 s'applique, la réunion de deux conditions : 1^o que l'échec de l'entreprise criminelle ne soit pas imputable à l'agent lui-même ; 2^o que cet échec ne

1. Ainsi en était-il dans le Code pénal italien de 1889 (art. 62). Le Code pénal italien de 1930 (art. 56), supprime la différence. Elle se retrouve dans les Codes pénaux du Venezuela (art. 82) et de Colombie (art. 17).

fût pas inévitable, c'est-à-dire qu'on ne soit pas en présence d'une sorte d'infraction, qui fait naître certaines questions délicates : le *délit impossible*.

244. Du cas exceptionnel où le délit est manqué par le fait même de l'agent. — En premier lieu, l'auteur du délit manqué n'encourra pas la rigueur de la loi pénale, quand le délit aura été manqué *par son fait*. Il est possible, bien que tous les actes d'exécution aient été accomplis, qu'une activité supplémentaire et volontaire de l'agent se soit interposée entre ces actes et le résultat, déterminant l'échec de l'entreprise. Un homme a disposé à l'entrée d'un chemin, où doit passer son ennemi, une machine infernale qui fera explosion sur le passage de ce dernier. L'agent n'a plus rien à faire, l'explosion se produira d'elle-même. Mais, pris de remords, ou sous une inspiration quelconque, avant que le résultat nuisible ne se produise, il revient et supprime la cause du danger. Voilà un cas de délit manqué par le fait même de l'agent. Autre exemple : un individu a déposé des matières inflammables, de sorte qu'un incendie se déclarera par la simple chute d'une allumette. S'il revient et disperse les matériaux rassemblés, on est encore en présence d'un délit manqué par le fait de l'agent.

L'impunité s'explique alors par l'idée de politique criminelle que l'on a déjà vue intervenir plusieurs fois : on assure ainsi à l'agent le maximum d'intérêt à prévenir les conséquences de son action délictueuse¹.

245. Du cas exceptionnel où le délit manqué est un délit impossible. — Il faut, ajoute-t-on, pour que l'auteur du délit manqué soit puni, que l'objectif poursuivi par l'agent ne fût pas irréalisable. Le délit ne sera pas puni, s'il s'agit d'un *délit impossible*.

La question semble s'être posée, pour la première fois, devant la jurisprudence française, dans l'affaire Laurent. Laurent, fils dénaturé, a disposé contre un mur de la maison un fusil chargé, à l'aide duquel il a résolu de tuer son père. Ce dernier, soupçonnant le sinistre dessein, décharge subrepticement le fusil, et le remet en place. Laurent fils, revenu, saisit le fusil, met son père en joue, presse la détente et... ne fait aucun mal. La Cour d'Agen le condamne pour tentative d'assassinat (Agen, 8 déc. 1849, S., 52,2.66). Des cas analogues se sont présentés.

Voici une personne qui, voulant empoisonner son ennemi, lui tend une coupe, qu'elle croit pleine de poison. Or, la substance est inoffensive et la mort ne se produit pas. Voici un pickpocket qui plonge la main dans une poche pour en retirer un porte-monnaie. Mais la poche est vide.

Le délit impossible est donc un délit manqué... manqué parce qu'il ne pouvait pas réussir.

Au point de vue de la défense sociale, la répression d'un délit impossible paraît impérieusement commandée. Ce traitement s'impose encore, si on se place au point de vue de la justice. L'inculpé a montré qu'il est immoral et dangereux pour la société ; si, en définitive, son entreprise criminelle n'a pas abouti, c'est par l'effet de circonstances indépendantes de sa volonté.

1. Le Code pénal italien n'admet, au cas de délit manqué par le fait de l'agent, qu'une atténuation de la peine prévue pour le délit tenté (art. 56 *in fine*).

246. Comment est née la « théorie du délit impossible ». — Cependant une théorie contraire, tendant à assurer l'impunité à l'auteur du délit impossible, a pris naissance, il y a longtemps, et a retenu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence.

Elle a été proposée, pour la première fois, en Allemagne, en 1808, par Feuerbach. Elle a été favorablement accueillie en Autriche, en Italie, en France, en Russie, en Belgique, et a convaincu certains interprètes des plus autorisés du Code pénal, tels que Blanche¹, Chauveau-Hélie², Lainé³ et Garraud, dans sa première édition.

247. Des arguments présentés en faveur de l'impunité. — Les arguments invoqués en faveur de l'impunité sont les suivants :

Tout d'abord, un argument de texte, tiré de l'article 2 du Code pénal français ou de textes analogues des législations étrangères. D'après cet article 2, pour qu'il y ait tentative punissable, il faut un commencement d'exécution. Or, a-t-on dit, dans le cas du délit impossible, il n'y a pas de commencement d'exécution, car on n'exécute pas ce qui est impossible.

A l'appui de cet argument, on cite encore l'article 301 du Code pénal relatif à l'*empoisonnement*. L'article 301 qualifie empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne *au moyen de substances qui peuvent donner la mort*. Si les substances administrées sont inoffensives, allègue-t-on, les conditions de l'incrimination prévue par l'article 301 ne sont pas réalisées, et l'impunité doit s'en suivre.

Indépendamment de ces deux arguments de texte, on ajoute, au point de vue du trouble social, que le dommage causé par l'auteur du délit impossible est beaucoup moins considérable que le préjudice déterminé par l'auteur d'un délit tenté, ou, *a fortiori*, consommé.

248. Jurisprudence. — Cette doctrine a pénétré dès le début du XIX^e siècle dans la jurisprudence française qui en a tiré les conséquences suivantes : il a été jugé que doit demeurer impuni celui qui, voulant déterminer un empoisonnement, a administré des substances inoffensives (Cassation 20 novembre 1812, cf. *le Code pénal annoté* de Garçon, sous l'art. 3, n° 118). Il a été jugé également que doit rester impuni l'auteur d'une tentative d'avortement sur la personne d'une femme qui n'était pas enceinte (Crim., 6 janvier 1859, S., 1859, 1, 362). Enfin, il a été jugé que doit être impuni le pickpocket qui a mis la main dans une poche vide (Cour de Paris, 19 octobre 1894, *Gazette du Palais*, 1894, 2, 600).

La théorie du délit impossible aboutit ici à ses conséquences extrêmes. Celles-ci ont paru absurdes. Aussi, une réaction contre la théorie du délit impossible s'est-elle dessinée dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises. Elle a déterminé l'adoption d'une solution, non pas opposée à la précédente, mais qui s'inspire d'un système transactionnel⁴.

249. Distinction de l'impossibilité relative et de l'impossibilité absolue. — On distingue, dans ce système, deux sortes d'impossibilités :

1. BLANCHE, *op. cit.*, t. I, n° 8.

2. CHAUVEAU-HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n° 253.

3. LAINÉ, *op. cit.*, n° 187-174.

4. Il fut défendu pour la première fois par ORTOLAN, *Éléments de Droit pénal*, n° 1002 et suiv.

l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative. Dans le cas d'impossibilité absolue, il y aurait impunité; dans le cas d'impossibilité relative, l'auteur du délit encourrait toute la rigueur de la peine légale.

Dans quels cas est-on en présence d'une impossibilité absolue ou, au contraire, d'une impossibilité relative? Il faut sous-distinguer, selon que l'impossibilité existe *quant à l'objet* ou *quant aux moyens*.

Quant à l'objet, l'impossibilité est absolue quand celui-ci n'existe pas, ou quand il est privé d'une qualité essentielle à la réalisation du délit. Ainsi, il est absolument impossible de commettre un meurtre sur la personne d'un individu déjà mort. De même est injustifiée, à raison de l'impossibilité absolue, l'inculpation d'infanticide, dirigée contre la mère d'un enfant mort-né. Par contre, l'impossibilité, quant à l'objet, est simplement relative, quand l'objet existe, mais se trouve ailleurs que là où l'auteur du délit voulait l'atteindre. Par exemple, une personne, sachant que son ennemi a l'habitude de se tenir dans une pièce, tire un coup de fusil par la fenêtre. Il se trouve que, ce jour-là, la personne visée est absente. C'est un cas d'impossibilité relative.

Quant aux moyens, l'impossibilité est absolue, s'ils sont radicalement inefficaces. Tel est le cas d'une personne qui tire avec un fusil non chargé. Au contraire, il y aura impossibilité relative, si les moyens existent, mais ont été mis maladroitement en œuvre. Ce sera le cas, par exemple, d'un anarchiste qui jette une bombe dans une foule sans savoir se servir du détonateur.

On a prétendu que cette distinction avait pénétré dans la jurisprudence française; on s'est fondé, pour le soutenir, sur des arrêts qui ont consacré les solutions suivantes. Dans une affaire Ours, il a été jugé qu'un individu qui a tiré un coup de fusil par une fenêtre derrière laquelle la victime désignée ne se trouvait pas, devait être condamné (Crim., 12 avril 1877, S., 1877, 1, 329)¹. On a également puni le pickpocket, pris la main dans une poche vide (Crim., 4 janvier 1895 cassant l'arrêt de la Cour de Paris précédemment cité, D.P., 96, 1, 21, note Garraud, S., 95, 1, 108). Enfin, on s'est prévalu du fait que certains arrêts, prononçant des acquittements, avaient constaté, dans les motifs, que l'acte incriminé était « absolument impossible »². Mais il est fort douteux que les auteurs de ces arrêts aient donné à ce terme « absolument » un sens technique.

En revanche, la distinction de l'impossibilité absolue et de l'impossibilité relative prévaut dans la rédaction du Code pénal italien de 1930, dont l'article 49, al. 2 est ainsi conçu : *Toute possibilité de punir est exclue, lorsque, pour défaut d'idoneité de l'action ou par l'inexistence de l'objet, l'événement dommageable ou dangereux est impossible.* L'article 49, al. 4 du même Code admet, il est vrai, le recours, vis-à-vis de l'auteur du délit « absolument impossible », à des mesures de sûreté. Même distinction dans le Code roumain de 1937, art. 99, et le Code suisse de 1938, art. 23, qui autorise, au cas d'impossibilité absolue, une libre atténuation de la peine. L'application, au cas d'impossibilité absolue, des mesures de sûreté, est prévue par le Code cubain, art. 26 *in fine*.

250. Distinction de l'impossibilité de fait et de l'impossibilité de

1. Voir, dès auparavant, dans le même sens : Montpellier, 26 février 1852, S., 52, 2, 464.

2. Crim., 4 nov. 1876, S., 77, 1, 48; 12 avril 1877, S., 77, 1, 329; 16 juillet 1910, B., n° 389; 20 mars 1919, Gaz. Trib., 1919, 1, 65.

droit. — M. R. Garraud a préconisé une distinction différente¹. Il oppose à l'impossibilité de fait l'impossibilité de droit résultant de ce qu'un des éléments matériels essentiels à l'infraction fait défaut : ainsi, pour l'avortement, l'absence de grossesse, pour l'empoisonnement, l'emploi de substances non toxiques... L'impossibilité de droit, seule, entraînerait l'impunité. — Mais l'impossibilité est toujours mêlée de fait et de droit. Elle implique un rapprochement des circonstances de fait, personnelles ou réelles, et de la notion du délit qui est donnée par la loi (cf. les critiques de M. A. HENRY, note *D.P.*, 1929.1.97). Quant à ses conséquences pratiques, cette distinction encourt les mêmes reproches que la précédente, et qui sont les suivants.

251. Réfutation. — La notion d'impossibilité ne comporte pas de mesure. Tuer ou blesser une personne déjà morte, tuer ou blesser une personne absente du lieu où on la vise sont deux entreprises également vouées à l'échec. Quand l'erreur de fait dont elles procèdent vient de circonstances fortuites, quand cette erreur ne manifeste pas la faiblesse d'esprit de leur auteur — hypothèse que nous réservons pour l'envisager plus loin — elles constituent des tentatives également immorales. L'état dangereux qu'elles révèlent justifie, à un égal degré, la répression.

252. Abandon de la théorie du délit impossible. — Aussi, notre jurisprudence, qui s'est laissé séduire quelque temps par les arguments spécieux de la théorie allemande, tend-elle à consacrer d'une façon absolue la solution répressive. Fidèle au point de vue subjectif qui domine ses solutions concernant la tentative, et qui a été, sans nul doute, celui des auteurs du Code pénal, dans l'article 2, elle se laisse guider par les considérations suivantes. Il existe un commencement d'exécution, et par conséquent une tentative punissable, toutes les fois qu'ont été accomplis des actes qui, dans la pensée de l'agent, devaient consommer le délit qu'il avait en vue. Peu importe que, par suite d'une circonstance indépendante de sa volonté, il y ait eu délit manqué. Citons, comme bien caractéristique, l'arrêt de la Chambre criminelle du 9 novembre 1928 (*D.P.*, 1929, 1, 97, note Henry, *Sem. jurid.*, 1929, 240, note P. Garraud) qui considère comme tentative punissable les manœuvres abortives pratiquées sur la personne d'une femme à l'aide de substances radicalement inaptes au but proposé. C'était un cas d'impossibilité « absolue », quant aux moyens. « Lorsqu'une loi incrimine une tentative ou un délit manqué, elle se place au point de vue *subjectif*; elle ne punit pas, parce qu'il y a eu un préjudice social matériel, mais parce que l'intention de l'agent manifestée par des actes proches du délit prouve sa culpabilité ou sa nature dangereuse. Toutes les fois donc que ces actes et cette intention dangereuse existent, la tentative est constituée, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le délit était possible ou impossible »².

La répression du délit impossible quant à l'objet et quant aux moyens est consacrée législativement, en matière d'avortement, par le Code de

1. R. et P. GARRAUD, *Précis de Droit criminel*, 15^e éd., n° 82, p. 215. Voir, dans le sens de cette distinction : AIX, 12 février 1941, *Semaine juridique*, 1941, 1661.

2. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 2 et 3, n° 114.

Voir depuis, dans le même sens : Crim. 21 déc. 1939, *Semaine juridique*, 1941, 1406. 21 janv. 1942. *D. A.*, 1942, *Sommaires*, 5, Chronique HUGUENEY, *Revue de science criminelle* 1940, p. 223; LÉGAL, La Répression légale de l'avortement, *Semaine juridique* 1941, étude 212.

la famille (décret-loi du 29 juillet 1939, relatif à la famille et à la natalité françaises).

Jusqu'ici, aux termes de l'art. 317 du Code pénal, l'auteur des manœuvres abortives ne tombait sous le coup de la loi pénale que si la victime était réellement « enceinte »¹. La femme qui avait voulu se procurer l'avortement elle-même n'était punie que si l'avortement s'en était suivi. La tentative, en ce qui la concerne, par une indulgence difficilement justifiable, échappait aux rigueurs de la loi. Seulement, à l'égard des médecins, officiers de santé, sages-femmes, visés par l'alinéa 3 de l'art. 317, la jurisprudence la plus récente avait admis, dans le silence de la loi, que la *grossesse* de la femme n'était pas nécessaire à l'existence du délit². C'était admettre la répression d'un délit absolument impossible, impossible faute d'objet.

Le décret-loi du 29 juillet 1939 dépasse cette jurisprudence. Aux termes de l'art. 317 nouveau du Code pénal (art. 82 du décret-loi), est puni *quiconque* a procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou *supposée enceinte*³. La tentative imputée à la femme est désormais punissable⁴. La responsabilité pénale des médecins, officiers de santé, sages-femmes..., auxquels le décret-loi ajoute les infirmiers, infirmières, masseurs, masseuses, est engagée aux mêmes conditions que précédemment.

Mais à l'égard de la femme elle-même, la répression de la tentative est-elle subordonnée à la condition qu'elle fût *réellement* enceinte ? Sur cette question, les Cours d'appel se sont divisées.

La Cour d'Aix (12 novembre 1940, *Semaine juridique*, 1941, p. 1570, note MAGNOL) a jugé qu'à l'égard de la femme le délit impossible, quant à l'objet, reste impuni. Son argumentation se fonde sur ce que les mots « enceinte » ou « supposée enceinte » de l'alinéa 1^{er} ne se retrouvent pas dans l'alinéa 3 relatif à l'avortement imputé à la femme.

Nous préférons la décision contraire des Cours de Riom (30 août 1940), *Semaine juridique*, 1940, 1530, et de Toulouse (15 mars, 15 juin et 20 septembre 1940, *Semaine juridique*, 1940, 1631). C'est elle qui a prévalu devant la Cour de cassation⁵.

L'argument *a contrario* ne saurait prévaloir sur l'examen des précédents et sur l'analyse du but que le législateur s'est proposé : but de sévérité, qui n'épargne pas la femme délinquante, puisque le législateur de 1939 a innové en décidant que désormais la tentative d'avortement imputable à la femme elle-même serait punie. Faute d'indication contraire, il est normal d'admettre que les éléments constitutifs du délit ne varient pas avec la personnalité de l'agent. Ils sont indiqués par l'alinéa 1^{er} de l'article 317, auquel les alinéas suivants, et notamment l'alinéa 3, se réfèrent implicitement.

L'exégèse de cet alinéa 3 ne conduit pas à une conclusion différente. Est

1. Crim., 6 janv. 1859, S., 59, 1, 362.

2. Crim., 12 mai 1934, S., 35, 1, 319 ; 3 août 1938, *Gaz. Pat.*, 6 déc. 1938, *Semaine juridique*, 1938, 910. *Contra* GARÇON, op. cit., art. 317, n° 2.

3. Il est possible que l'agent ait cru, à tort, que la femme était enceinte. Il est possible, aussi, qu'il ait voulu, frauduleusement, le faire croire. Dans les deux cas, sa responsabilité pénale, pour tentative d'avortement, est engagée. Dans le second, une inculpation d'escroquerie peut se cumuler avec la précédente ; Cf. HUGUENY, *Chronique, Revue de Science criminelle*, 1939, p. 84.

4. G. LÉLOIR, *Le Code de la famille et le droit pénal (législation de l'avortement)*. DALLOZ, *Recueil critique*, 1941, chronique III.

5. Crim., 8 juillet 1943, D. C., 1944, J. 5 et note B. PERREAU, critique ; S. 44, 1, 37, note J. BROUCHOT ; Crim. 31 mars 1944, D. A., 1944, J. 89. La Cour de cassation estime que le principe posé au début de l'article 317 Code pénal modifié par le décret du 29 juillet 1939, art. 82, constitue une règle dont les paragraphes suivants, et notamment le § 3 visant la femme qui s'est procuré l'avortement, ne sont que des applications. La doctrine était généralement conforme. MAGNOL, J. C. P. 1940, II, 1570 ; *Chronique dans les Etudes de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 259 ; FAUCHER, J. C. P. 1942, II, 1853 et 2003 ; BROUCHOT, note S., 1944, 1, 37. *Contra* note B. PERREAU, sous trib. corr. Seine, 31 octobre 1942, D. C. 1943, J. 130.

punissable la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet. Ce dernier membre de phrase, que ne suivent plus les mots *si l'avortement s'en est suivi*, supprimés par le législateur de 1939, rend la répression indépendante de la possibilité du résultat, aussi bien que du résultat lui-même.

La solution ne saurait faire doute, pour quiconque admet, avec nous, la répression du délit « relativement ou absolument impossible ».

La répression du délit impossible, quant à l'objet et quant aux moyens, est admise par le Code polonais de 1932, article 23, § 2, par le projet de Code pénal français : Article 108 : *La tentative est punissable, alors même que le but recherché ne pouvait être atteint, à raison d'une circonstance de fait ignorée de l'auteur*, et par le projet tchécoslovaque, paragraphe 18.

253. Du cas exceptionnel ou l'absurdité de l'entreprise révèle l'irresponsabilité de l'agent. — Cependant, il convient d'observer que, dans la doctrine subjective qui est la nôtre, il est un cas où l'impossibilité du délit aura pour conséquence de déterminer l'impunité ; mais ce sera une conséquence indirecte. Supposons qu'un individu veuille faire mourir son ennemi au moyen d'envoûtement, de sortilège. Il ne saurait raisonnablement être poursuivi pour assassinat. Mais, c'est qu'alors l'absurdité des moyens employés démontre qu'on est en présence d'un faible d'esprit, d'un irresponsable. Il y a « cause de non-imputabilité »¹.

§ 3. — Le délit consommé

254. Distinction du délit manqué et du délit consommé. — Le délit consommé se distingue de la simple tentative, en ce que tous les actes d'exécution ont eu lieu. Il se distingue du délit manqué en ce que le résultat poursuivi par l'agent est atteint.

255. Inefficacité du repentir actif postérieur à la consommation du délit. — La peine prévue par la loi est alors infligée dans toute sa rigueur. Peu importe que l'agent, par une activité ultérieure, ait détruit

1. Il peut arriver, même en présence d'un agent responsable, que l'insignifiance absolue des actes extérieurs rende la poursuite inutile ou inopportune. FREISLER (*Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts*, pp. 73 et suiv.) donne les exemples suivants : un homme contracte une seconde union, alors qu'il croit sa première épouse encore vivante ; or, elle est morte ; un aveugle a des relations sexuelles avec une personne qu'il croit être sa sœur, et qui ne l'est pas. La poursuite pour bigamie, dans le premier cas, pour inceste dans le second, paraît peu recommandable ; cf. *Entsch. des R. G.*, 8, 198 ; 34, 218. Une décision récente du Reichsgericht offre pourtant un exemple suggestif d'une incrimination semblable, qui, sous l'influence du point de vue « raciste » a été suivie de condamnation. Est jugé punissable pour « tentative de trahison de la race » un Allemand de race aryenne qui a eu des relations sexuelles avec une Allemande aryenne comme lui, mais qu'il croyait Juive ! (*Entscheidungen des Reichsgerichts*, 72, 101). Ce n'est plus seulement le délit impossible, c'est le délit putatif qui tombe sous le coup de la loi (MEZGER *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss*, Berlin, 1943. Cf. la *Giustizia penale*, 1939, parte II, II, Codice, p. 414 et suiv.). On n'évitera ces applications extrêmes et inadmissibles du *Willensstrafrecht* qu'en laissant au ministère public un certain pouvoir d'appréciation, quant à l'exercice de l'action publique. Aussi le législateur allemand envisage-t-il la substitution du principe d'opportunité au principe de « légalité » actuellement en vigueur.

les conséquences néfastes de son acte. En présence d'un délit consommé, la réparation volontaire par le coupable est inopérante¹.

256. Des cas exceptionnels où la loi tient compte de la réparation volontaire. — Toutefois, à cette règle il existe quelques exceptions. Dans certains cas, le législateur tient compte de la réparation volontaire du préjudice, postérieure au délit consommé, pour atténuer la durée ou la gravité de la peine.

On peut citer, à cet égard, les articles 237 et suivants du Code pénal, qui infligent une peine d'emprisonnement aux gardiens de prison qui ont laissé s'échapper un détenu par négligence ou par complaisance. L'article 247 dispose que, au cas de simple négligence, la peine ne sera pas prononcée, lorsque l'évadé aura été repris ou représenté dans les quatre mois de l'évasion. De même, l'article 355 du Code pénal, modifié par la loi du 14 janvier 1937, qui prévoit, pour l'enlèvement d'un mineur de 15 ans, la peine des travaux forcés à perpétuité, réduit cette peine aux travaux forcés à temps si le mineur est retrouvé vivant avant qu'il ait été rendu l'arrêt de condamnation. On remarquera que, dans les deux cas précédents, l'agent obtient le bénéfice de l'excuse, même si le dommage est évité par une circonstance indépendante de son fait.

On citera l'article 266 du Code pénal modifié par la loi du 18 décembre 1893, contre les menées anarchistes. Il punit comme un crime, des travaux forcés à temps, le fait de s'affilier à une association de malfaiteurs. Exception est faite en faveur de l'agent qui, avant toute poursuite, aura révélé aux autorités constituées l'entente établie, ou fait connaître l'existence de l'association. On encourage ainsi le malfaiteur à la dénonciation de ses complices.

On trouve dans certaines législations étrangères une disposition analogue de portée plus générale. Ainsi le § 46 du Code pénal allemand de 1871 dispose : « La tentative n'est pas punissable, si, à une époque où elle n'était pas découverte, l'agent a, par un fait contraire, détourné les conséquences de son activité criminelle ». De même, le projet tchécoslovaque, § 19. Le Code pénal italien de 1930 (art. 56, *in fine*) se contente d'instituer, en faveur de l'agent qui empêche le résultat dommageable, une excuse légale atténuante. Le Code danois, beaucoup plus indulgent, édicte l'exemption de peine (art. 22), quand l'agent s'est efforcé, même sans succès, d'écarter la réalisation du préjudice. Le Code pénal suisse (art. 22) autorise, en faveur de celui qui a empêché, ou contribué à empêcher le résultat nuisible, une « libre atténuation de la peine ». Le Code pénal colombien (art. 429) ordonne une réduction de la peine, de 1/6 à 1/2, quand l'objet du délit est restitué avant le jugement de première instance, ou avant le verdict du jury.

Sous réserve de ces exceptions, la règle demeure, en droit pénal français : la réparation postérieure à l'acte est inopérante. Au contraire, un délit manqué par le fait de l'agent reste impuni.

257. Détermination du moment de consommation du délit. — Il y a donc le plus grand intérêt à savoir si, dans un cas donné, on se trouve en présence d'un délit manqué par le fait de l'agent ou d'un délit consommé, mais réparé.

258. Intérêt qu'offre, à cet égard, la distinction des délits matériels et des délits formels. — La distinction est délicate à faire, car elle varie

1. Crim., 10 juin 1842, S., 42, 1, 853 ; 3 juin 1846, S., 46, 1, 652 ; 27 oct. 1916, S., 1919, 1, 105. Note Roux, 10 juin 1926, S., 27, 1, 320 ; 2 août 1935, D. H., 1935, p. 493 ; 21 nov. 1936, Gaz. Pal., 4 janv. 1937.

selon qu'il s'agit d'un délit *matériel* ou d'un délit *formel*. Le délit formel est celui qui doit être considéré comme consommé avant que le résultat soit atteint. C'est le cas de l'empoisonnement. Au contraire, le délit matériel n'est réputé consommé que quand le résultat est atteint ; le meurtre n'est consommé que lorsque la victime est décédée.

Si un individu, voulant tuer son ennemi, le jette dans la rivière, puis, saisi de remords, se précipite et le sauve, il y a délit manqué par le fait de l'agent ; l'impunité s'impose.

Envisageons la même question pour le délit formel. Un malfaiteur a administré à celui dont il voulait la mort une substance nocive ; puis, pris de remords, il lui fait absorber un contrepoison, si bien que la mort ne se produit pas. On est ici en présence d'un délit consommé et réparé, puisque, d'après l'article 301 du Code pénal, l'empoisonnement consiste dans l'administration de substances nocives, *quelles qu'en aient été les suites*. Toute la rigueur de la peine légale est encourue.

Voilà une distinction singulière, dont les conséquences semblent injustes ; en fait, il est possible d'en tempérer l'iniquité.

Celui qui précipite son ennemi dans la rivière et le secourt lui-même ne sera pas puni pour meurtre. Mais il est probable que, pour réaliser son dessein, il s'est livré à des voies de fait ; il sera puni de ce chef.

D'autre part, l'auteur de l'empoisonnement encourt en principe la peine de mort, mais le juge tiendra compte, dans une très large mesure, par le jeu des circonstances atténuantes, de son repentir actif.

Les auteurs du projet de Code pénal français ont simplifié une matière que la différence à faire entre le délit matériel et le délit formel complique inutilement. Renonçant à toute incrimination spéciale de l'empoisonnement, ils appliquent au meurtre, *quels que soient les moyens employés*, une qualification unique (art. 359)¹.

1. YVES RIVIÈRE, *De l'Homocide volontaire dans le Projet de Révision du Code pénal*, Toulouse, 1936.

CHAPITRE II

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ

259. Détermination des personnes responsables. — La question du fondement de la responsabilité pénale a mis aux prises, de nos jours, les représentants du néo-classicisme et ceux de l'École positiviste. Pour les premiers, qui partent de l'idée préconçue du libre arbitre, la responsabilité pénale est à base de responsabilité morale¹. Les seconds ne mettent à la charge du délinquant qu'une responsabilité sociale, ou, comme a dit Ferri, une responsabilité légale indépendante du préjugé de la liberté humaine, affranchie, par conséquent, de tout sentiment de flétrissure ou de blâme².

Les déterministes encourent, au même degré que leurs adversaires, le reproche d'*apriorisme*. La négation, non plus que l'affirmation du libre arbitre, n'est susceptible de démonstration scientifique. La question relève de la métaphysique ou du sentiment. Il n'est pas dans notre propos de l'approfondir. On a soutenu³, non sans raison, nous semble-t-il, que le criminaliste peut adopter, à son égard, une attitude d'agnosticisme et de neutralité. Cette position est celle des législateurs modernes.

Si l'on excepte, en effet, de rares législations qui, influencées par l'École néo-classique, subordonnent la responsabilité d'un acte délictueux à la condition que cet acte ait été libre (en ce sens, notamment, le Code pénal allemand, de 1871, § 51, le Code pénal italien de 1889, art. 46, plus récemment, le Code vénézuélien de 1926, art. 62), les auteurs de codes modernes s'abstiennent systématiquement de cette expression. La formule la plus fréquente consiste à exiger, pour que l'acte visé soit punissable, qu'il ait été commis *avec conscience et volonté*⁴. Au critérium de la liberté morale on substitue celui de la normalité du sujet.

Gabriel Tarde, également désireux d'affranchir la responsabilité pénale d'un parti pris sur le problème du libre arbitre, la fait dépendre des conditions d'*identité personnelle* et de *similitude sociale*; identité de la persona-

1. R. GARRAUD, *De la Notion de Responsabilité morale et pénale* (Bulletin de l'Union internat. de Droit pénal, t. VI, 1897, pp. 330, 468 et suiv.).

2. FERRI, *Sociologie criminelle* (trad. TISSIER, 1905, pp. 317 à 467).

3. CUCHE, *De la Possibilité d'organiser la Répression pénale en dehors du Libre Arbitre* (Annales de l'Université de Grenoble, 1897).

4. Voir notamment le § 51 nouveau du Code pénal allemand modifié par une loi du 24 novembre 1933, le Code pénal italien de 1930, art. 42, 85 et 88, le Code pénal polonais de 1932, art. 17. — Selon les art. 6 et 8 du Code russe de 1926, n'est pas infraction pénale l'action ou l'inaction qui, réunissant les éléments constitutifs d'un délit déterminé, n'apparaît cependant pas *socialement dangereuse*, à raison de son insignifiance évidente ou du défaut de conséquences dommageables. Ainsi un fait, délictueux lors de sa commission, ne peut plus être frappé d'une peine, s'il cesse d'apparaître socialement dangereux, à raison d'un changement du milieu politico-social. Cependant, le droit soviétique fonde la répression sur la responsabilité individuelle et la faute intentionnelle ou d'imprudence. La doctrine insiste beaucoup sur ce point. (GOLIAKOV, *op. cit.*, pp. 100 et suiv., 143 et suiv., 273).

lité qui est la cause directe de l'action délictueuse, et de celle qu'atteindra la peine ; *similitude* entre ceux qui frappent et celui qu'ils rendent responsable du fait incriminé¹.

260. Les aliénés. — La condition d'*identité personnelle* manque chez les aliénés — comme l'indique l'étymologie même de ce mot. L'aliénation mentale s'analyse en un dédoublement de la personnalité. Punir un fou est faire œuvre vaine, puisque l'individu qu'on châtie est psychologiquement distinct de celui qui est la cause du dommage. Autrefois, sous l'influence de superstitions, les aliénés ont été l'objet de traitements répressifs. Aujourd'hui, les positivistes, déniant à la peine tout caractère de sanction morale, et la présentant comme un acte utilitaire de défense sociale, veulent traiter les fous criminels dans le cadre pénal et pénitentiaire. Du moins admettent-ils que les mesures dont ils seront l'objet, adaptées à leur nature propre, seront curatives et non répressives.

261. Les sauvages ; les animaux. — La condition de *similitude sociale* manque, quand l'auteur matériel de l'acte délictueux est un non-civilisé, ou une bête. Gabriel Tarde observe qu'un acte criminel, un meurtre par exemple, imputé à un sauvage, ne soulève pas dans nos milieux la même indignation, ne provoque pas la même réaction morale, n'appelle pas la même sanction que si le coupable est un des nôtres. L'intervention pénale exige un minimum de ressemblance entre les sujets actifs et passifs de la peine. Si ce rapport de similitude est absent entre civilisés et non civilisés — ce qui peut être contesté — il manque, plus certainement, entre l'individu humain et les bêtes. Au moyen âge, on trouve des procès faits à des animaux, des châtiments qui leur sont infligés, par l'effet de superstitions qui les font regarder, aussi bien que les fous, comme possédés du démon. On sait que Lombroso a affirmé l'existence d'une criminalité des bêtes, analogue à celle des hommes. Somme toute, l'Ecole positiviste se montre assez peu conséquente en s'abstenant de soumettre les bêtes malfaisantes au droit pénal. Pourquoi, a-t-on dit parfois, les animaux ne seraient-ils pas les sujets passifs de celui-ci, comme ils en sont les bénéficiaires, aux termes de la loi Grammont qui les protège contre les mauvais traitements ? On a répondu que la loi Grammont ne fait pas des animaux les sujets d'un droit. Si elle les protège, ce n'est pas dans leur intérêt, mais dans celui des hommes, chez qui la vue de mauvais traitements peut faire naître des habitudes d'insensibilité et de cruauté².

262. Le problème de la responsabilité pénale des personnes morales. — Une question plus délicate est celle de la responsabilité des personnes morales. Celle-ci était reconnue dans notre ancien droit. L'ordonnance criminelle de 1670 indique, dans son article 21, la manière de faire des procès aux collectivités et détermine les peines qui doivent leur être infligées : amendes, démolitions de murailles pour les villes, ou d'édifices.

Le Code pénal n'a pas consacré expressément la responsabilité pénale des personnes morales. Il y aurait cependant le plus grand intérêt pratique à l'admettre. Quand les administrateurs d'une société anonyme ont

1. Cf. Jules GILLARD, Gabriel Tarde. *Sa Métaphysique, sa Sociologie, sa Criminologie*, pp. 39 et suiv.

2. Ainsi, la Cour de cassation a jugé, à l'occasion d'une course de taureaux (Cass. 23 mars 1937, S., 41, 1, 105, et note critique J. A. ROUX) que la loi Grammont du 2 juillet 1850, intervenue dans l'intérêt de la moralité publique, n'a pas voulu atteindre seulement le propriétaire, qui abuse de son droit. Cette loi atteint quiconque, propriétaire d'un animal domestique, ou, à plus forte raison, sans droit sur lui, exerce, publiquement et sans nécessité, de mauvais traitements sur cet animal. Voir, en ce sens que l'animal serait titulaire d'un droit à la protection pénale : BOCCOPEL, *La Protection pénale des Animaux* (Mémoires de l'Institut de Criminologie, t. I, Paris, Sirey, 1934).

méconnu les prescriptions des lois de 1867 et de 1893, lesquelles intéressent au plus haut point l'épargne publique, il y aurait un grand intérêt pratique à ce que, derrière la responsabilité de l'administrateur, qui demeure souvent inopérante, il y ait la responsabilité de la société elle-même, dont le patrimoine offre un gage plus considérable¹.

263. Examen des objections opposées à la responsabilité pénale des groupements. — L'objection fondamentale est la suivante : la personne morale n'est pas douée d'une volonté propre. — Cette objection est en accord avec la théorie traditionnelle d'après laquelle la personnalité morale est une fiction. Mais aujourd'hui domine la thèse opposée de la *personnalité réelle*, qui reconnaît aux groupements, à raison des *intérêts* propres qu'ils représentent, ou même de la volonté dont ils sont dotés, une individualité distincte de celle de leurs membres. Elle a déjà pénétré dans notre législation ; citons la loi de 1901 sur les associations. Il est reconnu que les personnes morales sont responsables civilement, à raison des fautes qu'elles commettent ; on ne voit pas pourquoi elles ne seraient pas responsables pénalement.

La seconde objection élevée contre la responsabilité pénale des groupements est tirée du fait que la personnalité morale est subordonnée au respect de l'*affectation spéciale* : c'est dans les limites déterminées par le but que doit se manifester exclusivement cette personnalité. Si la personnalité morale a été conférée à certains groupements, ce n'est pas pour leur permettre de commettre des délits. — Cette argumentation est spécieuse, sophistique. D'abord, le principe de spécialité est propre au droit administratif. De plus, si on l'admet, c'est en tirer une singulière conséquence qu'accorder aux personnes morales toute latitude pour mal faire, alors que la règle de spécialité a pour raison d'être de les empêcher de s'écarter du droit chemin.

On a ajouté que les pénalités instituées par notre Code pénal concernent manifestement les personnes physiques ; la plupart d'entre elles seraient inapplicables aux collectivités ; ainsi, notamment, la peine d'emprisonnement. — Mais si toutes les peines du Code ne sont pas applicables aux personnes morales, il en est qui peuvent les atteindre efficacement. C'est le cas des peines pécuniaires et des peines flétrissantes. On peut même concevoir la peine de mort, sous forme d'une dissolution du groupement.

On a objecté, enfin, que la sanction pénale infligée aux personnes morales est attentatoire au principe de la *personnalité des peines*. L'appauvrissement du patrimoine social atteint des actionnaires qui n'ont pris aucune part à l'acte imputé aux administrateurs. — C'est là une conséquence de fait, non une conséquence juridique du jugement : seuls, les administrateurs coupables et le groupement lui-même, en tant que personne morale, sont les sujets passifs de la peine. Or, il est dans la nécessité des choses que l'infliction d'une peine ait ses répercussions sur des tiers innocents. Quand un chef de famille est frappé, sa femme, ses enfants en subissent les conséquences matérielles et morales. Rendre la société pénalement responsable des agissements de ses administrateurs, c'est déter-

1. MESTRE, *Les Personnes morales et le Problème de leur Responsabilité pénale*, Paris, Rousseau, 1899.

miner, fort utilement, les actionnaires à se montrer plus attentifs dans le choix et la surveillance de leurs représentants. Enfin, on verra que la « responsabilité pénale du fait d'autrui » n'est pas exclue de notre droit positif actuel.

264. Vers l'admission d'une responsabilité pénale des personnes morales : la jurisprudence. — La Cour de cassation exclut, en principe, la responsabilité pénale des personnes morales¹, et cette négation s'exprime encore dans des arrêts relativement récents². Néanmoins, elle subit, de façon croissante, l'influence du courant contraire créé par les juges du fait, plus sensibles, semble-t-il, aux nécessités de la pratique.

a) Il est reconnu en jurisprudence que les sociétés peuvent être l'objet d'amendes fiscales, qui offrent le caractère mixte de sanctions pénales et de dommages-intérêts (*infra*, n° 659) ; qu'elles sont dans certains cas responsables des amendes pénales encourues par leurs préposés³ ; il ne paraît s'agir, à vrai dire, que d'une responsabilité civile (*infra* n° 491 et 658)⁴.

b) Il résulte d'une pratique constante que certaines sanctions pénales qui revêtent un caractère *réel* et participent à la nature des mesures de sûreté, la confiscation spéciale (n° 682), la publicité donnée à la condamnation (n° 687), la fermeture d'établissement (n° 732) s'appliquent aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques.

c) Quand les lois ou règlements font peser sur une *entreprise* la responsabilité pénale du fait de ses préposés, ou attachent à certaines qualités communes aux personnes morales et aux personnes physiques, comme celles de propriétaire, d'employeur, d'armateur etc., des obligations sanctionnées pénalement, la Cour de cassation trouve dans ces textes l'occasion, qu'elle saisit de plus en plus souvent, de sanctionner la responsabilité pénale d'organismes collectifs.

Dans une affaire récente, le gérant d'un magasin appartenant à une société, prévenu du délit de vente de boissons interdites, fut seul retenu par la Cour d'appel comme pénalement responsable. La société fut relaxée. La Cour de cassation, saisie de l'affaire sur le pourvoi du prévenu, infirme la décision de la Cour d'appel. Elle décide que la société a été relaxée à tort, étant *propriétaire* des marchandises vendues en fraude, et responsable de ce chef aux termes du décret du 1^{er} germinal an XIII, article 35 (*infra*, n° 659), ce, nonobstant une convention conclue entre la société

1. Crim. 8 mars 1883, *D. P.*, 85, 1, 470 ; Orléans 28 avril 1941, *D. A.*, 1941, J. 249.

2. Crim. 17 mai 1930, *S.*, 1932, 1, 37.

3. Crim., 7 mars 1918, *D. P.*, 1921, 1, 217, note NAST, *S.*, 21, 1, 89 note ROUX ; 28 mai 1925, *S.*, 26, 1, 95 ; 18 fév. 1926, *S.*, 28, 1, 291 ; Douai, 7 déc. 1935 et Lille, 30 déc. 1935, *Gaz. Pal.*, 1936, 1, 410.

4. Une intéressante suggestion a été émise par M. MESTRE (*Faute administrative et faute pénale*, *D. H.*, 1935, n° 25, *Chronique XV*) tendant, au cas où un agent de l'Etat aurait commis une faute de service qui constituerait en même temps un délit, à faire peser directement sur l'Etat la responsabilité *pénale*. On éviterait ainsi l'inconvénient dont témoigne l'arrêt Thépaz (Tribunal des Conflits, 14 janvier 1935, *S.*, 35, 1, 17, note ALIBERT), aux termes duquel un délit ayant été commis, dans le service, par un soldat, la responsabilité civile de l'Etat ne peut — malgré l'article 3 du Code d'instruction criminelle, — être engagée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Voir, dans le sens de cette suggestion, au sujet des contraventions de voirie : Conseil d'Etat, 14 juin 1851, *S.*, 51, 2, 248 et 30 juin 1899, *S.*, 1901, 3, 137. Cf. LAFERrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 612.