

Notes aux lecteurs

Le texte qui suit a été écrit par moi en 1990 pendant que j'étais étudiant pour le grade de la maîtrise en droit à l'Université d'Ottawa.

Il s'agit de notes sur l'art. 35 du *Code pénal allemand*. Ces notes n'ont pas été écrites afin d'être publiées à l'époque. Il s'agissait de notes afin de me familiariser avec certains concepts du droit pénal allemand avec lequel j'étais fasciné.

Je les mets en ligne aujourd'hui car elles peuvent, je l'espère, contribuer aux recherches que les lecteurs peuvent faire sur l'état de nécessité comme excuse.

François Lareau

Ottawa, le 13 septembre 2007

Notes sur l'article 35 du *Code pénal* de la République fédérale
d'Allemagne – état de nécessité en tant que cause d'excuse

Le 1er janvier 1975, la République fédérale allemande adopta un "nouveau" Code pénal.¹ L'article de la Partie générale du Code pénal qui comprend le concept de la contrainte morale est l'art. 35 sur "l'état de nécessité en tant que cause d'excuse";

1

ARTICLE 35

Etat de nécessité en tant que cause d'excuse

(1) Agit sans culpabilité celui qui, en présence d'un danger pour la vie, la personne ou la liberté, danger qui ne peut être évité par aucun autre moyen, commet un acte illicite en vue de détourner le danger de lui-même, d'un parent ou d'une autre de ses proches. La présente disposition n'est pas applicable s'il pouvait, selon les circonstances, être exigé de l'auteur qu'il accepte le danger notamment parce qu'il avait lui-même provoqué le danger ou parce qu'il se trouvait dans une situation juridique particulière; toutefois, la peine peut être atténuée en application de l'article 49, alinéa 1, lorsque l'auteur, eu égard à des rapports juridiques particuliers, ne devait pas accepter le danger.

(2) Si, lors de la commission de l'acte, l'auteur suppose, par erreur, l'existence de circonstances qui l'auraient excusé, en application de l'alinéa 1, il n'est puni que s'il ne pouvait pas éviter cette erreur. La peine doit être atténuée conformément à l'article 49, alinéa 1.²

L'art. 35, qu'on appelle aussi en français "l'état de nécessité absolutoire"³ a remplacé⁴ dans une seule disposition, les anciennes dispositions sur la contrainte (l'art. 52) et l'état de nécessité (l'art. 54) du Code pénal de 1871, et qui se lisaient ainsi:⁵

S. 52. Duress

1. No act constitutes an offense if its perpetrator was compelled so to act by irresistible force or by a threat entailing an immediate and otherwise not avertible danger to his own or one of his family members' body or life.

2. Within the meaning of this penal statute, family members are relatives in the ascending or descending line and in-laws, as well as adoptive and foster parents and children, spouses and their brothers and sisters, brothers and sisters and their spouse, and fiancés.
[8-4-1953]

S. 54. Necessity

No act constitutes an offense if it was committed under circumstances other than self-defense or defense of another in case of an emergency which is not due to the perpetrator's fault and which cannot be averted in any other way, and if it is necessary for the salvation from an immediate danger threatening the body or life of the perpetrator or of a member of his family.
[5-15-1871]

Le "nouveau" Code pénal est due au projet de Code pénal du gouvernement en 1962 et au projet alternatif d'un Code pénal préparé par des professeurs en 1966.⁶ On retrouve dans ces deux projets, une disposition sur l'état de nécessité absolutoire.⁷

Avant de donner quelques explications sur l'art. 35 du Code pénal, il est essentiel afin de comprendre le droit pénal allemand, d'expliquer le principe central du droit pénal allemand, "le principe de culpabilité (Schuldprinzip)"⁸ et les "conditions juridiques générales de la punissabilité" d'un acte⁹.

Le professeur Jescheck explique le principe de la culpabilité (Schuldprinzip) ainsi:

[c'est l'expression de la conception éthique de la peine et en même temps une protection importante de l'auteur contre tout excès de réaction pénale. Le principe de la culpabilité signifie que la peine ne peut être fondée que sur la responsabilité personnelle de l'auteur pour l'acte commis. Ceci a une triple conséquence: d'abord, celui qui agit sans faute ne peut être sanctionné; ensuite, la peine ne peut excéder la mesure de la faute [...]; enfin, la peine ne peut être inférieure à celle que l'auteur mérite d'après l'étendue de sa faute. Le principe de culpabilité est considéré comme un principe d'ordre constitutionnel ("nulla poena sine culpa").¹⁰

Les conditions juridiques générales de la punissabilité d'une action qui s'appliquent à toutes les infractions sont au nombre de trois. La première condition de la punissabilité d'une action est "l'existence des faits constitutifs" (Tatbestandsmassigkeit)¹¹, c'est-à-dire les faits constitutifs tels qu'ils se trouvent dans la définition de l'infraction dans la partie spéciale du Code pénal; par exemple, les faits constitutifs du meurtre consistent à tuer intentionnellement un être humain, sans être un assassin.¹²

La personne qui commet les faits constitutifs agit illicitement, mais cette illicéité peut être éliminée par des causes justificatives comme la légitime défense (art. 32); cela veut donc dire que l'illicéité (Rechtswidrigkeit) est un "élément autonome du concept d'infraction, à côté des faits constitutifs"¹³ et l'illicéité constitue la deuxième condition de la punissabilité d'une action.¹⁴

Il est important de savoir que cette deuxième condition, l'illicéité, vient, dans l'analyse de l'infraction, à la suite de la première condition, l'existence des faits constitutifs.¹⁵ Ainsi, pour une accusation de meurtre, on n'a pas à considérer pas la légitime défense, si l'accusé n'a pas tué intentionnellement. Une action illicite est donc une action qui rencontre nécessairement les deux premières conditions. Dans l'illicéité, est "inclus le jugement de valeur de l'ordre juridique sur l'acte"¹⁶ et "répond à la question de savoir à quelles conditions un acte contredit l'ordre juridique"¹⁷.

La troisième condition de la punissabilité d'une action est la "faute" ou la "culpabilité"¹⁸ (Schuldhaftigkeit). Il est important de savoir que cette troisième condition, la culpabilité, vient dans l'analyse de l'infraction, à la suite de la deuxième condition, l'illicéité.¹⁹ Pour qu'il y ait culpabilité, il doit exister un reproche de faute. Dans ce reproche de faute est "inclus le jugement de valeur de l'ordre juridique sur l'auteur"²⁰ et la faute "répond à la question de savoir si l'auteur peut être rendu personnellement responsable de l'acte illicite".²¹ Par exemple, il ne peut y avoir de culpabilité, si l'accusé est irresponsable en raisons de troubles psychiques (art. 20 du Code pénal).

La définition de l'infraction que les tribunaux et les auteurs de doctrine est donc: "une action illicite, fautive et réunissant les faits constitutifs".²²

Mentionnons que pour l'infraction de commission intentionnelle²³ qui nous intéresse tout particulièrement, "l'objet du reproche de faute est la défectuosité de la formation de la volonté, qui a conduit à la décision juridiquement désapprouvée"²⁴. Les quatre caractéristiques²⁵ sur lequel se base le jugement sur cette défectuosité sont: l'imputabilité (l'imputabilité tombe dans le cas d'irresponsabilité en raison de troubles psychiques, art. 20, et dans le cas de l'irresponsabilité de l'enfant, art. 19), le dol (déjà comprise dans la notion d'action illicite, mais cette fois "comme expression de la formation défectueuse [...] parce que l'auteur a pris une décision contraire au droit"²⁶), la conscience de l'illicéité (l'art. 17 a codifié l'erreur sur l'illicéité) et les excuses absolutoires. Il faut noter que l'art. 35 est l'une de ces excuses absolutoires (Entschuldigungsgründe), les autres étant l'excès de légitime défense (art. 33) et le conflit de devoirs (non codifié):

Lorsqu'un acte réunit les faits constitutifs d'une infraction, qu'il est illicite, qu'il a été commis intentionnellement ou par négligence par une personne responsable ayant conscience de l'illicéité, il peut néanmoins à titre exceptionnel rester impuni, parce que dans certaines situations limitativement prévues, la loi admet des excuses absolutoires (Entschuldigungsgründe).^{26a}

Nous sommes maintenant prêt à aborder l'étude de l'art. 35 sur

l'état de nécessité en tant que cause d'excuse. Comme nous l'avons dit précédemment cette disposition couvre à la fois la situation de l'état de nécessité due à une contrainte morale, venant d'une menace humaine, le sujet de notre travail et l'état de nécessité due à une contrainte morale qui n'émane pas d'une menace humaine mais à une situation émanant d'une intervention de la nature, une inondation par exemple, ou une intervention humaine, un accident de la route par exemple. Il faut noter que si les conditions de l'art. 34 sont rencontrées, l'état de nécessité, hormis les cas de contrainte morale, dues à des menaces humaines, peut également constituer une cause de justification et non d'excuse.²⁷

La première phrase de l'al. 1 de l'art 35 dispose que: "[a]git sans culpabilité celui qui, en présence d'un danger pour la vie, la personne ou la liberté, danger qui ne peut être évité par aucun autre moyen, commet un acte illicite en vue de détourner le danger de lui-même, d'un parent ou d'une autre de ses proches." Les mots "[a]git sans culpabilité" et "commet un acte illicite", indiquent clairement comme nous l'avons vu, ci-dessus lors de notre analyse sommaire des conditions juridiques générales de la punissabilité d'une action, que la personne qui agit par contrainte remplit les deux premières conditions de la punissabilité d'une action mais non la troisième. Cette première phrase indique également qu'il doit y avoir "la présence d'un danger pour la vie, la personne²⁸ ou la liberté"²⁹; le danger doit donc être présent et non lointain ou spéculatif.³⁰ Quant à cette première phrase soulignons que la commission de l'acte illicite, par exemple tuer une autre personne,³¹ doit être "en vue de détourner le danger" d'un nombre de personnes que le texte de loi limite, soient lui-même, un parent ou un de ses proches, cette dernière expression étant employé dans le sens d'une personne qui n'est pas apparenté mais qui est émotionnellement et non physiquement prêt de la personne qui commet l'acte illicite.³²

La première partie de la deuxième phrase de l'art. 35: "La présente disposition n'est pas applicable s'il pouvait, selon les circonstances, être exigé de l'auteur qu'il accepte le danger [...]" elle incorpore la notion juridique de "Zumutbarkeit" qui est rendue dans le texte français par les mots "il pouvait [...] être exigé". Cette notion est traduite dans certaines versions anglaises de l'art. 35 par "it can be fairly be expected".³³ C'est avec raison que Fletcher mentionne que la notion de "Zumutbarkeit" est "the die from which all the terms of the provisions are cast. Determining when a risk is sufficiently great to be resisted requires an inquiry about what can be fairly expected of the actor under the circumstances".³⁴

Cette doctrine de "Zumutbarkeit" qui constitue le fondement des trois excuses absolutoires reconnues en droit pénal allemand que nous avons mentionnées précédemment mérite d'être approfondie. Le Professeur Eser mentionne que ce sont Reinhard Frank James Golschmidt qui développèrent le concept normatif de la culpabilité ou de la faute et dans laquelle, il faut situer cette notion:

...guilt requires that the perpetrator can be "blamed" for his (intentional or negligent) act, i.e. that he would have been able to act according to the law and that such conduct "even by respecting his personal abilities and conditions could have been demanded from him." ... this doctrine of Zumutbarkeit was one of the corner stones for the present doctrine of excuse.³⁵

Eser explique que selon Goldschmidt, les excuses absolutoires s'expliquent par l'extraordinaire pression psychologique qui s'exerce sur l'agent et que cette explication est encore acceptée par plusieurs auteurs de doctrine.³⁶ Ainsi Herrmann mentionne que les excuses absolutoires "are based on the idea that the actor is under such exceptional pressure that it is impossible for him to conform to the law."³⁷ La notion de zumutbarkeit que l'on retrouve dans la première partie de la deuxième phrase de l'al. 1 de l'art 35 peut être rendue comme "[a] fair expectability of lawful conduct".³⁸

La deuxième phrase de l'al. 1 de l'art. 35 (jusqu'au point virgule), explique cette notion de Zumutbarkeit, en nous informant de deux situations où l'on peut s'attendre à ce que l'agent accepte le danger et pour qui l'art. 35 serait³⁹ inapplicable. La première situation est le cas où l'agent a lui-même provoqué⁴⁰ le danger. Hermann mentionne qu'il ne faut pas interpréter cette partie du texte de loi d'une façon trop stricte car on aboutirait à des résultats absurdes où par exemple, une personne qui entre dans une maison en feu afin de sauver une personne ne pourrait bénéficier de l'art. 35 parce qu'il a lui-même provoqué le danger:

...courts and scholars have construed the concept of causation to require that the actor could have realized the danger he was going to cause (Vorhersehbarkeit), and that his conduct was inconsistent with a legal duty (Pflichtwidrigkeit).⁴¹

Hermann ajoute que le devoir ("duty") peut signifier un devoir que l'agent a envers lui-même et que celui-ci ne doit pas s'exposer à un risque déraisonnable.⁴²

La deuxième situation où l'on peut s'attendre à ce que l'agent accepte le danger et pour qui l'art. 35 serait inapplicable est le cas l'agent se trouverait "dans une situation juridique particulière". Jescheck mentionne les cas du médecin, du policier, du guide de montagne et du soldat.⁴³ Par exemple, le soldat par la nature de sa profession accepter certains dangers et il ne peut évoquer l'état de nécessité pour les éviter en blessant autrui par exemple.

Enfin, la dernière partie de l'art.35, al. 1 mentionne que "toutefois, la peine peut être atténuée en application de l'article 49, alinéa 1, lorsque l'auteur, eu égard à des rapports juridiques particuliers, ne devait pas accepter le danger." C'est donc dire⁴⁴ qu'hormis les cas où l'auteur devait accepter le danger à cause de rapports juridiques particuliers, la peine peut être mitigée en vertu

de l'article 49, alinéa 1,⁴⁵ "s'il pouvait, selon les circonstances, être exigé de l'auteur qu'il accepte le danger".

L'art. 35, al. 2 couvre la situation de l'erreur: "l'auteur suppose, par erreur, l'existence de circonstances qui l'auraient excusé" en vertu de l'art 1, al. 1. Si l'erreur est invincible ("s'il ne pouvait pas éviter cette erreur"), l'auteur est excusé et n'est pas puni; cependant si l'erreur était évitable, la peine doit être atténuée en vertu de l'art. 49, al. 1. On peut succinctement résumer la notion d'erreur invincible comme celle qui ne comporte pas de négligence coupable. L'art. 17 du Code pénal concernant l'erreur sur l'illicéité prévoit aussi que si l'auteur n'a pas eu conscience d'agir de façon illicite, à cause d'une erreur évitable, la peine peut être atténuée en vertu de l'art 49, al. 1. Au sujet de ce concept d'erreur invincible, Fletcher mentionne:

The issue of "unavoidability" resolves into a normative assessment about whether under the circumstances and in light of his personal capacities, the defendant could have been expected to be more careful before undertaking an act....⁴⁶

En vertu de l'art. 25, al. 1, du Code pénal est puni comme auteur de l'infraction "celui qui commet l'infraction lui-même, ou par l'intermédiaire d'un tiers".⁴⁷ Selon la jurisprudence et la doctrine, celui qui commande l'acte illicite par contrainte est donc puni comme auteur:

Il y a action intellectuelle ou indirecte (mittelbare Täterschaft) quand pour la réalisation de l'acte l'agent se sert d'un autre exécutant, comme d'un outil. Les divers cas d'action indirecte ne sont pas prévus par la loi, mais ont été développés par la jurisprudence et la doctrine. Le principe général est que l'exécutant doit se trouver dans une position subordonnée par rapport à l'auteur intellectuel, sinon ce dernier se rendrait coupable de coaction ou de provocation. La subordination peut découler de la contrainte, de l'erreur [...].⁴⁸

1. Il s'agit officiellement du [Traduction] "Code pénal de la République fédérale allemande du 13 mai 1871 (RGGBl. p. 127) dans sa rédaction du 2 janvier 1975 (BGGBl. I, p. 1)", voir ANCEL, M., éd., Les nouveaux codes pénaux de langue allemande, Vol. V dans la Collection des codes pénaux européens, Paris, Documentation française, 1981, p. 321. Il s'agit donc officiellement d'une révision du Code pénal de 1871, mais en réalité, il s'agit d'un nouveau code et, généralement, on l'appelle le nouveau code (voir The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Vol. 28 dans la série The American Series of Foreign Penal Codes, Littleton, Rothman, 1987, p. xiii). Il est à noter également, que depuis le 1er septembre 1969, une version transitoire du Code pénal était en vigueur; celle-ci comprenait déjà plusieurs modifications importantes que l'on retrouve dans le "nouveau" code de 1975. L'art. 35 qui nous intéresse est en vigueur seulement depuis le 1er janvier 1975, voir G.P. FLETCHER, "The Individualization of Excusing Conditions", (1974) 47 So. Cal. L. Rev. 1269, pp. 1269-1270, note 2.

2. ANCEL, *ibid.*, p. 339.

3. H.-H. JESCHECK, "Droit Pénal" étant le titre I de la deuxième partie du volume Introduction au droit allemand - République fédérale, Tome II, Droit public - Droit pénal, sous la direction de M. Fromont et A. Rieg, Paris, Cujas, 1984, p. 272. Le professeur Jescheck, ancien directeur et fondateur du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau; celui-ci faisait également partie de la commission qui a préparé l'élaboration du projet gouvernemental d'un Code pénal en 1962 (voir texte principal *infra*).

4. H.-H. JESCHECK, "Strafrechtsreform in Deutschland, Allgemeiner Teil" (1975) 91 Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht I et G.P. FLETCHER, Rethinking Criminal Law, Little, Brown Company, Boston, 1978, p. 833.

5. The German Penal Code of 1871, vol. 4 dans la série The American Series of Foreign Penal Codes, South Hackensack, 1961, pp. 41-42.

6. JESCHECK, *op. cit.*, note 3, pp. 257-258 (le professeur Jescheck fait également une brève et complète historique de tous les projets de réforme depuis 1871) et JESCHECK, *loc. cit.*, note 4.

7. On retrouve une version en anglais de l'art. 40 sur l'état de nécessité absolutoire du projet gouvernemental d'un Code pénal de 1962 dans The German Draft Penal Code E. 1962, vol. 11 de la série The American Series of Foreign Penal Codes, South Hackensack, Rothman, 1966, à la p. 37:

S. 40. Necessity Which Excuses.

(1) Any person who commits an unlawful act in the event of an imminent and otherwise unavoidable danger to life, limb or freedom, in order to avert such danger from

himself, a relative or some other person close to him, acts without guilt, if he could not be expected to tolerate the danger which threatened the legally protected right.

(2) If in committing the act the perpetrator erroneously assumes the existence of circumstances which under paragraph 1 would excuse his conduct, he shall be punished only if he can be blamed for the error. The punishment shall be mitigated in accordance with S. 64, paragraph 1, in accordance with the following scale:

1. In lieu of confinement in a penitentiary, jailing for not less than six months, in compliance with S. 64, paragraph 1, number 4.
2. In lieu of an increased maximum sentence of jailing, the legally established minimum.

On retrouve une version en anglais de l'art. 23 sur l'état de nécessité comme excuse absolutoire du projet alternatif d'un Code pénal dans Alternative Draft of a Penal Code for the Federal Republic of Germany, vol. 21 dans la série The American Series of Foreign Penal Codes, South Hackensack, Rothman, 1977, à la p. 21:

S 23. Excusable necessity

Whoever commits an unlawful act in order to prevent a present danger to life, limb or liberty of himself, a relative or near one acts innocently if under the circumstances it would be unreasonable to expect him to have acted in any other way. If it would be reasonable to expect him to have acted differently, then his punishment may be mitigated in accordance with the provisions of Paragraph 61(1).

8. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 258.

9. Ibid., pp. 266-267.

10. Ibid., p. 258. Les notes de la citation ont été oubliées mais mentionnons que pour la dernière phrase, Jescheck renvoie les lecteurs à: "C. constit. féd. 25 oct. 1966: BVerfGE 20, 323 (331)".

11. Ibid., p. 267 et NAUCKE, D.W., "An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts", [1986] Brigham Y.U.L.R. 305, p. 312. L'expression "Tatbestandsmassigkeit" est parfois traduite en anglais par "the definition of an offence".

12. Art. 212 du Code pénal dans ANCEL, op. cit., note 1, p. 211. L'art. 212 du Code pénal ne fait pas expressément mention que l'agent doit "intentionnellement" tuer. L'intention est cependant implicite

à cause de l'art. 15 qui prévoit que "L'acte intentionnel est seul punissable, si la loi n'a pas puni de manière expresse l'acte commis par négligence", ce qui n'est pas le cas à l'art. 212.

13. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 267. Dans les textes en anglais, on traduit le plus souvent l'expression "illicéité" (Rechtswidrigkeit) par "wrongfulness".

14. Id. et NAUCKE, loc. cit., note 11, p. 313.

15. A. ESER, "General Structure of the Crime", document remis à François Lareau (et à d'autres fonctionnaires du gouvernement fédéral) lors de sa visite à Ottawa en avril 1986 et, du même auteur, "Reform of the Defences: A German View", article présenté à la "Reform of the Criminal Law Conference", Londres, 26-29 juillet 1987. M. Eser est le directeur du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau et l'un des professeurs ayant travaillé à l'élaboration du projet alternatif du Code pénal de 1966.

16. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 267.

17. Ibid., p. 271.

18. Ibid., p. 267 et 271; NAUCKE, loc. cit., note 11, p. 313. La notion de Schuldhaftigkeit est traduite en anglais par les expressions "blame", "blameworthiness", "culpability", "guilt", "mens rea", "responsibility". Pour les aspects historiques de la "culpabilité" et de la structure d'analyse de l'infraction en droit pénal allemand, voir H.-H. JESCHECK, "The doctrine of mens rea in German criminal law - its historical background and present state", (1975) 8 C.I.L.S.A. 112 et E. BINAVINCE, "The Doctrine of Mens Rea in Germany" dans Travaux du quatrième colloque international de droit comparé, Ottawa, Université d'Ottawa, 1967, pp. 143-163.

19. ESER, loc. cit., note 15 et G.P. FLETCHER, "The Right and the Reasonable", (1985) 98 Harv. L.R. 949, pp.

20. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 267.

21. Ibid., p. 271.

22. Ibid., p. 267.

23. L'intention ou le dol, n'est pas défini dans le Code pénal. Mentionnons seulement que la notion de dol comprend deux éléments: conscience et volonté. Le dolus eventualis (dol éventuel) est l'une des trois formes du dol et celui-ci s'apparente en grande partie à la notion d'insouciance que l'on retrouve dans le droit canadien. Sur la notion de dol éventuel allemand, voir, par exemple, D.W. Morkel, "On the Distinction between Recklessness and Conscious Negligence", (1982) 30 Am.J.Comp.L. 325.

24. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 271.

25. Ibid., p. 271-272.

26. Ibid., p. 271. Cette double position du dol, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine comme le mentionne Jescheck et ESER, loc. cit., note

26a. Ibid., p. 272.

27. L'art. 34 se lit ainsi dans ANCEL, op. cit., note 1, p. 339:

ARTICLE 34

Etat de nécessité en tant que fait justificatif

N'agit pas de façon illicite celui qui, en présence d'un danger actuel pour la vie, la personne, la liberté, l'honneur, la propriété ou tout autre droit, danger qui ne peut être écarté par aucun autre moyen, commet une infraction en vue de détourner le danger de lui-même ou d'autrui. Mais, dans l'appréciation des intérêts en conflit, à savoir celle des biens concernés et le degré de danger qui les menace, l'intérêt protégé doit l'emporter de façon substantielle sur l'intérêt sacrifié. La présente disposition n'est cependant applicable que dans la mesure où l'acte est un moyen propre à éviter le danger.

A la lecture de cet article, il n'est pas immédiatement évident que la contrainte y est exclue. Voilà un reproche que G.O.W. MUELLER, dans "The German Draft Criminal Code 1960 - An Evaluation in Terms of American Law", U.Ill.L.F. 25, p. 57, faisait déjà dans le projet gouvernemental d'un Code pénal de 1960 (sensiblement le même que celui de 1962) aux deux dispositions sur l'état de nécessité. Cette critique nous apparaît à première vue méritée, mais un approfondissement du droit pénal allemand, nous fait comprendre que cette position est juste, voir: T. LENCKNER, "The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification", [1986] Brigham Y.U.L.R. 645, pp. 647-648; A. ESER, "Justification and Excuse", (1976) 24 Am.J.Comp.Law 621; voir aussi G.P. FLETCHER, dans les publications suivantes: Rethinking Criminal Law, Little, Brown Company, Boston, 1978, pp. 664-665, 759-762, 830-831; "Rights and Excuse", (1984) Criminal Justice Ethics 17; "The Psychotic Aggressor", (1973) 3 Is.L.R. 367, p. 373 et "Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape", (1979) 26 UCLA Law Rev. 1355.

28. Dans le sens d'intégrité physique.

29. La "liberté" ne se retrouvait pas dans l'ancien art. 54 du Code pénal de 1871. JESCHECK, loc. cit., note 4, mentionne que la jurisprudence avait déjà pour certaines situations, assimiler la liberté à la vie ou l'intégrité physique.

30. E. BINAVINCE, "The Doctrine of Mens Rea in Germany" dans Travaux

du quatrième colloque international de droit comparé, Ottawa, Université d'Ottawa, 1967, pp. 143-163, à la p. 161.

31. A. ESER, "Justification and Excuse", (1976) 24 Am.J.Comp.Law 621, p. 637 et FLETCHER, op. cit., note 4, p. 831.

32. JESCHECK, loc. cit., note 4 et C. DURHAM, "Statutory Appendix", [1986] Brigham Y.U.L.R. 793, p. 806.

33. La traduction de DURHAM, ibid. de la partie que l'on considère se lit ainsi:

This provision does not apply, if it can be fairly expected from the actor under the circumstances - namely if he caused the danger himself or because he stands in a particular relationship - that he expose himself to the danger.

Durham explique la difficulté de la traduction. FLETCHER, "Rights and Excuse", loc. cit., note 27, p. 26 adopte ou traduit de la même façon que Durham.

34. FLETCHER, Rethinking Criminal Law, supra, note 27, p. 833.

35. ESER, loc. cit., note 31, p. 627. Eser explique que pour Goldschmidt, les excuses absolutoires qui sont fondés sur cette notion de Zumutbarkeit: "can be rationalized by a superior subjective and approvable motive, i.e. it can be applied to the case of "abnormal motivation", a situation in which - under the given conditions - the perpetrator did not have to submit to the "motive of duty".

36. ESER, loc. cit., note 31, p. 636 et ESER, "Reform of the Defences: A German View", supra, note 15, p. 12; Eser ajoute dans ce dernier article à la p. 12 que la plupart des auteurs de doctrine, reconnaîtraient aussi comme autre facteur des excuses absolutoires, la diminution objective de l'illicéité car, par exemple, concernant l'état de nécessité qui excuse, l'art. 35, se fonde à la fois sur la nécessité et la prévention d'une lésion à un bien protégé, soit la vie, l'intégrité physique ou la liberté.

37. J. HERRMANN, "Causing the Conditions of One's Defense: The Multifaceted Approach of German Law", [1986] Brigham Y.U.L.R. 747, p. 761.

38. ESER, "Reform of the Defences: A German View", supra, note 15, p. 14. A la p. 13 de ce même article, Eser donne le sens suivant à "personal 'Unzumutbarkeit'": "that with regard to the danger [,] loyal conduct could not be fairly expected" et rapporte le sens suivant "that, with regard to the personal conditions of the perpetrator, law-abiding conduct cannot be expected" dans ESER, loc. cit., note 31, p. 636, note 79.

39. Selon JESCHECK, loc. cit., note 4, la mention d'exemples

n'exclut pas nécessairement l'application de l'art. 35; Jescheck mentionne également que la doctrine est divisé sur ce point.

40. Le mot employé dans les traductions anglaises de l'art. 35 est "caused".

41. HERRMANN, loc. cit., note 37, p. 762.

42. Id.,

43. JESCHECK, loc. cit., note 4.

44. Voir P.K. RYU, "Structure and Theory", (1976) 24 Am.J.Comp.Law 602, p. 605 et HERRMANN, loc. cit., note 37, p. 747. Ainsi même celui qui a "provoqué" le danger, peut bénéficier de cette atténuation discrétionnaire.

45. L'article 49, alinéa 1, se lit ainsi dans ANCEL, op. cit., note 1, pp. 347-348:

ARTICLE 49

Causes spéciales d'atténuation légale

(1) Lorsque, en application des présentes dispositions, une atténuation est prescrite ou admise, elle a lieu comme suit:

1. la peine privative de liberté à perpétuité est remplacée par une peine privative de liberté de trois ans au moins;
2. dans le cas d'une peine privative de liberté temporaire, les trois quarts du maximum encouru peuvent tout au plus être prononcés. Dans le cas d'une peine pécunière la même règle s'applique au montant maximum du jour-amende;
3. dans le cas du relèvement du minimum d'une peine privative de liberté, ce minimum est ramené:
 - dans le cas d'un minimum de 10 ou 5 ans, à 2 ans;
 - dans le cas d'un minimum de 3 ou 2 ans, à 6 mois;
 - dans le cas d'un minimum d'un an, à 3 mois;
 - dans les autres cas, au minimum légal.

46. FLETCHER, Rethinking Criminal Law, supra, note 27, p. 744.

47. ANCEL, op. cit., note 1, p. 336.

48. JESCHECK, op. cit., note 3, p. 274. L'art. 25, al. (2) prévoit le cas des coauteurs: "Si plusieurs personnes commettent l'infraction en commun, chacune d'elle est punie comme auteur". L'art. 27, al. (1) définit la complicité: "Celui qui, intentionnellement, aide un tiers à commettre un acte illicite, est puni comme complice". Notons

que la coaction prévue à l'art. 25, al. (2) demande "une décision commune de commettre l'acte, et aussi une exécution commune", voir JESCHECK, op. cit., note 4, pp. 274-275.