

ÉTUDE

sur

LES CAS DE NON CULPABILITÉ

et les

EXCUSES EN MATIÈRE PÉNALE

SUIVANT LA SCIENCE RATIONNELLE, LA LÉGISLATION POSITIVE
ET LA JURISPRUDENCE

par

M. Emmanuel LASSERRE

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE TOULOUSE

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC
RUE SAINT-ROCHE, 66

1877.

PRÉFACE

Le Sujet que nous avons traité est du nombre de ceux qui présentent une importance considérable, puisqu'il touche à ce qu'il y a de plus élevé, aux matières criminelles, qui n'intéressent pas seulement les biens, mais encore la vie et l'honneur des hommes.

Nous croyons utile d'expliquer dès maintenant le titre de cet ouvrage, avant de présenter des aperçus généraux sur la matière qui en est l'objet. C'est par le rapprochement des dispositions de notre code pénal français, que nous avons été amené à le préférer à tous les autres titres donnés jusqu'à ce jour aux différentes théories sur cette matière, par les criminalistes les plus distingués.

Ce point important de notre Droit pénal exige des définitions bien nettes, bien précises, et nous ne pouvons négliger ici les questions de terminologie. Afin d'éviter les confusions regrettables qui se sont produites, il importe de faire disparaître les fausses dénominations, qui ne font que perpétuer l'obscurité, et empêchent de bien apprécier les règles posées dans notre code.

La plupart des auteurs et commentateurs se sont surtout servis de l'expression *Excuse*, pour rendre soit l'idée d'une

exemption totale de la peine, soit l'idée d'une atténuation, suivant certaines circonstances particulières du délit, se contentant de la faire suivre de l'épithète *Péremptoire* ou *absolutoire* dans le premier cas, et de l'épithète *atténuante* dans le second cas. En donnant ainsi aux causes exclusives d'imputabilité, le nom d'excuses absolutoires, ils emploient des expressions contraires à la clarté scientifique, et qui peuvent faire confondre l'irresponsabilité avec l'excusabilité; un agent irresponsable n'a pas besoin d'être excusé.

Quelques uns même ont employé les mots *Faits Justificatifs*, pour désigner des cas d'irresponsabilité; cette expression ne peut être encore qu'une source de confusions et d'erreurs.

Nous avons pu constater que ces différentes dénominations n'ont pas servi à éclairer les discussions qui ont eu lieu, pour la rédaction de notre code pénal; l'exposé des motifs et les travaux préparatoires en font foi.

Soit qu'on envisage la question au point de vue de la science rationnelle, soit qu'on l'envisage, au point de vue de la science positive, il nous semble que ces diverses expressions ne fournissent pas une idée parfaitement nette du sujet.

Si le mot *Excuse* n'était employé que dans le cas où, une certaine culpabilité existant, pour certaines considérations particulières, il y a lieu à une atténuation de la peine, on comprend assez aisément cette dénomination. Mais si on emploie le mot *Excuse*, dans le cas où il y a lieu à une exemption totale de la peine, parce que les éléments de la culpabilité font défaut, alors même qu'il serait suivi de l'épithète absolutoire ou péremptoire, il semblerait impropre, parce qu'il n'y a point place pour l'excuse, quand il n'y a pas de culpabilité.

Si on admet cette expression dans le langage juridique, on se trouve exposé à un grave danger, contre lequel il faut se prémunir, car on pourrait être porté à confondre ces

cas où, pour des motifs exceptionnels, il y a lieu à exemption totale de la peine, avec les cas de non culpabilité.

L'expression, *Fait justificatif*, employée par certains auteurs, pour désigner les cas de non culpabilité, en les opposant aux excuses absolutoires ou péremptoires, ne peut être à l'abri de la critique, parce qu'elle manque d'exactitude scientifique. Si nous cherchons, en effet, l'étymologie, la signification du mot justifier, nous trouvons rendre juste; l'expression peut alors convenir dans le cas de légitime défense, d'ordre ou d'autorisation de la loi, mais dans le cas de démence, ou de contrainte, il n'est plus applicable.

Si nous examinons maintenant la législation positive, si nous lisons les dispositions de notre code, nous trouvons la distinction bien marquée dans notre code pénal, entre les cas de non culpabilité, et les excuses absolutoires; de même entre les excuses absolutoires et les excuses atténuantes.

D'abord, les dispositions de l'art. 64 ne peuvent nous laisser aucun doute; elles ont trait à l'état de démence, et à la contrainte et caractérisent parfaitement des cas de non culpabilité, et mieux des cas de non imputabilité ou d'irresponsabilité. Cet art. 64 se trouve au titre des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes et délits. C'est à ce mot de responsables de la rubrique que correspondent les dispositions de l'art. 64 indiquant que les personnes qui se trouvent en état de démence ou de contrainte, ne sont pas responsables.

Il est impossible de ne pas reconnaître, que la législation a parfaitement distingué ces derniers cas de ceux où il y a excuse absolutoire.

Nous trouvons encore deux articles qui viennent confirmer ce que nous avançons, en nous appuyant sur les termes de l'art. 64; ce sont les art. 327, 328 qui, bien que se trouvant dans une section où il est question de crimes et délits excusables, n'en contiennent pas moins des cas de non culpabilité, ou, pour être plus exact, des cas de justification,

qu'on ne doit pas confondre avec les excuses absolutoires. Il ne peut pas y avoir d'équivoque; les dispositions de ces deux articles commencent comme celles de l'art. 64, il n'y a ni crime, ni délit; s'il n'y a ni crime, ni délit, il ne peut être question de culpabilité, et nous prétendons que ces cas n'ont aucun rapport avec les cas, où le législateur français reconnaissant la culpabilité, mais remettant la peine par des considérations d'utilité sociale, a dit qu'il y avait excuse absolutoire.

Voilà ce que nous avons à dire pour tâcher de justifier le titre que nous avons donné, à ce modeste Essai; nous devons maintenant, en quelques lignes, rendre compte du plan et de la méthode que nous avons suivis.

Sans trop nous écarter des divisions établies par notre code pénal, partie de notre travail, que nous avons développée plus que les autres, nous avons eu recours aux interprètes de nos lois pénales, et nous les avons tous interrogés, voulant nous en faire des auxiliaires pour assurer et guider notre marche.

Comprenant aussi que nous ne pouvions nous isoler, sans nous exposer à être incomplet, nous ne nous sommes pas borné à l'examen des textes du Droit romain, et des lois de notre pays, car nous aurions semblé renoncer aux ressources que nous avons trouvées ailleurs, et qui ont contribué si puissamment à nous éclairer.

Nous avons demandé leur tribut à l'histoire, aux sciences morales, et aux sciences physiques sur l'homme.

La médecine légale nous a été d'un grand secours, en nous signalant les altérations, qui peuvent se produire dans la condition normale de l'homme.

Nous avons classé et discuté les opinions des différents auteurs sur la matière; nous avons aussi fait aux décisions judiciaires, aux arrêts de la Cour de cassation surtout, la large part qui leur appartient. Lorsque nous avons abordé les questions examinées par les Tribunaux et les commen-

tateurs, nous les avons débattues en nous inspirant des législations de l'antiquité et des législations étrangères contemporaines.

Tout en exposant nos solutions sur les questions controversées, nous les avons confrontées avec les idées rivales, pour qu'elles apparaissent avec un caractère distinct et une physionomie propre.

Nous avons divisé notre sujet en quatre parties, que nous avons fait précéder d'une courte introduction: la première est consacrée à l'étude des cas non culpabilité et des excuses en Droit romain; la deuxième, à l'ancien droit criminel français; la troisième, au droit intermédiaire; la quatrième, à notre droit pénal actuel. Dans le premier chapitre de notre introduction, nous avons présenté les notions théoriques relatives à notre matière, et dans le second, un aperçu des dispositions des législations de l'antiquité.

Nous nous sommes efforcé d'introduire dans chacun des chapitres de notre sujet, la même méthode d'exposition et la même concision.

Nous avons cherché à ne point étudier telle question avec une prédilection plus marquée que telle autre; il nous sera très-probablement reproché de nous être trop étendu sur les émouvantes questions qui se rattachent aux troubles si variés de la raison. Mais, nous devons le dire, cette disproportion apparente a été de notre part un fait prémédité, parce que nous devions attacher une véritable importance à l'examen des difficultés nombreuses qui s'élèvent chaque jour sur cette matière, et nous occuper des questions médico-légales, si graves et si multipliées.

Nous avons eu à regretter souvent, dans le cours de notre travail, l'insuffisance de nos connaissances, qui ne peuvent trouver une excuse que dans les nombreux efforts que nous avons faits pour y suppléer.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS THÉORIQUES.

L'expression *infraction*, en droit pénal, est employée pour signifier toute action ou omission contraire au commandement de la loi, devant amener l'application d'une peine.

Nous nous servons de cette expression *infraction*, parce qu'il nous a semblé que, d'après l'art. 1^{er} du code pénal, elle avait une signification générique dans la pensée du législateur.

Certains auteurs ont employé le mot délit et lui ont donné une acception universelle, que nous n'admettons pas, puisque le délit, d'après la définition du code pénal, n'est qu'une espèce particulière d'infraction à la loi; on sait que les deux autres sont les contraventions et les crimes.

Le mot *infraction*, et la définition que nous venons

d'en donner en témoignage, est celle qui répond le mieux au mot *injuria* des Romains, ainsi défini : *nam generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit* (D. XLVII, X).

Un fait, quelque préjudiciable qu'il soit, ne peut violer le droit, être punissable ; il n'y a que les personnes qui soient punissables. Pour qu'un fait soit reconnu infraction il faut le considérer avant tout dans la personne de l'agent.

Mais il faut, pour que le fait puisse être reproché à l'agent, qu'il lui soit imputable, et pour que le fait lui soit imputable il doit en être la cause *efficiente*. Or il n'y a qu'une force libre qui puisse être cause première, cause efficiente. Une autre condition de l'imputabilité, c'est la connaissance du juste et de l'injuste de l'action.

Voici comment le professeur italien Zuppetta envisage la liberté dans l'agent :

Le concours simultané de la liberté dans l'agent et du détriment social, dit-il, est un titre suffisant pour convertir un fait en délit.

Puisqu'il n'est pas possible de concevoir l'idée de liberté dans l'agent, sans supposer en lui la capacité de *vouloir* et de *non vouloir*, c'est-à-dire l'aptitude à choisir, plutôt de *vouloir* un certain fait que de ne pas le *vouloir* ; puisque d'un autre côté, il n'est pas possible de concevoir l'idée de volonté dans l'agent, sans la *connaissance du fait*, c'est-à-dire sans la perception de la *qualité* et des *rappports* de ce fait : puisque cependant il est fort possible de concevoir la *connaissance*

du fait isolée de la *volonté dans l'agent*, ainsi que la *volonté dans l'agent* isolée de la *liberté dans l'agent*, il s'en suit que la *liberté dans l'agent* suppose la *volonté dans l'agent* et la *connaissance du fait*.

La *volonté dans l'agent* suppose la *connaissance du fait* mais non la *liberté dans l'agent*.

La *connaissance du fait* ne suppose pas la *volonté dans l'agent*, et moins encore la *liberté dans l'agent*. Aussi un fait dont l'agent n'a pas de connaissance, ne peut pas être qualifié de volontaire, et moins encore de libre.

Un fait dont l'agent a la connaissance, s'il n'est pas accompagné de la *volonté dans l'agent*, ne peut pas être qualifié de libre.

Un fait dont l'agent a la connaissance et dans lequel intervient la *volonté dans l'agent*, peut n'être pas libre.

Dans un fait, le caractère de *libre* dépend :

- 1° De la connaissance du fait ;
- 2° De la volonté dans l'agent ;
- 3° De la liberté dans l'agent ;

(Louis Zuppetta, *Leçons de métaphysique de la science des lois pénales*, p. 52 et 53).

Nous voilà en présence de trois éléments : Intelligence, volonté, liberté.

L'intelligence consiste à savoir, que l'acte que l'on va commettre est défendu, et qu'une pénalité est attachée à l'infraction.

La volonté consiste dans cette puissance, au moyen de laquelle l'homme agit ou s'abstient.

La culpabilité indique la mesure dans laquelle l'agent est responsable de l'acte qui lui est imputé.

En effet, par cela seul, que nos devoirs sont plus ou moins graves, qu'il y a des manières différentes d'y faillir, la faute a des degrés divers; elle est plus ou moins grave; elle ne s'affirme ou ne se nie pas seulement, elle se mesure, problème bien difficile, pour le législateur et pour le juge.

La culpabilité provient d'un dol ou d'une faute. Le mot dol a, en droit criminel, une acception différente de celle qu'on lui donne en droit civil (Cod. civ., 1144). Le dol, en droit criminel, consiste dans la malice de celui qui sait qu'un acte est illicite ou qu'une omission le rend coupable et le met sous le coup d'un châtement, et qui, malgré tout, enfreint la loi. Le législateur désigne ces éléments constitutifs du dol par ces expressions : volontairement (295, 305, 434, C. P.), sciemment (69, 63, C. P.), frauduleusement (144, 354, 379). A dessein (C. P. 251, 419), au mépris des lois et règlements (425, 428, 460, C. P.) La faute n'est en général punissable que lorsqu'elle a occasionné une lésion, elle peut se rattacher à un fait en lui-même licite ou consiste dans un fait illicite (chasse).

Le dol et la faute peuvent varier à l'infini; de là de nombreuses nuances dans la responsabilité de l'agent, et, par suite, dans la pénalité, c'est-à-dire dans le châtement à infliger au prévenu reconnu coupable.

Une infraction vient d'être commise. Nous ne pouvons pas dire : à telle infraction, telle peine, sans nous soucier du reste. La tâche des tribunaux criminels n'est

pas si facile; il ne suffit pas de constater un fait, d'ouvrir un code et de voir si la loi répressive a réellement prévu l'acte accompli. Le même remède ne va pas à tous les malades, la même peine à tous les coupables.

D'abord il faut se demander si le fait est punissable. Le préjudice est manifeste; la liberté individuelle a été violée; un citoyen vient d'être lésé dans ses droits; voilà bien l'apparence de l'infraction, ce n'est pas l'infraction.

Il y a des cas où l'imputabilité peut disparaître par suite de l'état dans lequel se trouvait l'agent.

Un viol, un meurtre, un incendie viennent d'avoir lieu, mais c'est un fou qui les a commis; cet homme n'est pas coupable parce qu'il n'avait ni sa raison morale, ni sa liberté. Ces faits ne lui seront pas imputables.

A l'aide de la contrainte physique, on fait de notre corps, de nos membres, malgré tous les efforts de résistance dont nous sommes capable, un instrument du délit; nous aurons été instrument du délit, du fait criminel commis, mais la contrainte exercée sur nous nous mettra à l'abri de toute responsabilité, il n'y a pas eu d'action libre de notre part.

Supposons que par l'imminence d'un grand péril, par suite d'une crainte de nature à ébranler un grand courage, pour échapper à un grand mal physique ou moral, comme à la perte de la vie, de la liberté, d'un membre, à celle de l'honneur, quelquefois des biens, nous commettons un fait délictueux; le fait nous serait-il imputable? Evidemment non, parce qu'il n'y a pas eu action libre de notre part.

Un vol, un homicide a été commis par une personne en état d'ivresse. Si l'ivresse est accidentelle et que la liberté soit complètement altérée, l'imputabilité disparaît évidemment. Elle disparaît, même à notre avis, toutes les fois qu'on ne s'est pas enivré volontairement pour s'exciter à commettre le crime, si toutefois l'ivresse est complète. Où serait la justice, où serait l'intérêt du corps social à frapper un automate? C'est comme on l'a très-bien dit, au délit d'ivresse plus ou moins aggravé, suivant les circonstances, que s'appliqueront l'imputabilité, la responsabilité pénale, s'il existe un délit d'ivresse.

Voilà des cas de non imputabilité.

Nous passons maintenant à d'autres cas, où la culpabilité disparaît aussi, à des cas de justification.

Quand un homme est en état de légitime défense, c'est-à-dire quand le mal commis était indispensable et qu'il n'y avait aucun moyen de maintenir la force au droit, le législateur justifie. Cet homme, en effet, obéit à une loi supérieure : il peut, il doit se conserver. Or, la loi ne punit pas ce qu'elle ordonne : elle ne saurait prescrire et frapper le même acte. Si la légitimité de la défense est hors de doute, le fait commis en état de légitime défense est conforme au droit.

Dans toutes les hypothèses que nous venons de citer nous ne nous sommes occupé que des cas de non culpabilité. Nous passons aux cas d'excuse. L'excuse suppose l'imputabilité. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, p. 459) la définit ainsi : l'excuse est un fait qui, tout en laissant subsister un fond de culpabilité, a pour

conséquence une diminution et quelquefois une exemption totale de peine. Mais ce langage n'est pas encore le langage même de tous les codes.

En effet, parmi les circonstances qui peuvent entraîner soit une diminution, soit une exemption de peine, les unes sont déterminées par la loi, les autres par le juge.

Si la langue du droit criminel est bien faite, la diversité des mots marque la diversité des idées. On réserve le nom d'excuses aux circonstances absolutoires ou atténuantes prévues et déterminées par la loi ; et dès lors cette définition de M. Ortolan devient parfaitement juste, même en dehors des textes du droit positif : « L'excuse est un fait spécialement déterminé par la loi, qui, tout en laissant subsister un certain fond de culpabilité, a pour conséquence une diminution ou quelquefois même une exemption totale de la peine. »

Divisons les excuses, après les avoir définies. On peut diviser les excuses, d'après leurs effets et d'après leur origine.

Les excuses sont absolutoires ou atténuantes, c'est ce qui ressort du texte de la définition. La peine, y est-il dit, sera tantôt diminuée, tantôt supprimée.

Ces deux mots liés ensemble « excuse absolutoire » n'emportent-ils pas contradiction? Si le fait n'est pas imputable, il n'y a pas d'excuse, car l'excuse laisse subsister la culpabilité; si le fait est imputable, qu'on le punisse en mitigeant plus ou moins le châtement, mais qu'on le punisse. Cette inflexible théorie serait celle

d'une législation pénale fondée sur l'idée de justice absolue. Or, la justice et l'intérêt social doivent se combiner; si la société n'a pas d'intérêt à frapper, de quel droit frapperait-elle? Bien plus, elle a peut-être quelque intérêt à s'abstenir de frapper. Par exemple, quand un ravisseur épouse la fille qu'il a enlevée, et tant que la nullité du mariage n'est pas prononcée, le ravisseur échappe à toute pénalité. De plus, le ravisseur ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes, qui ont le droit de demander la nullité du mariage. Voilà bien un cas d'excuse absolutoire parfaitement caractérisé. Incontestablement, au point de vue de la justice absolue, le ravisseur est coupable, car le mariage ultérieur n'efface pas la faute. On ne peut pas dire que la loi justifie le ravisseur, parce qu'il a épousé après avoir enlevé. Non la loi réprime un pareil mode de procéder au mariage. Mais les motifs d'intérêt social font taire la loi répressive : elle s'abstient de frapper, parce que la répression serait plus funeste que l'indulgence.

L'excuse est atténuante, lorsqu'elle a pour conséquence une diminution de la peine.

Pour ce qui concerne les excuses, nous pouvons dire que c'est un besoin pratique qui les inspire à la loi positive; celle-ci juge plus avantageux pour la société de remettre ou d'adoucir la peine, que de l'appliquer dans toute sa rigueur.

Si l'on divise les excuses, d'après leur source, en excuses fondées, ou sur la justice, ou sur l'utilité sociale, toutes les excuses absolutoires sont de la seconde catégorie, puisque, malgré l'imputabilité qui subsiste,

le législateur reste désarmé. Si la justice consacre l'imputabilité de l'acte, comment la loi s'abstiendra-t-elle de punir dans une vue d'équité?

Le juste et l'injuste sont très-distincts l'un de l'autre; mais il n'y a ni deux morales, ni deux justices.

A notre avis, malgré l'opinion contraire d'un criminaliste éminent, toutes les excuses absolutoires sont fondées sur des motifs d'utilité sociale. Quant aux excuses atténuantes, elles sont fondées tantôt sur l'intérêt social, tantôt sur la justice.

Quant à l'étendue d'application, que peuvent avoir les excuses, il y en a de générales pour les faits punissables, du moins pour un certain ensemble de faits punissables, et d'autres de spéciales, pour tel ou tel délit en particulier.

Après avoir donné ces notions théoriques, et d'après les explications qui se trouvent dans notre Préface, nous sommes virtuellement amené à diviser chacune des parties de notre matière en quatre titres spéciaux :

- 1° Cas de non imputabilité;
- 2° Cas de justification;
- 3° Excuses absolutoires;
- 4° Excuses atténuantes.

CHAPITRE II.

APERÇUS GÉNÉRAUX SUR LES LÉGISLATIONS DE L'ANTIQUITÉ.

On ne peut bien connaître une législation, dit M. Ortolan (*Histoire de la législation romaine*), sans

bien connaître son histoire. Aussi pensons-nous devoir exposer, dans un rapide aperçu, les notions que nous avons pu recueillir sur la législation des peuples anciens qui ont précédé la période romaine,

Nous diviserons ce chapitre en deux sections : la première comprendra les peuples de l'Orient ; la seconde, les peuples de l'Occident.

SECTION PREMIÈRE.

Orient.

SYRIENS.

Chez les Syriens, assez ordinairement, les lois qui prononçaient des peines afflictives, accordaient aux juges une grande étendue d'opinion et de puissance.

Après avoir déterminé d'une manière générale le genre de supplice, elles leur laissaient le droit d'en fixer le caractère ou le degré. (Calmet, *Dissert.*, I, p. 254, et les *Mémoires de l'Académie des Belles-Lettres*, t. 50, p. 65).

ÉGYP TIENS.

Le droit de légitime défense de soi-même et d'autrui existait dans le droit des Égyptiens, puisque celui qui, pouvait sauver un homme attaqué, était puni de mort, s'il ne portait pas secours.

« Leurs lois, dit Bossuet (*Discours sur l'Histoire universelle*, 3^e part., chap. III) en parlant des Égyptiens, étaient simples, pleines d'équité et propres à unir entre eux les citoyens. »

« Celui qui, pouvant sauver un homme attaqué, ne le faisait pas, était puni de mort aussi rigoureusement que l'assassin. Quesi on ne pouvait secourir le malheureux, il fallait du moins dénoncer l'auteur de la violence, et il y avait des peines contre ceux qui manquaient à ce devoir. »

« Ainsi, remarque Rollin sur les mêmes lois, les citoyens étaient à la garde les uns des autres, et tous les corps de l'État étaient unis contre les méchants. » (*Hist. anc.*, liv. I; *Histoire des Égyptiens*, 2^e part., chap. I).

HÉBREUX.

Voici les cas de justification et d'excuse que nous avons relevés dans la législation des Hébreux.

Le Deutéronome veut qu'un fils rebelle aux ordres paternels soit mené à la porte de la ville, qu'on y publie sa faute en présence des anciens et qu'il y soit lapidé par le peuple (Deutér., XX, §. 18, 21). Mais si le père ou la mère pardonnaient, l'indulgence de l'un enchainait la sévérité de l'autre, et celui-ci n'avait plus le droit de poursuivre le coupable.

Meurtre involontaire. — La loi permettait à l'homicide involontaire de se réfugier auprès de l'autel. Le meurtrier involontaire, soit israélite, soit étranger (Nombres, XXXV, §. 11 et 15; Deutér. IV, §. 42), avait un asile ouvert dans six des quarante-huit villes accordées aux enfants de Lévi, trois au-delà du Jourdain et trois dans le pays de Chanaan (Deut. IV, §. 41 et 43). On s'empressait de venir dans ces villes d'asile

dès qu'on avait eu le malheur de porter un coup mortel par inattention ou par hasard, comme si, étant avec un autre, dans une forêt à couper du bois, le fer de la cognée s'échappait et allait le frapper (Deutér. XIX, v. 4 et 5).

Le meurtrier involontaire, arrivé dans une ville de refuge, se présentait devant les magistrats, leur exposait ce qui s'était passé et les preuves de son innocence. Sur cela, on le recevait et on lui indiquait une demeure.

Voilà bien un cas d'excuse dans la législation des Hébreux.

En voici une autre que nous devons signaler encore à propos de l'homicide involontaire.

Si ceux des parents qui désiraient venger la mort de celui qui avait été tué involontairement, venaient poursuivre l'homicide involontaire dans une ville de refuge, on ne le livrait point entre leurs mains ; mais s'ils le trouvaient hors de la ville, ils le tuaient *impunément*. (Nombres, XXXV, v. 26 et 27).

Vol. — Les peines prononcées contre le vol étaient des peines pécuniaires ; si le voleur ne possédait aucune espèce de biens, les magistrats le vendaient lui-même et le prix était pour la personne à laquelle on avait dérobé. (Exode, XXII, v. 3 ; Misna III, p. 228). Ceci ne s'applique point aux femmes : on ne les vendait jamais. Il y a là une cause de mitigation établie en faveur du sexe.

Voici, en matière de vol, un cas de justification : lorsqu'on surprenait pendant la nuit un voleur perçant

le mur, ou brisant la porte d'une maison, point de crime si on le blessait et qu'il en mourût ; tandis que, si c'était en plein jour, on commettait un homicide (Exode XXII, v. 2 et 3),

SECTION II.

Occident.

ATHÉNIENS.

Nous avons essayé, sans créer une législation de fantaisie en cette matière, de présenter un classement méthodique et lucide, des cas de non culpabilité, de justification et d'excuse, que nous avons pu recueillir dans les auteurs de l'antiquité grecque.

Contrainte. — La contrainte physique est ainsi caractérisée par Aristote : « Une chose qui se fait par force majeure est celle dont la cause est extérieure, et de telle nature que l'être qui agit ou qui souffre ne contribue en rien à cette cause. » (Morale à Nicomaque, III, I.)

Voici ce qu'il dit de la contrainte morale : « On agit par nécessité, lorsqu'on fait une chose qu'on trouve pénible et mauvaise, mais qui exposerait, si on ne l'accomplissait pas, à des sévices personnels et à la mort. La contrainte physique doit figurer au nombre des cas de non-culpabilité. L'auteur immédiat de l'acte n'est qu'un instrument passif aux mains d'autrui et le seul coupable est l'auteur de la violence. Mais faut-il adopter la même solution pour la contrainte morale ?

Aristote répond par une distinction aussi juste que rationnelle. Une menace quelconque ne suffit pas : Si, par exemple, pour éviter d'être touché par quelqu'un, on allait jusqu'à le tuer, on ne pourrait alléguer, qu'on a commis ce meurtre par nécessité.

Aristote exige, au contraire, une menace tellement grave qu'elle fasse disparaître la liberté morale, et qu'on ne puisse pas dire qu'il dépendait de l'individu menacé de commettre ou de ne pas commettre le crime.

On entend, parce qu'il dépend de quelqu'un, ce que sa nature est capable de supporter, et on dit qu'une chose ne dépend pas de lui, quand sa nature n'est pas capable de l'endurer. (Morale à Eudème, II. 8).

Alibi. — Il est question d'alibi dans ce passage de Démosthène : *In oratione adversus Pantanetum, in fine* : Έστα, και πως εν ομη παρων, μη δ' επιδημων εγω δι σε ηδικησα; deindè quos ego pacto, quum nec adessem, et peregrè abessem, ulla injuria te affeci.

Légitime défense. — On ne punissait pas celui qui, pour se défendre, repoussait la force par la force, parce que, selon l'expression de Démosthène, la loi doit autoriser les représailles contre quiconque nous traite en ennemi. (Démosthène c. Aristocrate, 56).

Il était même permis d'user de représailles pour défendre la personne d'autrui (Démosthène c. Aristocrate), pourvu que dans l'un et l'autre cas l'attaque fût de nature à faire supposer l'existence d'un péril imminent (Démosthène c. Midias, 71).

Cas assimilés à la légitime défense. — On ne punis-

sait pas davantage celui qui, pour défendre son bien, tuait sur-le-champ celui qui voulait le ravir avec violence.

Démosthène insiste sur les mots de la loi pour en mieux faire connaître les bornes ; la défense devait avoir lieu sur-le-champ, afin que la réflexion ne pût se placer entre le crime commis et la vengeance qu'on tirait de ce crime. (Démosthène contre Aristocrate, p. 734).

Pour un vol, quel qu'il fût, commis pendant la nuit, la loi autorisait à tuer le coupable.

Provocation. — Solon permit à l'époux outragé de tuer le coupable surpris en flagrant délit (Lysias, *Meurtre d'Eratosthène*, p. 94). Le séducteur, surpris en flagrant délit auprès d'une épouse légitime ou d'une concubine entretenue pour en avoir des enfants libres, pouvait être impunément mis à mort par le mari ou l'amant, à moins qu'il ne se fût réfugié au foyer qui servait d'autel (Démosthène c. Aristocrate, 53, 55). L'existence du flagrant délit (προβα εν αρτηροϋς εχου) était requis ; mais contrairement aux règles consacrées par le droit moderne, l'époux outragé pouvait agir avec calme et réflexion.

Secours à la Justice. — On récompensait le dénonciateur qui faisait connaître trois voleurs à la Justice ; s'il l'était lui-même, sa peine lui était remise comme le prix de la dénonciation des deux autres.

La loi promettait l'impunité absolue à l'homme qui, ne pouvant nier son crime, faisait connaître ceux qui l'avaient partagé (Lysias, p. 105. Plutarque, Alcibiade, §§ 37 et 38).

Cas d'excuse en matière de meurtre. — On ne pouvait être puni comme coupable de meurtre pour avoir sans dessein tué quelqu'un dans un chemin, en le renversant. On ne pouvait l'être pour avoir tué son adversaire dans les combats des jeux publics ; la loi considérait alors l'intention et non l'action : l'intention avait été de vaincre et non de donner la mort. La loi, ajoute Démosthène, absout encore celui qui tue à la guerre par ignorance ; et en effet, si j'ai frappé, croyant frapper un ennemi, on doit me pardonner et non me punir (Démosthène contre Aristocrate, p. 733).

Cas d'excuse d'utilité sociale. — Une loi de Solon déclarait innocent celui qui tuait l'usurpateur des droits populaires des Athéniens (Andocide, sur les mystères, 96-98 ; Lycurgue c. Léocrate, 124, 125).

Il était permis de tuer celui qui avait trahi la cité de Minerve ou avait été mis hors la loi par un décret du peuple (Lysias, sur l'impiété d'Andocide).

PREMIÈRE PARTIE

Des cas de non culpabilité et des excuses dans le Droit
criminel Romain.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Nous devons, pour faire un travail complet sur notre matière, étudier les lois criminelles des Romains, dans les différents âges de Rome, depuis le moment où l'histoire se confond presque avec la légende, jusqu'au moment où l'organisation judiciaire se dénature et se perd, en même temps que le peuple dont elle avait fait la force et la grandeur. On trouve à Rome, et il n'est pas difficile de l'établir, presque les cinq périodes qui peuvent se partager l'histoire du droit criminel. Dans la première période qui a précédé la loi des Douze Tables, nous rencontrons le système de la vengeance comme chez la plupart des peuples, plus tard, la période du talion et de la réparation pécuniaire ; le talion représente plus particulièrement l'antique civilisation de l'Orient, qui est une sorte de barbarie. Quant à la réparation pécuniaire, nous la retrouvons sous le nom

de composition dans notre seconde partie; elle caractérise la civilisation germanique ou barbarie occidentale. Enfin, aux temps de la République, le Droit criminel, qui est toujours en rapport avec le développement des libertés civiles, avait atteint à Rome le plus remarquable degré de perfection, jusqu'à cette époque de servitude et d'avilissement, où nous trouvons une législation pénale déshonorée par le despotisme.

On peut dire que le Droit criminel à Rome, aux temps de la République, est la période de l'analogie et de la proportion dans la peine, et qu'elle caractérise très-sensiblement la civilisation gréco-romaine, principe de la civilisation moderne.

Enfin, à l'époque où le christianisme vient faire sentir sa bienfaisante influence, nous trouvons déjà la justice tempérée par la charité et par cette indulgence qui résulte d'une connaissance plus profonde de l'homme, connaissance due à la philosophie.

Alors grâce aux grands philosophes de la Grèce et de Rome, grâce au Christ qui vient de changer la face du monde et proclamer que tous les hommes sont frères, on triomphe du plus cruel des préjugés, et on fait reconnaître à l'orgueilleux citoyen romain, un frère et un égal dans l'esclave, que les lois distinguaient à peine de l'animal, et traitaient souvent plus durement encore.

Dès les premiers temps de Rome, il est question d'excuse dans les lois criminelles. Joseph Scaliger, d'après les textes de Festus et de Servius, a restitué une loi de Numa Pompilius dans laquelle ce roi, qui rece-

vait les inspirations de la nymphe Egérie, prononçait les peines les plus sévères contre l'homicide commis de dessein prémédité, mais ordonnait simplement aux personnes coupables d'homicide par imprudence, d'offrir dans l'assemblée du peuple un bélier pour le mort et ses enfants. Ce sacrifice, dit Cincius, cité par Festus, se faisait à l'exemple des Athéniens, chez qui l'on offrait un bélier pour l'expiation du crime.

Il ne faut pas s'étonner de l'existence de cas de non-imputabilité, de justification et d'excuse, dans un pays où l'on respectait si bien les droits de la défense, où l'on accordait une liberté égale à celle donnée à l'accusateur, où l'on voulait qu'accusation et défense pussent lutter à armes égales, chez un peuple où l'inculpé pouvait garder la liberté de ses actes et de sa personne; dans un pays, où un citoyen accusé même d'un crime capital échappait à la prison, en donnant caution de comparaître au jour du jugement. Un citoyen romain, dit M. Laboulaye (*Lois criminelles des Romains*, p. 140), quelle que fût la bassesse de sa condition, était un des maîtres du monde, et des fers ne devaient point blesser ses mains souveraines.

L'on sait que le *Dolus malus* et la *culpa* sont la base de la théorie pénale chez les Romains; il nous faut donc en quelques mots dire ce qu'on entend par *dolus malus* et *culpa*.

Le *dolus malus* n'est autre chose que le dol; il comprend plusieurs espèces; le *dolus verus* ou *præsumptus generalis* ou *specialis*, *determinatus* ou *indeterminatus*, *determinatus simplex* ou *indeterminatus multi-*

plex, etc. On le divise encore en *summus*, *medius*, *infimus*.

La *culpa*, c'est la faute. Il y en a de trois sortes : la *culpa levissima*, la *culpa levis* et la *culpa lata*.

La théorie du *dolus malus* et de la *culpa* se trouve dans les délits privés comme dans les délits publics. Celle de la *culpa* règne seule dans les cas d'actions populaires (Walter, §§ 801 et 802).

De tout temps, le législateur romain a formellement tenu compte de l'absence du *dolus malus* ; nous citons plus haut une loi de Numa, où l'on avait établi une différence bien marquée entre l'homicide prémédité, et l'homicide par imprudence, ce qui nous prouve que l'on tenait compte de l'intention dans l'appréciation du crime, et dans l'application de la peine.

La loi des Douze Tables, que Cicéron (De oratore, l. 44,) préfère pour la sagesse et l'utilité à tous les recueils des philosophes, et que Tacite appelle le complément de l'équité, *finis æqui juris*, prenait en considération l'intention de l'agent. Elle était dominée par ce grand principe que la peine ordinaire n'est réservée qu'au dol complet.

Quand les anciennes institutions se furent écroulées une à une, la décadence des mœurs allant toujours croissant, il fallut un frein puissant, plus complet, pour contenir les désordres de la société. Ce fut alors (vers la fin de la République) que l'on vit paraître des lois spéciales qui réglementaient avec soin les divers genres d'infractions (délits publics), et fixaient la peine à appliquer à chacune d'elles.

Toutes ces lois faisaient une large part à l'intention de l'agent, et l'absence plus ou moins sensible du *dolus malus* devenait immédiatement un motif d'excuse, d'absolution ou d'acquiescement.

Elles se conservèrent sous l'Empire à peu près dans les mêmes conditions. Les rescripts impériaux et la jurisprudence leur adjoignirent diverses dispositions particulières.

Marcien, dans la loi (14, § 2, D. XLVIII, XIX, de *pœnis*) distingue entre les délits commis *proposito*, *impetu*, *casu*. « Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquant latrones qui factionem habent. Impetu autem, cum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum venitur. Casu verò, cum in venando telum in feram missum, hominem interficit. »

Dans le premier cas, *proposito*, voilà bien caractérisée la préméditation, le projet coupable dans toute son énergie ; dans le second, *impetu*, nous voyons le trouble porté dans l'intelligence, la volonté qui subit une influence ; quant au dernier cas, *casu*, il a trait à l'absence de *dolus malus*. Le jurisconsulte Marcien constate donc formellement le principe.

La distinction est encore plus nettement indiquée dans la loi 5, § 2, de *pœnis*, par Ulpien : « Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittitur an casu ; et sanè in omnibus criminibus distinctio hæc pœnam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere. » Les mots *justam pœnam*, *temperamentum* correspondent aux mots *consulto*, *casu*, dans ce texte, qui fait si bien d'un côté la différence des cas, de l'autre celle des peines.

Un rescrit d'Adrien, loi 4, § 3, D. XLVIII, VIII, *ad legem Corneliam de Sicariis et Veneficiis*, tranchait la question pour le cas d'homicide : « Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse... » Les mots *absolvi posse* ne peuvent passer inaperçus ; ils indiquent que l'auteur du fait n'est pas absous de plein droit, que c'est au juge à apprécier qu'il aura la faculté de prononcer l'absolution. La fin de ce texte a aussi son importance..... « Sed si clavi percussit, aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate, homicidium admisit. » Dans ce cas, il fallait apprécier l'intention de l'agent, car il faut atténuer la peine, si le meurtrier n'a pas voulu donner la mort, mais a eu l'intention de frapper ou de blesser sa victime.

Voici un texte du Code qui a trait encore au *dolus malus* ; c'est une constitution de l'empereur Antonin (loi 4, C. IX, XVI. *Ad legem Corneliam de Sicariis* : « Qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse, remissa homicidii poena secundum disciplinam militarem sententiam profert..... » Il y avait intention mauvaise chez l'agent puisqu'il voulait frapper, mais l'intention n'était pas tout-à-fait criminelle, puisque l'agent n'avait pas résolu de donner la mort. La peine de l'homicide est alors écartée, et la fin du texte nous en donne la raison : « Crimen enim contrahitur si et voluntas nocendi intercedat. Ceterum ea quae ex improviso casu

» potius quam fraude accidunt, fato plerumque non noxae imputantur. »

Dans la loi 5, au Code, liv. IX, tit. XVI, nous trouvons confirmé le même principe : « Eum, qui adseverat homicidium se non voluntate, sed casu fortuito fecisse, cum calcis ictu mortis occasio præbita videatur ; si hoc ita est, neque super hoc ambigi poterit omni metu ac suspicione, quam ex admissæ rei delicti crimine, secundum id quod, annotatione nostra comprehensum est, volumus liberari. »

Nous reviendrons plus loin sur ces deux textes, qui contiennent, le premier un cas d'excuse atténuante, le second un cas d'excuse absolutoire, ce qui justifie notre division pour les excuses : Excuses atténuantes ; Excuses absolutoires.

Un grand principe, du reste, domine notre matière : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (loi 44, D. XLVIII, VIII, *ad legem Corneliam de Sicariis*). Ce rescrit d'Adrien dit assez clairement, que l'on considèrerait surtout l'intention, et que l'infraction matérielle était reléguée au second plan. Il fallait qu'à cette dernière vint se joindre un *dolus malus* complet pour que la peine ordinaire fût appliquée à l'agent. Une autre loi (loi 7) du même titre nous dit formellement, qu'il ne faut pas confondre le *dolus malus* avec la *culpa lata*. « In lege Cornelia dolus pro facto accipitur ; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. »

Parmi les infractions réprimées par les lois pénales romaines, nous avons porté notre choix sur l'homicide pour démontrer que l'absence partielle ou totale d'intention criminelle chez le meurtrier, était pour celui-ci

une cause d'atténuation ou d'exemption de la peine. Ce que nous avons dit à ce sujet du *dolus malus* peut s'appliquer d'une manière générale, aux autres genres d'infraction.

Dans les délits privés, l'absence plus ou moins prononcée du *dolus malus*, libère l'agent de tout ou partie de la responsabilité qu'il a encourue. L'*infans* est déclaré incapable de commettre le *furtum*; il en est de même de l'*impuer*, s'il n'est pas *jam doli capax* (loi 23. D, XLVII, II).

Si nous ouvrons les Institutes de Justinien, au titre de *Furtis*, nous y trouvons cette maxime : *Furtum sine affectu furandi non committitur*, qui a trait plus encore à la qualification du délit, qu'à l'appréciation de la culpabilité. Aussi Pothier trouve-t-il le développement de cette proposition dans la loi 44, § 4 *ad legem Aquilianam*, qui prévoit le cas où un tiers ira méchamment, et dans l'intention de nuire prendre et faire disparaître des titres de créance appartenant à autrui : *furti non tenebitur*, dit le jurisconsulte. En effet, le voleur cherche un gain illicite, qu'on ne rencontre pas dans l'espèce ; et c'est là ce qui constitue proprement l'*affectus furandi*. « Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo, furti non teneatur » sed tantum damni injuriæ, ut puta si non animo furti » faciendi, sed tantum damni dandi delevit, nam furti » non tenebitur : cum facto enim etiam animum furis » furtum exigit. »

C'est ce qui résulte encore de la loi 22 Princip., XLVII, II, de *Furtis* : « Si quid fur fregerit,

» aut rumperit, quod non etiam furandi contractave- » rit : ejus nomine cum eo furti agere non potest. »

L'influence de l'intention sur l'imputabilité, n'est pas douteuse en matière des délits privés dans l'*actio injuriarum*. Ulpien dit, qu'il faut avant tout examiner l'intention. Ainsi, celui qui frappe en plaisantant, *per jocum*, ne commet pas le délit d'injure : « Si quis per » jocum percutiat, aut dum certat; injuriarum non » tenetur » (loi 3, § 3, D. XLVII, X, de *Injuriis et famosis libellis*).

De même celui qui frappe un homme libre croyant frapper un esclave ne commet pas le délit d'injure. « Si quis hominem liberum occiderit, cum putat ser- » vum suum, in ea causa est ne injuriarum teneatur » (loi 3, § 4, D. XLVII, X).

L'action *vi Bonorum raptorum* frappe celui-là seul qui *dolum malum adhibuit*. *Hac actione is demum tenetur qui dolum malum adhibuit* (loi 2, § 18, XLVII, VIII).

Labéon dit que l'action *vi bonorum raptorum* ne pourra être intentée contre le *publicanus* qui envahit de bonne foi le bien d'un contribuable. « Si publica- » nus pecus meum abduxerit, dum putat contra le- » gem vectigalis aliquid a me factum, quamvis erra- » verit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non » posse, Labéon ait : sane dolo caret..... (Ulpien, loi 2, § 20, D. XLVII; VIII).

Si, en cas d'incendie, je détruis la maison du voisin pour sauver la mienne, je ne serai pas poursuivi, parce que « utique dolo careo » (loi 3, § 7, XLVII, IX, de *Incendio*).

La loi Aquilia ne pourra pas m'atteindre, parce que poussé par la nécessité, j'ai agi sans mauvaise intention. C'est ce qui est constaté dans la fin du texte que nous venons de citer : « nec enim injuria hoc fecit , » qui se tueri voluit. »

Au titre de *Sepulcro violato*, nous trouvons encore un texte qui s'explique sur l'intention de l'agent en matière d'*extraordinaria crimina*, que l'on appelle aussi *privata crimina*.

« Doli non capaces (ut admodum impuberes, item » omnes qui non animo violandi, accedunt) excusati » sunt » (loi 3, § 4, D. XLVII, XII).

On ne pouvait poursuivre pour stellionat que ceux qui avaient agi dans une intention mauvaise, comme cela est mentionné dans le fragment suivant : « Stellionatum autem objici posse his qui dolo quid fecerunt, sciendum est » (loi 3, § 4, D. XLVII, XX, *Stellionatus*).

Il n'y a pas d'adultère sans mauvaise foi (loi 42, D. XLVIII, V). Donc, toutes les fois que, soit par erreur, soit par violence, la femme subira un contact étranger, elle ne sera pas coupable.

Pour terminer ces quelques notions sur le *dolus malus* et la *culpa*, disons que le juriconsulte Paul observe dans son *Traité des instances publiques* (loi 7, *ad leg. Cornel. de Sicariis*), que le dol, c'est-à-dire l'intention mauvaise et la faute lourde ne sauraient être assimilées en matière criminelle comme en matière civile, au moins en ce qui concerne l'application de la loi Cornelia de Sicariis. Ainsi qu'un ouvrier qui taille

un arbre, laisse tomber une branche sans crier gare, et tue un passant, cet homicide n'est pas frappé des peines édictées par la loi Cornelia.

TITRE I.

CAS DE NON IMPUTABILITÉ.

CHAPITRE PREMIER.

ALIBI.

L'alibi, à Rome, constituait un cas de non imputabilité, et Cicéron ne manque pas d'en parler dans son *Traité de Inventione*, liv. 4 : « Si vos me istud a tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fui, relinquitur, ut id quod dicitis non modo non fecerim, sed ne potuerim quidem facere. » Il est impossible de mieux caractériser la circonstance d'alibi, que peut invoquer un accusé pour repousser l'accusation dirigée contre lui.

CHAPITRE II.

AGE.

Les juriconsultes romains, pour donner toujours à la loi une apparence scientifique, avaient divisé le cours entier de la vie humaine en périodes de sept années. L'enfance occupait la première période, la puberté la seconde. Ces quatorze premières années furent appelées *impuberté*. Les juriconsultes, avides de com-

paraison et d'analogie, comparaient l'impuberté tantôt à l'état de fureur et de démence, tantôt, avec plus de justesse, à l'imprudencé ou à l'ignorance. Ils établirent en principe que les impubères étaient comme les fous et comme ceux qui ne savent pas ce qu'ils font, incapables de dol. « *Vibonorum raptorum actio in impuberem qui doli mali capax non est, non dabitur* » (loi 2, § 19, D. XLVII, VIII, *de vi bonorum raptorum*).

On divisa d'abord la seconde période. La première moitié des sept années dont elle se compose fut réunie à l'enfance, qu'on déclara à l'abri de toute punition. L'autre moitié, plus voisine de la puberté, fut réunie aux sept années qui vont jusqu'à la majorité, et fut avec elle une seule période, pendant laquelle, disait-on, l'homme est sans doute capable de dol, mais non de dol complet; on accorda donc à cette période une excuse remise à l'arbitraire du magistrat qui, modérant alors sa sévérité, accordait quelque faveur à l'accusé et mitigeait la peine.

En matière d'âge, voici un texte formel du jurisconsulte Paul, qui consacre un principe général, loi 408 *D. De regulis juris*. Dans presque toutes les affaires criminelles, dit-il, on tient compte de l'âge, « *œtati succurritur. Fere in omnibus pœnalibus judiciis, et œtati, et imprudentiæ succurritur.* »

Voici encore une loi qui contient une disposition générale: « *Sane sunt quidam, qui injuriam facere non possunt, utputa furiosus et impubes, qui doli capax non est* (loi 3, § 1, D. XLVII, X.) ».

L'impubère n'était pas poursuivi en matière de faux et il ne pouvait encourir la peine portée par l'édit, parce que son âge le réputant incapable de dol, il était censé incapable d'un crime de faux. « *Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam ætatem non cadit* (loi 22, princip. Paul, lib. sing. *Ad Sc. Libon.* D. XLVIII, X), »

En matière de fausse monnaie, les impubères ne devaient éprouver aucune perte, ni être soumis à aucun supplice, parce que leur âge est dénué de jugement. « *Impuberes verò, etiamsi conscii fuerint nullum sustineant detrimentum; quia ætas eorum quid videat, ignorat* (loi 4 *in fine. Code, De falsa Moneta*, IX, XXIV). »

Modestin au livre 8 de ses Règles, nous présente un cas de non imputabilité, fondé sur l'âge de l'agent. « *Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat.* (Loi 12, D. XLVIII, VIII. *Ad leg. Cornel. de Sicariis*). »

Jusqu'à l'âge de 10 ans, l'enfant était encore comme proche de la première enfance, *proximus infantia*, et incapable d'une pensée criminelle, *non doli capax*.

Mais si la même présomption continuait de l'accompagner jusqu'à l'âge de puberté, 12 ou 14 ans suivant son sexe, la preuve contraire était alors admise, suivant la *Maxime Malitia supplet ætatem*, et l'impubère pouvait être puni, *Si proximus pubertati sit, et ob id*

intelligat, se delinquere. (Inst. lib. IV, l. 1. 23, D. de *Furtis* l. 444, D. de *Regulis Juris*).

Depuis la puberté jusqu'à 18 ans, où le pubère devenait mineur, et même jusqu'à 25 ans, époque de la majorité, la loi n'établissait plus d'autre différence que dans la qualité et la nature de la peine, toujours plus faible pour les mineurs (loi 7, Code *De Pœnis*, loi 37 *De Minoribus*, loi 4, D. *Ad. Sc. Sillan*).

En matière d'adultère, voici ce que nous constatons dans la loi suivante: *Si minor XXV annis*, nous dit Papinien, « *adulterium commiserit, lege Julia tenetur* » quoniam tale crimen post pubertatem incipit (loi 36, « D. XLVIII, V, *Ad leg. Jul. de adult.* » Ici le mineur de 25 ans est nécessairement coupable, aussi la loi conserve pour lui toute sa rigueur. Il n'en sera pas de même de l'impubère, la fin de la loi citée le prouve très clairement: *Tale crimen post pubertatem incipit*, donc dans l'espèce, l'impuberté constitue un cas de non culpabilité. Quant à l'infans, il est évident que dans l'espèce il doit être mis de côté.

Pomponius déclare que l'impubère ne peut commettre de *fraudem capitalem* (loi 23, § 2, *in fine*, D. XXI, l, *De ædilitio edicto*). Or, Ulpien appelle (*eod. supra*) *fraus capitalis*, celle qui peut entraîner une peine capitale comme châtement de l'infraction commise, mais il faut que cette dernière ait été perpétrée *dolo malo et per nequitiam*. La déclaration de Pomponius amène cette conséquence logique, que l'impubère est présumé incapable d'avoir le *dolus malus*, et la *nequitia*. Ce n'est que tout autant qu'il les a eus d'une manière certaine,

visible, que l'on peut prononcer contre lui une peine capitale ; c'est dans ce sens que les Institutes parlent de sa déportation (Inst. I, XXII, § 1, *Quibus modis tutela finitur*).

CHAPITRE III.

CAS D'ALIÉNATION MENTALE, DÉMENCE, FOLIE.

Dans l'antiquité, on croyait généralement que la Folie venait des Dieux, et que le malade était possédé par un de ces génies malfaisants, qui, dans l'opinion des Grecs, présidaient souvent à la destinée des hommes. De là, cette crainte superstitieuse qu'inspiraient les malheureux privés de raison, et les cérémonies expiatoires (*piatio*) que l'on employait pour conjurer les mauvais esprits dont ils étaient tourmentés. (Plaute, *Menechmes*, acte II, scène II, v. 14 et suiv. Varron *De Re Rustica*. l. 2, ch. 4 et 4).

Les prêtres étaient leurs médecins, et ils joignaient aux cérémonies religieuses, certains soins hygiéniques dont tous les bons effets étaient attribués à quelque divinité tutélaire. Ce fut Hippocrate qui reconnut la nature véritable de cette infirmité humaine, et chercha des moyens plus efficaces pour la guérir.

Il essaya de la traiter par l'ellébore, et c'est par là que l'île d'Anticyre qui le produisait, est devenue célèbre.

Anticyrum naviget, dit Horace, satire III, liv. II, v. 166.

Qu'il aille à Anticyre guérir sa folie !

Anticyris tribus caput insanabile, tête que trois Anticyres ne guériraient pas de la folie.

Mais malgré ce progrès de la science, il paraît certain que les Grecs ne se préoccupèrent pas autrement du sort des aliénés, et ne créèrent pas d'établissements pour les recevoir. A Rome, il n'y eut pas non plus d'établissements publics ou privés affectés au traitement des fous. Ils étaient confiés ordinairement aux soins de leur famille et la loi imposait même ce devoir aux enfants, sous une pénalité qui devait être pleine d'efficacité. (loi 28, Code, Authent. *ut cum De episcop. audient.* I, IV).

Si les aliénés ne pouvaient être recueillis dans leur famille, c'était à l'administration, qu'il appartenait de prendre toutes les précautions nécessaires pour soustraire la société aux dangers que leur fureur ou leurs excès pouvaient lui faire courir. Les Présidents des provinces devaient au besoin les faire enfermer dans des prisons publiques, *carceres* (loi 43, § 1, D. *de off. Præsid.*). Nous aurons de nouveau occasion de citer dans le cours de notre travail cette loi.

Si au point de vue de leur traitement et de leur condition dans la société romaine, les personnes atteintes d'insanité d'esprit étaient peu favorisées, au point de vue de leurs biens, la loi romaine dès le principe se montra prévoyante.

Déterminons d'abord le sens du mot folie, dans la langue du droit Romain.

Dans les textes des lois Romaines et les ouvrages

des commentateurs, nous rencontrons fréquemment les expressions suivantes : *Furiosus*, *Demens*, *Mente captus*, (Inst. §§ 3, 4, *De Curator.* — D. XXVII, X. — C. V. LXX).

Ces expressions nous offrent les nuances les plus caractéristiques que présente chez les Romains au point de vue du droit, l'insanité d'esprit. Nous les trouvons toutes réunies dans un passage de Cicéron in *Pisonem* cap. 20 : « Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste « atbamante dementionem putem. »

Souvent les mots *Furor* et *Dementia* sont employés par les Romains, comme synonymes d'aliénation mentale, ainsi qu'on peut le voir dans la loi 44, D. *De off. Præsid.*, et quelquefois aussi, ils gardent leur signification propre de fureur, de démence. Le *Furiosus* dans ce dernier cas, est la personne qui se livre à des actes violents et dangereux, et dont la maladie se traduit par une espèce de rage, « *quiddam animi rabie*, » (Vinnius, tit. *de Curat.* comment. des Inst. de Justin.)

Le *Demens* a une folie tranquille quant aux actes, mais elle se révèle par le désordre et l'incohérence, ou l'extravagance des pensées, et quelquefois même par une absence complète de toute intelligence, ou bien par une lueur si faible, qu'on peut dire qu'elle est nulle. C'est alors plus particulièrement l'état du *mente captus*, de l'idiot, de l'imbécile.

Tous les actes de l'insensé étaient nuls en droit Romain, tel était le principe, car on ne lui reconnaissait ni intelligence, ni volonté ; lorsque la loi attachait

à ses actes certains effets, elle les considérait non pas comme des effets juridiques, mais comme des faits purs et simples n'exigeant aucun concours de volonté. Cette irresponsabilité dans les actes de la vie civile, nous la retrouvons en droit Romain, pour les délits et les crimes commis par une personne en démence.

Quant au motif de cette irresponsabilité, la loi romaine était loin d'être aussi complète et logique en droit pénal, que sur les matières du droit civil. Celui que nous voyons indiqué dans le plus grand nombre de textes que nous possédons, est loin d'avoir une valeur réelle. Nous pourrions, du reste, l'attribuer à la faiblesse de la législation romaine sur ce point, à l'idée erronée qu'on s'était faite primitivement de la folie. C'était un fléau, un malheur envoyé par les Dieux, comme nous le disions plus haut. Le *furiosus* agissait sous l'empire des dieux infernaux, ou de divinités funestes qui se plaisaient à torturer les hommes et l'excitaient à commettre des crimes contre ses semblables. Aussi la société ne devait-elle pas pouvoir exercer une répression contre un agent qui était déjà assez malheureux d'être possédé par un mal si affreux et si terrible : « *Fati infelicitas excusat; satis ipso furore punitur.* » La folie n'est-elle pas en elle-même une peine, un châtement bien assez grand, sans encore y ajouter la rigueur des lois criminelles ?

Cela ne semble pas digne d'un législateur sérieux ; il ne s'agit pas de savoir si l'agent est suffisamment malheureux de se trouver privé de ses facultés intellectuelles, mais s'il a eu conscience de ce qu'il a fait,

et un autre texte du Digeste le formule très-bien : *Injuria enim ex affectu facientis consistit.* Un fou n'est pas plus responsable du mal qu'il fait, *quam si pauperiem pecus dederit, aut tegula ceciderit* (loi 9, § 2, D. *ad leg. Pomp. XLVIII, IX* ; l. 5, § 2, D. *ad leg. Aquil.*, IX, II ; l. 22, § 2, D. *de ordil. edic. XXI, 1*, l. 42, D. *ad leg. Corn. de Sicar. XLVIII, VIII*).

On peut juger, par la lecture de ces textes, que la loi romaine, tout en arrivant à un but très-équitable, était partie d'un point de vue peu rationnel.

L'humanité, le malheur des hommes peuvent certainement être pris en considération dans toute législation criminelle ; mais c'est surtout au point de vue philosophique, que dans l'application de la peine, le juge se montre moins rigoureux. L'homme malheureux n'est-il pas responsable de ses actes comme l'homme heureux ? Le juge doit-il s'apitoyer sur les infortunes humaines, de manière à tromper la vindicte publique dans la répression des attentats contre la société ? Toutes ces règles ont, du reste, été soutenues dans les législations qui ont suivi le Droit romain.

Le jurisconsulte Ulpien nous donne cependant un motif beaucoup plus plausible de cette irresponsabilité. « *Quæ enim in eo culpa sit, cum sue mentis non sit* » (l. 5, § 2, D. *ad leg. Aquil.*). Comment comprendre un crime de la part d'une personne qui n'a pas sa raison ? Voilà certainement le motif philosophique et rationnel de la non imputabilité des faits commis par une personne en démence. L'intelligence, la volonté lui font défaut, elle ne peut donc avoir l'intention de com-

mettre l'un ou l'autre. Elle agit, pour ainsi dire, instinctivement, sans pouvoir raisonner, ni vouloir l'acte qu'elle accomplit : « Namque hi pati injuriam » solent non facere, cum enim injuria ex affectu facientis consistat » (l. 3, § 1, D. de inj. et fam. lib.). Ce qui fait le crime, ce qui constitue le criminel, c'est la perversité de l'acte connue de l'agent, c'est l'intention, la volonté de le commettre.

Quoi qu'il en soit des motifs de la loi romaine, il est certain que l'agent criminel en démence n'était pas responsable de ses actes; il n'était pas coupable, il ne devait, par conséquent, encourir aucune pénalité.

Plusieurs espèces, rapportées par les lois romaines, nous permettent d'établir ce principe.

En matière criminelle, la distinction du *mente captus* et du *furiosus*, avait une grande importance. La science avait constaté chez le *furiosus*, non pas l'absence de l'intelligence, mais seulement le trouble, la maladie de cette faculté, et c'est ainsi qu'elle expliquait ses actes insensés et bizarres. Mais aussi elle reconnaissait que le mal pouvait céder pour un instant, et faire place à la saine raison.

Partant de là, les jurisconsultes romains admettaient que le *furiosus*, avait des intervalles lucides ou moments de raison, pendant lesquels le malade recouvrait l'exercice de ses facultés intellectuelles, et de ce principe, ils tiraient des conséquences juridiques.

Mais il n'en était pas de même pour le *mente captus* qui, atteint la plupart du temps d'un mal originaire et perpétuel, pouvait à peine concevoir des idées. « Mente

» captus, in quiete est, nec ulla fere signa ostendit » extrinsecus, quod vitium plerumque naturale et perpetuum est. » (Vinnius, T. de curat., comm. des Inst. de Just.)

Quant au *demens*, il se rapprochait plus du *mente captus*, en ce sens que chez lui les intervalles lucides étaient très-rares, cependant ils étaient possibles.

Aussi, les règles du droit, applicables au *furiosus*, l'étaient également au *demens*.

Comme il était admis que dans ses moments de raison, le *furiosus* agissait valablement, en matière civile, de même, lorsqu'il se rendait coupable d'un crime, pendant un intervalle lucide, il recouvrait toute sa responsabilité, et tombait sous l'application de la loi pénale. Nous disions que cette question jouait un grand rôle, car dans la recherche si délicate et si difficile de la culpabilité, le juge devait bien certainement examiner le fait en lui-même, mais lorsque l'état mental d'un agent était celui d'un *mente captus*, d'un idiot, d'un imbécile, ce devait être pour lui un motif déterminant d'acquiescement.

Dans tous les cas, du reste, la loi romaine nous indique bien, avec quelle scrupuleuse attention il lui était recommandé de chercher à connaître exactement l'état mental de l'agent, au moment du fait incriminé. Non seulement il pouvait y avoir un intervalle lucide, et c'était un point très-embarrassant à déterminer, mais encore le criminel pouvait feindre la folie, et en trompant le juge, échapper au châtement.

Nous n'avons trouvé dans les lois romaines, aucun

texte caractérisant la folie partielle, appelée de nos jours Monomanie, comme une folie qui rendait irresponsable l'agent et écartait l'application d'une peine; c'est la folie d'une personne qui ne déraisonne que sur un point et qui sur tout le reste fait usage de sa raison, comme cet homme dont parle Horace :

Fuit haud ignobilis Argis
 Qui se credebat miros audire tragædos
 In vacuo lectus sessor, plausorque theatro
 Cætera qui vitæ servabat mania recto
 More.

(Horat. Ep. lib. 2, Ep. 2, v. 128-132).

Ces quelques notions générales sur la terminologie des Latins, et sur les variétés sous lesquelles ils comprenaient l'aliénation mentale, vont nous permettre d'aborder plus facilement l'analyse des différents textes du Droit romain.

Nous avons cru ne pas devoir nous appesantir davantage sur l'examen des différentes expressions qui, chez les Romains, caractérisaient le trouble de l'intelligence : il nous a paru inutile de développer ce qu'il convenait seulement d'indiquer pour la bonne intelligence des textes.

Voici le principe général, auquel est particulièrement soumise notre matière : « *In maleficiis voluntas spectatur non exitus.* »

Le fou, agissant sans intention, ne peut être responsable; aussi, la société n'aura pas le droit de le punir.

Si nous parcourons les différentes dispositions de la législation romaine, en matière de crimes, nous

rencontrons, pour le crime le plus grave et en même temps le plus rare, le texte suivant : « Sane si per » *furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit,* » *ut divi fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat : nam sufficere, furore ipso cum » puniri; diligentiusque custodiendum esse, aut etiam » vinculis coercendum (L. 9, D. XLVIII. IX).*

Le crime de parricide, comme les autres, ne peut être imputé qu'à ceux qui conservent l'usage de leur raison; aussi le furieux, qui dans un accès de fureur, aura tué son père ne doit pas être puni; c'est ce que disent les deux frères, dans un rescrit, par rapport à un individu qui dans cet état avait tué sa mère; *nam sufficere furore ipso eum puniri*, un fou est assez puni par son malheur. Comme son état est digne de pitié et réclame l'assistance, il faudra le garder avec plus de soin et l'enchaîner. Modestin, dans la loi 12 au D. XLVIII. VIII, s'appuie sur une doctrine plus vraie et plus humaine que celle des deux empereurs, lorsque mettant l'infans et le fou sur la même ligne, il s'exprime ainsi : « *Infans vel furiosus si hominem occiderint lege » Cornelia non tenentur; cum alterum innocentia con- » siliu tuetur, alterum fati infelicitas excusat.* » Si l'infans ou le furiosus commettent un meurtre, ils ne tomberont pas sous le coup de la loi Cornelia, la justice ne pourra les frapper. Son bras restera désarmé devant le malheur.

Au titre de *Lege Julia majestatis*, le jurisconsulte Modestin, dit qu'il faudra examiner si le coupable « *sane mentis fuerit.* » Le Code dans la loi 4, C. IX,

VII est encore plus explicite : « *Si ex insania miseratione dignissimum.* »

Les lois 13, § 1 et 14, D. *De off. presid.* I. XVIII, que nous allons expliquer, nous présentent toute la théorie romaine, en matière d'insanité d'esprit. Ulpien, dans cette loi, s'exprime ainsi : « Sane excutiendum » divi fratres putaverunt in persona ejusqui, parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset, an vero revera compos mentis non esset; ut si simulasset, plecteretur : si fureret, in carcere contineretur. » Si l'on reconnaissait que la folie de l'agent était feinte, et s'il était établi que le prétendu fou, jouissait de sa raison, on lui appliquait la peine, sinon il était absous, mais alors comme sa folie pouvait entraîner de nouveaux malheurs, on le faisait enfermer, par mesure de sûreté publique.

C'est dans la loi 14 (D. I, XVIII, de off. presid.) que nous allons trouver parfaitement caractérisée la question des intervalles lucides.

Dans un rescrit de Verus et de Marc-Aurèle, suivant Modestin mais attribué par le jurisconsulte Macer à Marc-Aurèle et à Commode, et rapporté par lui dans son ouvrage sur les *Judicia publica*, il est dit qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les peines édictées par la loi *Pompeia de parricidiis*. Ces empereurs avaient été consultés par le président Tertyllus Scapulla, pour savoir ce qu'il fallait faire dans le cas suivant : un fou, du nom d'Elius Priscus, avait tué sa mère dans un moment de fureur. Les empereurs répondirent que, s'il était évident que le parricide avait agi sous l'empire d'une folie telle que

l'aliénation mentale fût complète et ne lui laissât aucune espèce de raison, et que s'il était impossible de soupçonner la simulation de la démence, on ne devait pas punir le fou ; mais il fallait l'enfermer avec beaucoup de précaution, et même l'enchaîner si cela était nécessaire. Cette mesure aurait non-seulement un caractère de pénalité, mais encore ce serait une protection pour le fou lui-même, et une sécurité pour ses parents. Si, au contraire, la folie présentait des intervalles pendant lesquels le fou aurait pu recouvrer sa raison, les empereurs recommandaient de bien examiner si le parricide n'avait pas pu commettre son crime pendant un de ces intervalles ; alors sa folie ne le ferait plus considérer comme irresponsable, et il devrait être puni.

Nous rapportons le rescrit que nous venons d'expliquer : « Si tibi liquido compertum est, Elium Priscum » in eo furore esse, ut continua mentis alienatione » omni intellectu careat; nec subest ulla suspicio, » matrem ab eo simulatione dementiæ occisam; potes » de modo pœnæ ejus dissimulare, cum satis furore » ipso puniatur, et tamen diligentius custodiendus » erit : ac, si putabis, etiam vinculo coercendus; quoniam » niam tam ad pœnam, quam ad tutelam ejus, et securitatem proximorum pertinet. Si vero, ut plerumque » que adsolet, in intervallis quibusdam sensu saniore, » num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo » ejus danda est venia, diligenter explorabis : et, si quid » tale compereris, consules nos, ut, æstimemus an » per immanitatem facinoris, si cum posset videri,

» sentire commiserit, supplicio adficiendus sit. »

Le motif invoqué par les empereurs, dans leur rescrit adressé à Scapula, nous montre combien était défectueuse la théorie romaine sur le droit de punir. Nous en trouvons la preuve dans cette solution donnée dans le même rescrit pour le cas où le crime aurait été commis dans un intervalle lucide et qui devrait être étendue évidemment au cas où le crime aurait été commis avant la maladie mentale : *Nec morbo ejus danda est venia.*

Ainsi, quand le crime avait été commis, au moment où l'accusé était en pleine santé d'esprit, la folie ne mettait pas obstacle à son jugement et n'empêchait pas non plus l'exécution de la sentence. Tel était du moins le principe dans toute sa rigueur ; mais il faut remarquer que Marc-Aurèle et Commode recommandent à Scapula Tertyllus de leur renvoyer la connaissance de la cause, s'il estime que l'aliéné dont il s'agit dans l'espèce, Elius Priscus, a tué sa mère dans un intervalle lucide : « Si quid tale compereris, consules nos » ut æstimemus an per immanitatem facinoris, si cum » posset videri sentire commiserit, supplicio adficien- » dus sit.

En matière de droit pénal privé, la non-responsabilité civile repose sur la même base que la non-responsabilité pénale. Ulpien, dans la loi 5, § 2, D. IX. II. *ad legem aquiliam*, assimile encore l'infans et le furiosus. La loi aquilia n'est pas plus applicable que si le dommage provenait de la faute d'un animal, ou de la chute d'une tuile. Comment l'insensé serait-il coupable,

dit le jurisconsulte, puisqu'il n'a pas sa raison : « Quæ enim, in eo culpa sit, quum suæ mentis non sit ? » Si furiosus damnum dedit, an legis aquiliæ actio » sit ? et Pegasus negarat : quæ enim in eo culpa sit, » quum suæ mentis non sit ? »

Dans la loi 3, § 1, *de injur. et famosis libel.* Ulpien compare le furiosus à l'impubère qui n'est pas encore *doli capax*. Le délit d'injure ne peut lui être imputé, poursuit-il, puisque l'injure est tout entière dans l'intention. « Sane sunt quidam qui (injuriam) facere non » possunt, utputa furiosus et impubes qui doli capax » non est : namque hi pati injuriam solent, non facere ; » cum enim injuria ex affectu facientis consistat, con- » sequens erit dicere, hos sive pulsent, sive convicium » dicant, injuriam fecisse non videri. »

Il ne peut y avoir chez ces agents d'intention coupable, puisqu'il n'y a pas discernement.

De toutes ces lois, il résulte donc bien que le furiosus qui commettait un acte punissable ne devait pas être puni, condamné. La folie, en droit romain, faisait disparaître la responsabilité chez l'agent, soit parce qu'on voyait dans son mal l'excuse de son crime, ou une peine déjà bien suffisante, soit parce que la volonté et l'intelligence n'avaient pas présidé à l'accomplissement de son crime.

CHAPITRE IV.

CONTRAINTE.

Comme pour les cas d'aliénation mentale, nous n'avons pas trouvé dans la législation romaine, une théorie sur la contrainte aussi nettement établie pour le droit pénal que pour le droit civil, et nous avons eu recours aux principes du droit civil, pour compléter les règles de la question en matière criminelle. Cependant, il existe au Digeste quelques dispositions qui nous suffisent pour ranger parmi les cas de non culpabilité, la contrainte. Ces textes sont précis et démontrent clairement que les juriconsultes romains voyaient dans la contrainte un cas de non-responsabilité.

Nous déclarons qu'à la lecture des différents passages du Digeste qui ont trait à la contrainte, on ne peut admettre l'application absolue de la morale stoïcienne à la théorie de la contrainte.

Suivant la philosophie stoïcienne, la crainte, si grande qu'elle puisse être, n'est pas un motif suffisant pour faire le mal, et la violence morale, même en cas de péril de mort, ne peut exclure la pénalité, car l'injustice ne perd rien de son caractère, pour avoir été commise sous l'empire d'un grand et puissant danger, l'homme devant se déterminer à mourir, plutôt que de se laisser aller à commettre une action mauvaise. Mais c'est là de la grandeur d'âme que l'on doit admirer ;

et dans la législation romaine, comme dans les législations modernes, on ne pouvait punir celui qui n'avait pas eu la force de s'élever à cette hauteur morale.

En nous reportant à la théorie du *dolus malus*, nous verrons que la doctrine stoïcienne n'a pas eu une influence considérable, car, nous le disions plus haut, nous trouvons des cas où la contrainte morale constituait un cas d'irresponsabilité. A Rome, lorsque l'adultère avait été commis à l'aide de la violence, la femme n'était pas punissable. C'est ce qui est constaté dans la loi 13, § 7, D. XLVIII. V, *ad leg. Jul. de adult.*
« Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset,
» adulterium commisisse arguat, benignius dicetur,
» posse eum accusare jure viri : sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa
» non esset ; cæterum quæ vim patitur, non est in
» ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur. »

Il y a là un cas de contrainte physique résultant d'un fait de l'homme ; l'agent dans ce cas est irresponsable.

Aussi, la femme victime d'un viol doit-elle être considérée comme innocente de *stuprum* ou d'adultère.

Chez elle, le *dolus malus*, l'intention mauvaise faisant défaut, elle ne pouvait commettre un acte coupable.

Nous trouvons dans un fragment de Papinien une disposition semblable : on demandait si la sentence du président de la province comprenait la femme à qui on a fait violence. J'ai répondu qu'elle n'avait point en-

couru la peine de la loi Julia sur les adultères, quoique, par pudeur, elle eût défendu de révéler l'injure qu'elle avait reçue, à son mari. « Vim passam mulierem, sententia præsidis provinciæ continebatur; in legem Juliam de adulteriis non commissis respondi, licet injuriam suam, protegendæ pudicitiaë causa, confestim marito renunciari prohibuit » (loi 39, princip. D. XLVIII. V).

Cela s'accorde avec ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit : Les lois punissent l'horrible dissolution des femmes qui s'abandonnent aux passions des autres, mais non celles qui n'ont cédé qu'à la violence. Il est même reçu que leur réputation n'en souffre pas et qu'elles n'en peuvent pas moins être mariées. « Fœdissimam earum nequitiam, quæ pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam, earum, quæ per vim stupro compressæ, irreprehensa voluntate, leges ulciscuntur : quin etiam inviolatæ existimationis esse, nec nuptias earum aliis interdici, merito placuit. » (Loi 20. C. IX. IX).

Les mots, *que per vim et irreprehensa voluntate*, caractérisent bien exactement le cas de non-responsabilité; la volonté n'existant pas, par suite de la violence, il n'y a pas culpabilité chez l'agent, il est innocent.

Celui qui n'a pas défendu son chef, lorsqu'il le pouvait; doit être assimilé à celui qui l'a tué; mais s'il n'a pu résister, il faut lui pardonner (D. l. 6, § 8, de re milit. XLIX. XVI).

On peut logiquement conclure que la contrainte physique provenant du fait de l'homme constituait un

cas d'irresponsabilité; il devait en être de même pour la contrainte résultant d'un événement fortuit.

Les cas de contrainte morale sont nombreux, et nous trouverons plus facilement des exemples pour les délits privés que pour les délits publics, ce qui s'explique par l'immense latitude d'appréciation abandonnée au juge criminel.

Voici des textes où le législateur romain prenant en considération la faiblesse de la plupart des hommes, décide que si la crainte est de nature à ébranler un grand courage, s'il s'agit, pour échapper par un délit à un grand mal physique ou moral, comme à la perte de la vie, de la liberté d'un membre, à celle de l'honneur, et quelquefois des biens, il n'y aura pas de culpabilité. Celse, dans la loi 49, § 1, *ad leg. Aquil.*, dit que celui qui a détruit les édifices voisins pour empêcher l'incendie de sa maison, sera à l'abri de la loi Aquilia, parce qu'il a agi sous l'empire de la crainte. « Ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratiâ vicinas aedes intercidit : nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem : justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit, et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, legis Aquiliae actionem cessare. »

Ce que dit Celse dans la loi 49, est confirmé par la loi 3, de *incend.* dont nous avons déjà parlé : « Si defendendi mei causâ vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine, et familia, iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causâ fecerim, utique dolo carco » (l. 3, § 7, D.

XLVII, IX). Je ne serai pas poursuivi, parce que *utique dolo careo*. Ulpien ajoute : « An tamen agi cum hoc » possit? et non puto agendum : nec enim injuria hoc » fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. » Je serai à l'abri de la loi Aquilia, parce que contraint par la nécessité, j'avais agi sans mauvaise intention, *nec enim injuria*.

Ajoutons qu'il faut que le péril soit de nature à inspirer l'effroi et à jeter le trouble dans l'esprit de l'agent : *nam vani timoris excusatio non est*.

CHAPITRE V.

IGNORANCE. ERREUR.

Deux titres, l'un au Digeste, l'autre au Code, s'occupent de l'ignorance de fait, et de droit. Il résulte des textes de ces titres que le mot *ignorantia* s'entend aussi de l'*error*.

Dans la loi 9, D. XXII, VI, de *juris et facti ignorantia*, nous trouvons nettement établie la distinction qui sépare l'ignorance de droit de celle de fait : « Regula » est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti » vero ignorantiam non nocere. » Cette distinction est confirmée par Ulpien à propos de la note d'infamie : « Ignorantia enim excusatur non juris, sed facti » (l. 11, §, 4, D. III, II, de *His qui notant. infam.*

§ 1.

Ignorance et erreur de droit.

Voici deux textes d'après lesquels, on serait porté à conclure que l'ignorance et l'erreur de droit en matière pénale n'excluaient pas la responsabilité. « Constitutio- » nes principum nec ignorare quemquam, nec dissi- » mulare permittimus » (l. 12, C. I, XVIII, de *Jur. et fact. ignor.*) « et ne vel iis venia detur, qui se » ignorasse edicti severitatem prædant » (l. 15, D. XLVIII, X, de *lege Corn. de Falsis*).

Cependant, il existe des textes où nous pouvons constater l'absence de responsabilité reconnue. Ce n'est, il est vrai, que d'une façon exceptionnelle, en faveur de certaines personnes et au sujet de certaines infractions. Ces personnes étaient les femmes, les mineurs, les pérégrins, les ignorants, les soldats.

Le sénat avait décidé que la loi *Cornelia de Falsis*, ne serait pas appliquée à une fille qui avait écrit un legs en sa faveur dans le testament que sa mère avait dicté, à raison de leur ignorance dans le droit, « que » dictante matre sua, per ignorantiam juris legatum » sibi scripserat » (loi 15, § 5, D. XLVIII, X, de *lege Corn., de Falsis*).

Celui qui a récité ou produit devant le Président un acte faux n'est puni extraordinairement, qu'autant qu'il l'a sciemment fait ; et il en est de même de toutes les espèces de faux, parce qu'on ne commet

pas un crime sans dol (lib. 34, Callist., lib. 3, *de cognit.*).

La femme ne doit être punie comme son complice, que lorsqu'elle a commis l'inceste du droit des gens; car si elle n'a fait que ne pas observer notre droit, elle sera excusée du crime d'inceste (l. 38, § 2 D. XLVIII. V).

Paul dit également sur l'inceste du seul droit civil que « si quelqu'un a épousé sa cousine germaine, on fait grâce à celle-ci en faveur de son ignorance du droit; mais on punit celui-là de la peine de la loi Julia contre les adultères, et on ne punit que lui. » (Paul, *Sent.*, lib. 2, tit. 19, § 14.)

La femme qui se désiste d'une accusation de faux en négligeant de faire connaître les motifs de sa conduite, est exemptée de la peine, en vertu du sénatusconsulte Turpilien. Peu versées dans la science du Droit, les femmes *in jure errantes* sont exemptées du châtement entraîné par le crime d'inceste (l. 38, § 4, D. XLVIII. V). *ad leg. Jul. de Adult.*); il faut toutefois qu'il s'agisse de l'inceste défendu par le droit civil, et non de celui que prohibe le droit des gens.

Les mineurs, en matière d'inceste, sont traités comme les femmes (loi 4, C. V, V).

La *rusticitas* et l'*imperitia*, impliquant un défaut de développement des facultés intellectuelles, entraînent l'*ignorantia juris*, et constituent une excuse pour l'agent. Il y a une application de ce principe dans le passage suivant : « Si forte per imperitiam, vel » per rusticitatem, ignarus edicti prætoris, vel senatusconsulti aperuit, æque non tenebitur » (l. 3, § 22, D. XXIX. V).

Voici un cas particulier d'ignorance entraînant une excuse : « Sed et ignorantia adhuc disciplinam » Ironi ignoscitur (l. 4, § 45, D. XLIX, XVI).

§ 2.

Ignorance et erreur de fait.

L'ignorance et l'Erreur de fait, quand le *dolus malus* n'existait pas, entraînait l'acquiescement du prévenu, à qui le fait n'était pas imputable, puisqu'il avait agi sans intention mauvaise.

Voici des textes dans lesquels l'ignorance et l'erreur de fait doivent être considérées comme constituant des cas de non-imputabilité.

Une femme ayant entendu dire que son mari absent était décédé, s'est unie à un autre. Bientôt après le mari est revenu. Je demande ce qu'à l'égard de cette femme il faut statuer? Papinien a répondu qu'on posait là une question tant de droit que de fait; car, si après un long espace de temps, sans qu'il y ait aucune preuve de débauche, cette femme, trompée par des bruits publics, et comme se voyant délivrée de son premier lien, s'est unie par de secondes noces selon la loi; comme il est vraisemblable qu'elle a été trompée, rien ne paraît mériter l'animadversion de la loi (l. 11, § 12, D. XLVIII, V). « Mulier quum absentem maritum audisset vitâ functum esse, alii se junxit; » mox maritus reversus est: quæro quid adversus eam » mulierem statuendum sit? Respondit Papinianus.

» tam juris quam facti quætionem moveri. Nam
» si longo tempore transacto, sine ullius stupri proba-
» tione, falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore
» vinculo, legitimis nuptiis secundis juncta est : quod
» verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta
» dignum videri potest. »

On ne commet pas le crime d'inceste si on ne connaît pas la parenté (loi 4 au Code, V, V, de *Incest.*). Celui qui épouse une veuve avant l'expiration des délais légaux n'est pas noté d'infamie s'il ne sait pas que ces délais courent encore : « Ignorantia enim excusatur non juris, sed facti » (l. 11, § 4, D. III, II, de *His qui notant.*).

Voici un cas qui touche au droit pénal privé et dans lequel l'ignorance de fait exclut le *furtum* : « Si quis aliquâ existimatione deceptus, crediderit ad se hereditatem pertinere, quæ ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit (l. 36, § 4, D. XLI, III, de *Usurp.*) furtum non committitur. » Il en est de même pour la prise de possession du fonds d'autrui, quand elle a lieu de bonne foi (loi 37, *eod.*).

TITRE II.

CAS DE JUSTIFICATION.

CHAPITRE I.

LÉGITIME DÉFENSE.

Avant de commenter les textes, sur lesquels nous basons notre théorie de la légitime défense chez les Romains, nous devons reproduire le beau passage de la *Milonienne* dans lequel Cicéron établissait d'une manière si éloquente, qu'il était permis de se défendre même par la mort de l'agresseur : « Atqui si tempus est ullum jure hominis necandi quæ multa sunt, dit Cicéron, certé illud est non modo justum, verum etiam necessarium, quum vi vis illata defenditur.

« Est igitur hæc, judices, non scripta sed nata lex ; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus ; adquam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus ; ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, si in tela aut latronum, aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expedienda : salutis. Silent enim leges inter arma, nec se expectari jubent, quam ei qui expectare velit, ante injusta pœna luenda sit, quam justa repetunda. »

(*Oratio pro Milone*, ch. 4).

Si nous remontons à la loi des Douze Tables, nous pouvons constater qu'il y est question de Légitime défense. Il est à peu près certain qu'on l'admettait en principe dès les premiers temps de Rome.

Nous savons que l'ancien droit religieux absolvait l'homicide involontaire (sauf le sacrifice du bélier, Servius *in eclog.* IV, 43, *in Georg.* III, 387; Denys d'Halicarnasse, III, 22).

La loi des Douze Tables déclare qu'on a le droit de tuer le voleur de nuit (tabl. VIII, XII). Si elle permettait ce meurtre occasionné pour la seule défense des biens, elle devait à plus forte raison absoudre celui qui avait tué l'agresseur qui mettait en danger sa vie, ou celle d'autrui. Il est donc certain pour nous, que donner la mort au voleur constituait un cas de justification.

En est-il de même si l'on tue le voleur de jour ?

Gaius, dans la loi 54, § 2, D. XLVII, II. *De Furtis* s'exprime ainsi: « Furem interdiu deprehensum non » aliter occidere, lex Duodecim Tabularum, permisit, » quam si telo se defendat.

« Teli autem appellatio et ferrum, et fustis, et » lapis, et denique omne quod nocendi causa habetur, » significatur. » Il dit encore: « ... interdiu autem » deprehensum ita permittit occidere, si is telo se de- » fendat: ut tamen æque cum clamore testificetur. » (loi 4, § 4, D. IX, II. *Ad leg. Aquil.*). Il y a bien là un cas de légitime défense prévu par la loi des Douze Tables.

La loi des Douze Tables exige-t-elle, qu'on se défende en criant ?

Gaius semble bien l'entendre ainsi; pourtant Cicéron

dit que la loi des Douze Tables permet de tuer le voleur de nuit, *quoquo modo*; Ulpien se sert de l'expression *omni modo* (*Ecce collectione legum mosaicarum et Romanarum*, tit. 7); Macrobe enfin (*Saturnales*, I, IV) cite les termes de la loi sans parler des cris qui doivent accompagner la défense. Faut-il donc voir dans le texte une interpolation de Tribonien? C'est l'avis de quelques auteurs: Gérard Noodt donne une autre explication. D'après Gérard Noodt, Gaius en écrivant *ut tamen id ipsum*, etc., ne s'occupe pas du crime de meurtre ni du châtement encouru par le meurtrier, mais bien de l'action qui naît de la loi Aquilia. Noodt argumente de la rubrique de ce texte; en effet, il s'agit du commentaire de Gaius sur la loi Aquilia (Cf. I. 2, *ad Leg. Aquil.*) Il rappelle que la faute la plus légère suffit à l'application de la loi Aquilia: le meurtrier n'est-il pas tenu, s'il y avait un autre moyen quelconque d'échapper au danger (*Inst. de Lege Aquilia*, § 2)? Gaius, remarquant la sévérité de cette loi, comprenant toutes les difficultés de la preuve en pareille matière et l'impossibilité de réunir des témoins, cherche à trouver une présomption de légitime défense absolue; il la trouve dans ce cri qui doit remplacer un autre témoignage.

Nous devons examiner ce qu'était à l'époque de la loi des Douze Tables, le droit de légitime défense que nous allons maintenant trouver consacré en termes généraux dans les lois romaines postérieures.

Gaius déclare qu'on peut tuer sans être poursuivi, le brigand qui dresse des embûches, « latronem insi-

» diantem nam adversus periculum naturalis ratio per
» mittit se defendere » (Loi 4 princip. *ad leg. Aquil.*),
car la légitime défense est de droit naturel. Le
jurisconsulte Florentinus, dans la loi 3, D. I, I, dit
qu'il est permis de repousser « vim et injuriam,
» nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam
» corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, » et ce
que nous faisons pour la sécurité, la sauvegarde de
notre personne, nous le faisons avec justice. Paul (dans
la loi 45, § 4, D. IX, II, *ad leg. Aquil.*) en parlant du
droit de légitime défense, indique les conditions dans
lesquelles son exercice doit avoir lieu : « Vim vi defen-
» dere omnes leges omniaque jura permittunt..... et
» hoc si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa
» factum sit. » L'exercice de ce droit de repousser la vio-
lence par la violence est donc subordonné à l'imminence
et à la nécessité de se protéger. Il faut donc agir pour sa
défense, et non par esprit de vengeance, car dans ce
cas (*ulciscendi*), il n'y aurait tout au plus que l'excuse
tirée de la provocation. Ulpien dit encore au titre
de vi et de vi armata, l. 1, § 27, XLIII, XVI : « Vim
» vi repellere licere, Cassius scribit : idque jus
» natura comparatur : apparet autem inquit ex eo,
» arma armis repellere licere. » Mais il fallait, comme
nous l'avons déjà dit pour la contrainte, que le péril
dont on était menacé fût grave : « Vani timoris justa
» excusatio non est » (L. 184, D. L, XVII, *De reg.
juris*).

Voici dans plusieurs textes empruntés au Digeste et
au Code l'application de ces principes généraux. Gor-

dien dit que celui qui tue un agresseur, ou tout autre
qui mettait sa vie en danger, ne doit pas craindre qu'on
lui en fasse un crime. « Is qui aggressorem vel quem-
» cumque alium in dubio vitæ discrimine constitutus
» occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere
» debet. » (L. 2, C. IX. XVI, *ad leg. Corn. de Sicar.*)
Le même Gordien dit : Celui qui a repoussé par le
glaive l'assassin qui allait l'en frapper, n'est pas tenu
comme homicide, parce qu'il n'a pas commis un crime
en défendant sa vie. « Si quis percussorem ad se ve-
» nientem gladio repulerit, non ut homicida tenetur :
» quia defensor propriæ salutis in nullo peccasse
» videtur. » (Loi 3, C. IX. XVI). Gallien dit également :
si comme vous l'exposez, vous avez tué un voleur, il est
hors de doute que vous aviez le droit de tuer celui qui
voulait vous tuer vous-même. On peut tuer impuné-
ment celui qui attaque pendant la nuit dans les champs
ou qui se tient sur les routes et tend des embûches ; il
ne sera tenu aucun compte de sa qualité de militaire.
« Et si, ut allegas, latrocinantem peremisti : dubium
» non est, eum qui inferendæ cædis voluntate præces-
» serat, jure cœsum videri. Liccat cuilibet aggresso-
» rem nocturnum in agris, vel obsidentem vias atque
» insidiantem prætereuntibus, impune occidere,
» etiamsi miles sit. » (Loi 4, C. IX. XVI, *ad leg. Corn.
e Sicar.*)
« Divus Hadrianus rescripsit, eum qui stuprum sibi
» vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum. »
Loi 1, § 4, D. XLVIII, VIII, *Ad leg. Corn. de Sic.*) Quelle
défense plus légitime que celle de son honneur, ou de

l'honneur des siens. Cujas déclare d'après le Code, que le mari peut impunément mettre à mort celui qui viole sa femme, sans avoir à se préoccuper du rang auquel il appartient. Il est vrai, ajoute ce jurisconsulte, que l'espèce présente un double crime. En effet, il y a viol et adultère.

En cas de rapt de fille ou de veuve, le droit Romain permet aux parents de la personne enlevée de tuer le ravisseur, s'il est surpris *in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine*. (Code IX, XIII, de *Raptu virginum seu viduarum, Const. un. Justinian.*).

Voici encore ce que dit Justinien à propos du crime de rapt : « ubi inventi fuerint (raptores) in ipsa » rapina, et adhuc flagranti crimine comprehensi et a » parentibus virginum, vel ingenuarum, vel viduarum, » vel quarumlibet foeminarum, aut earum consanguineis, aut tutoribus vel curatoribus, vel patronis, » vel dominis convieti interficiantur. Quæ multo magis » contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres » ausi sunt rapere: quia duplici tenentur crimine, tam » adulterii scilicet quam rapinæ: et oportet acerbius » adulterii crimen ex hac adjectione puniri. Quibus » connumeramus etiam eum, qui saltem sponsam suam » per vim rapere ausus fuerit. » (loi 1, *in princip.* C. IX, XIII). N'y a-t-il pas dans les deux textes suivants des cas de légitime défense des biens : « Recte possidenti, ad » defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, » inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare » licet. » (Loi 1, C. VIII, IV, Unde vi).

« Furem nocturnum, dit Ulpien, si quis occiderit,

» ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo » suo non potuit. » (L. 9, D. XLVIII, VIII, *Ad Leg. Corn. de Sic.*). Les mots *periculo suo*, s'appliquent-ils seulement au danger qui menace la personne ? Nous ne le croyons pas. En effet, supposons un *fur nocturnus* qui s'enfuit après avoir dérobé une somme considérable ou des objets d'une très-grande valeur, pécuniaire ou autre. Le vol qui vient d'être commis peut constituer un très grave danger, pour celui qui en est la victime. Les choses qui ont été soustraites, sont peut-être toute sa fortune, qu'il a réalisée naguère ; ce sont peut-être des titres d'une grande importance. Si la victime de la soustraction frauduleuse frappe le malfaiteur qui cherche à s'échapper, elle use du droit de légitime défense. Si le jurisconsulte n'avait en vue que la défense de la personne, il y aurait *sui* dans le texte au lieu de *suo*, le pronom *sui* grammaticalement parlant déterminant l'individu, tandis que le pronom possessif *suo* se rapportant directement à *periculo* implique une idée plus générale ; et par danger sien, il faut entendre le danger pouvant entraîner, non seulement la perte de la personne, mais encore celle des biens.

La légitime défense légitimant l'acte, le rendant juste, il s'ensuit, que non seulement il n'y a pas de culpabilité pénale, mais qu'il ne saurait y avoir culpabilité civile. Ce principe est parfaitement constaté dans la loi 4 *in prin.* D. IX, II, *Ad leg. Aquil*, que nous avons citée au commencement de ce chapitre, *si servum tuum latronem, insidiantem mihi occidero, securus ero...* L'agent dans l'espèce est non seulement à l'abri de la

loi *Cornelia de Sicariis*, mais aussi de la loi *Aquilia*.
Pour terminer ce chapitre, nous avons à présenter quelques explications sur ce qu'était la légitime défense incomplète. Le Droit Romain ne l'envisageait pas de la même manière, du moins au point de vue de la loi *Aquilia*, comme le prouve le texte des *Institutes*. Il y a faute de part et d'autre, dit Gérard Noodt, mais faute plus grande du *latro* : comme l'excès dans la défense pouvait être corrigé par les conseils de la sagesse *sapientiae admonitione emendabilis*, le jurisconsulte conclut à l'application de la loi *Aquilia*, mais non pas à l'application de la loi *Cornelia de Sicariis*. Au point de vue du droit criminel, dit-il, ce trouble soudain de l'âme que fait naître l'attaque nous amène à voir dans cet homicide moins un meurtre qu'un acte involontaire.

Cependant Ulpien s'exprime en ces termes, au livre dix-huitième de son commentaire sur l'édit. (*Ex collatione legum Mosaicarum et Romanarum*, VII, III, 2, 3).
« Proinde si furem nocturnum, quem lex XII tabularum
» omnino permittit occidere, aut diurnum, quem
» æque lex permittit, sed ita demum, si se telo defen-
» dat, videamus an lege Aquilia teneatur. » Et
Pomponius : « dubitat num hæc lex non sit in usu. Et
» si metu quis mortis furem occiderit, non dubitamus
» quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem quum
» posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut
» injuriâ fecisse videatur : ergo etiam lege Cornelia
» tenebitur. »

Gérard Noodt déclare qu'il faut lire à la fin de ce texte, *lege Aquilia* et non *lege Cornelia* ; bien que la

l. 5, *in princip. ad legem Aquiliam* porte aussi les mêmes mots *ergo et Cornelia tenebitur*, il ne s'agit pas de la loi *Cornelia*. Ulpien se demande s'il faut appliquer la loi *Aquilia* : à mon avis, répond-t-il, il y a lieu d'appliquer la loi *Aquilia*. Conçoit-on, dit Gérard Noodt (*ad legem Aquiliam liber singularis*) qu'un homme de talent, maître en l'art d'écrire, se demande une chose et réponde à une autre ? Ulpien, dans la loi 5, § 1, continue de s'occuper de la loi *Aquilia* et non de la loi *Cornelia*. D'ailleurs, la loi 7 *ad legem Cornelianam de Sicariis* suffit pour prouver que la *faute lourde*, en pareille matière, ne saurait tomber sous le coup de la loi criminelle. Noodt se résume ainsi : Ce voleur de nuit, il a mieux aimé le tuer, quand il pouvait s'assurer de sa personne et lui sauver la vie. L'homicide n'étant pas nécessaire, il a transgressé le devoir strict d'un homme de bien ; cette faute, cette imprévoyance, ce dommage injustement causé l'assujettissent à l'action de la loi *Aquilia*, mais le trouble et la surexcitation de son âme écartent le soupçon d'une intention criminelle. La loi des Douze Tables ne défend pas de tuer ce voleur ; il n'y a pas lieu d'appliquer la loi *Cornelia*.

CHAPITRE II.

ORDRE, PERMISSION DE LA LOI, D'UN CHEF LÉGITIME.

Bien qu'ils ne soient pas nombreux, nous avons trouvé dans les lois romaines des textes, dans lesquels il nous a été permis de reconnaître que l'ordre et la

permission de la loi créaient en faveur de l'agent un fait justificatif. En effet, comme nous l'avons fait remarquer au début de notre travail, et nous avons insisté sur ce point, qui nous paraissait capital pour l'étude que nous entreprenions, il n'y a infraction, que si l'on viole les prescriptions de la loi ; or, dans l'espèce, on accomplit un acte spécialement licite, il ne peut y avoir ni dol, ni faute. Ce que nous venons de dire pour l'ordre et la permission de la loi, s'applique à l'ordre émanant d'un chef légitime, à l'ordre seulement. Car nous n'osons pas étendre notre solution à la permission d'un chef légitime, parce que les passages des lois que nous allons citer semblent ne pas nous y autoriser.

Voici les textes qui en cette matière se réfèrent aux délits publics.

Il y a des homicides que ne punissaient ni la loi Cornelia, ni les Ordonnances des princes et qui sont permis au contraire ; tels sont ceux des ennemis de l'État et ceux des transfuges. Car il est permis de tuer les transfuges partout où on les trouve. « Transfugas licet, ubicumque inventi fuerint quasi hostes interficere. » (loi 3, § 6, Marcien D. XLVIII, VIII). C'est ce que confirment Arcade, Honorius et Théodose par un rescrit, en ces termes : « Nous permettons aux habitants » des provinces de poursuivre les déserteurs, et s'ils » osent faire résistance, nous ordonnons de les en punir » sur le champ et déclarons à tous que c'est venger » le repos public que de tuer les voleurs publics et les » déserteurs de l'armée » « Opprimendorum deser-

» torum facultatem provincialibus jure permittimus.
» Qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubique
» jubemus esse supplicium. Cuncti enim adversus
» latrones publicos desertoresque militiæ, jus sibi
» sciant pro quiete communi exercendæ publicæ
» ultionis indultum. » Loi 2, C. III, XXVII.

Voici un passage de Denys d'Halicarnasse, où il est aisé de voir un fait justificatif, pour ceux qui mettent à mort les traitres. Denys d'Halicarnasse s'exprime ainsi : Romulus paraît avoir déjà fait une loi sur le crime de lèse-majesté, en en faisant une sur la trahison, dont il voulut que fussent tenus ceux qui avaient trahi leurs patrons ou leurs clients, et dont la peine était de pouvoir être tués impunément, comme des victimes que chacun pouvait immoler à Pluton.

Voici encore d'autres lois contenant des cas de justification :

Celui qui s'est désisté d'une accusation par la permission du prince est également impuni (loi 13, § 1, D. XLVIII, XVI). Ici la permission du prince équivaut à la permission de la loi.

Des ordonnances ont décidé, que ceux dont il n'est pas permis d'attaquer la calomnie n'encourent point la peine du sénatus-consulte. Tel est, par exemple, in mari qui, comme tel, a accusé sa femme d'adultère.

Ceux qui sont obligés d'accuser d'office doivent être mis au nombre de ceux qui ne sont point tenus de sur calomnie, d'où il suit qu'ils peuvent se désister impunément, surtout lorsqu'ils sont hors de leurs actions. C'est pourquoi Adrien dit dans un rescrit à

Salvius Carus, consul de Crète, qu'un tuteur qui avait accusé pour son pupille n'était pas tenu de suivre l'accusation après la mort de ce pupille. « Divus Hadrianus Salvio Caro, proconsuli Cretæ rescripsit, tutorem qui pupilli causa, instituerat accusationem, defuncto pupillo, cujus causa accusare cœperat non esse cogendum accusationem implere » (loi 14, D. XLVIII, XVI, *ad.*, S.-C. Turpil).

Pour terminer ce qui a trait aux délits publics, mentionnons cette loi de Paul, conçue d'une manière générale : « Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet » (loi 167, D. L, XVII, *de regulis juris*). A propos de l'action populaire de *albo corrupto*, l'ordre du préteur crée un fait justificatif (loi 7, § 4, D. II, I, *de jurisdictione*).

A propos des délits privés, Paul s'exprime ainsi : « Is damnum dat, qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit » (l. 169, *in prin.*, D. L, XVII, *de reg. jur.*).

Ce principe est confirmé par la loi suivante : « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet » (l. 154, D. L, XVII, *de reg. juris*). En exécutant l'ordre donné, l'agent ne fait qu'exécuter son droit : d'autant plus qu'il est coupable s'il n'obéit pas. « Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit » (l. 199, D. L, XVII, *de reg. jur.*). A propos de *injuria*, voici ce que dit Javolenus : « Liber homo, si jussu alterius, manu injuriam dedit, actio legis Aquiliæ, cum eo est, qui, jussit, si modo jus imperandi habuit : quod si non habuit, cum eo agendum

est qui fecit » (l. 37, *in princip.*, D. IX, II, *ad leg. Aquil.*). Ulpien dit : « Quæ jure potestatis a magistratibus tractata sunt, ad injuriarum actionem non pertinent » (l. 13, § 6, D. XLVII, X, *de injur.*). Le même auteur déclare que s'il y a eu *violatio sepulcri*, sur l'ordre du préteur, il n'y a pas lieu à l'action de ce nom : « Si jussu judicis compulsus opus restituerit, non esse sepulcri violati actionem » (l. 4, *prin.*, D. XXXIX, III, *de aqua*).

Nous sommes amené à parler dans ce chapitre de l'influence qu'avaient à Rome l'autorité paternelle, et l'autorité dominicale sur les enfants et sur les esclaves.

On sait le caractère énergique de l'ancienne puissance paternelle et de la puissance dominicale. Le père et le maître avaient droit de vie et de mort. Les enfants, et les esclaves étaient soumis à leurs ordres comme les particuliers aux ordres de l'autorité légitime publique. On peut ainsi s'expliquer la trop grande facilité avec laquelle les anciens rejetaient complètement la faute des enfants sur les parents qui l'avaient commandée, celle des esclaves sur les maîtres. Ce n'était qu'une manière de réparer un peu l'extrême sévérité, l'injustice même de la constitution de la famille et celle de la société.

Nous avons à nous demander maintenant, si la règle émise par Paul (l. 169, *in princip.*, D. L, XVII, *de reg. juris*) est générale; Pothier ne la croyait bonne à suivre que pour les infractions de médiocre importance, « quod cœtera leviora delicta, » et il affirmait qu'on ne saurait l'étendre aux *atrociora*. Le mot *damnum em-*

ployé par Paul semblerait donner raison à Pothier. Cette règle s'applique aux enfants et aux esclaves.

Ulpien dit des derniers : « *Adea, quæ non habent* » atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, » sive dominis, vel his qui vice dominorum sunt » (veluti tutoribus et curatoribus) obtemperaverint » (l. 157, *in princip.* D. L, XVII, *De reg. juris.*). Ce texte paraîtrait, quant aux esclaves, confirmer la doctrine de Pothier. — Comment le concilier avec le suivant ? « *Nec in omnia servus domino parere debet;* » cæterum, et si occiderit jussu domini, *Cornelia* » eum eximemus » (loi 47, § 7, D. XLVII, X, *de Injuriis*). Il est évidemment question de délit atroce, et on exempte l'esclave de la peine portée par la loi *Cornelia*; il y a donc pour lui, dans l'ordre du maître un fait justificatif.

Peut-être le sens du mot *ignoscitur* n'entraîne-t-il qu'une idée de pardon relatif. Avec cette interprétation, la fin de la loi 47, § 7, *de Injuriis* (eum eximemus *Corneliâ*) est plus explicable. Si l'on donne au mot *ignoscitur* le sens de pardon complet ou d'absolution, il faut en conclure que l'ordre du maître est non seulement un fait justificatif dans l'espèce, mais aussi un fait justificatif général s'appliquant à tous les cas. Or, la loi 20 (D. *de Oblig. et act.*, XLIV, VII), nous permet de conclure que la servitude n'était pas une cause de justification dans tous les cas : « *Servus non* » in omnibus rebus sine pœna domini dicto audiens » esse solet; sicuti si dominus hominem occidere..... » servum jussisset.

La première interprétation nous paraît la meilleure; aussi croyons-nous que l'esclave, tout en étant exempté de la loi *Cornelia*, devait néanmoins être puni. Nous compléterons notre explication sur ce point au titre des Excuses atténuantes, chapitre *Ordre du maître*, où trouve sa place un texte qui vient à l'appui de notre doctrine.

Du droit de tuer en matière d'adultère.

Nous allons nous occuper dans ce chapitre du droit de tuer en matière d'adultère, qui doit, d'après nous, figurer au titre des Cas de justification. A Rome, le crime d'adultère, comme nous le verrons bientôt, servait de base à des faits justificatifs dérivant de la permission de la loi; nous aurions pu parler de ce cas dans un autre chapitre, mais comme cette matière nous a paru compliquée et de nature à soulever des difficultés délicates, nous avons préféré retarder jusqu'à ce moment afin de classer tous nos textes dans l'ordre que comporte le plan et les divisions que nous nous sommes tracés.

Si Romulus ne permit pas au tribunal des cognats de prononcer légalement la mort contre la femme, il ferma les yeux sur les infractions que l'on commettait sa loi, il excusa le meurtre commis par le mari sur la femme, et laissa se répandre ainsi un usage qui vint bientôt un droit.

Depuis Romulus jusqu'à Auguste, le progrès fut rapide, et nous voici arrivé au meurtre légal. Pour la première fois, la loi permet de tuer la femme. Quant au complice, elle ne fait que suivre la loi grecque. Mais, par un reste de cette puissance absolue du père sur sa famille, par un souvenir du pouvoir judiciaire que le père avait dans le tribunal domestique supprimé, Auguste accorda au père et non au mari le droit de tuer la femme adultère. « Patri datur jus occidendi » adulterum cum filia, quam in potestate habet » (loi 20, D. XLVIII, V, *ad leg. Jul. de Adult.* Le père n'a pas toujours et dans tous les cas le droit de tuer sa fille. D'abord, pour qu'il puisse exercer son droit, il faut que sa fille soit sous sa puissance; *in potestate*, puisqu'il devait la tuer sur le champ, et s'il n'avait plus la *potestas*, il ne pouvait user de son droit. Il faut bien ici distinguer le droit à l'accusation, du droit de tuer. En matière d'accusation, le père n'avait pas le droit de préférence sur le mari; c'était au mari, au contraire, que la loi l'accordait. Ensuite, le père ne pouvait tuer sa fille que si elle était sous sa puissance, tandis qu'il pouvait l'accuser, si elle était émancipée. Il suit de là que le père fils de famille n'a pas le droit de tuer l'adultère, d'après les termes de la loi. C'est du moins l'opinion de Papinien (loi 20 D. *eod.*)

Paul admet le contraire; il avoue que, d'après les termes de la loi, le père n'a pas ce droit, mais que d'après son esprit, on le lui accorde. Pothier interprète ce texte de Paul de la manière suivante: si le père a placé sa fille sous la puissance du mari, et a, par con-

séquent, cessé de l'avoir en sa puissance, il ne peut la tuer qu'à la condition que son gendre implore son secours, et vienne réclamer son assistance. Réunis, ils pouvaient ainsi faire ce que séparés, la loi leur défendait. Il nous semble préférable de nous en tenir à l'opinion de Papinien, d'abord parce qu'elle est conforme au texte de la loi, ensuite parce que, en matière pénale, il ne faut pas étendre par interprétation le texte de la loi, surtout lorsque cette extension conduit à une aggravation de la peine. Il suffisait, du reste, que le père eût sa fille sous sa puissance depuis le mariage; par exemple, que la mort de l'aïeul sous la puissance duquel elle était à l'époque de son mariage eût eu lieu (loi 23 § 1, D. *eod.*).

Mais si la fille était passée au pouvoir du mari, ou si elle était veuve, le père n'avait plus le droit de la tuer, à moins, dit Hoffmann, qu'il n'eût réservé ce droit *in sequentibus*. Du reste lorsque ce changement de puissance a eu lieu, peu importe que le père soit naturel ou adoptif (loi 22, D. *eod.*), et peu importe que la fille soit veuve ou mariée, car on doit d'après Cujas, dont l'opinion est généralement admise, interpréter ces paroles de Papinien (loi 22, § 1, D. *eod.*) *In accusatione filiae viduae*, comme s'il y avait *in occisione*. En effet, il est impossible d'interpréter autrement le texte du jurisconsulte romain, et il est naturel de défendre au père de tuer sa fille veuve, et par conséquent de lui retirer le privilège qu'il avait pendant le mariage, car si la loi lui permet de tuer sa fille, ce n'est pas parce qu'elle viole les lois de la pudeur, mais parce qu'elle souille la cou-

che nuptiale et outrage le mari; ceci est si vrai que si la femme était coupable de *Stuprum*, et non d'adultère, la loi ne permettrait pas au père de la tuer, quand même elle serait sous sa puissance.

L'erreur est la même dans ce texte de Paul (liv. uniq. ad. Coll. leg. mosai. § 4, p. 864, Manuel de Pellat) ou citant Marcellus au liv. 31, Dig. il écrit : « Si quelqu'un a tué l'adultère surpris avec sa fille veuve, et sa fille en même temps, il a fait cela avec droit. » « In vidua autem filia, si adulterum deprehensum occiderit, et » in continenti filiam, licito jure, hoc factum. » Ce n'est pas avec droit qu'a agi ce père, dit Cujas, mais contre le droit.

En effet, lorsque Paul après avoir écrit que le père pouvait tuer sa fille et l'adultère qu'il a surpris, ajoute aussitôt : « mais pour la veuve, in vidua autem ; » il parle évidemment d'un droit différent, puisqu'il dit *autem* au lieu de *item*.

Il faut donc décider que le père n'a pas le droit de tuer sa fille, veuve ou émancipée. Cette version de Cujas est adoptée par presque tous les commentateurs. Il ne suffisait pas que la fille fût sous sa puissance, il fallait qu'il la surprit dans sa maison ou dans celle de son gendre, quand même la fille n'habiterait point chez lui (loi 22, § 2, Dig. eod.). Et par maison on entend ici son domicile et non sa résidence comme dans la loi *Cornelia*. D'où il suit que le père n'a pas le droit de tuer sa fille adultère partout où il la trouvera, mais seulement dans les lieux précités, et on en donne pour raison que le législateur a pensé que la femme com-

mettait un plus grand crime, en introduisant son complice dans la maison de son père ou de son mari. C'est pourquoi Ulpien dit : « Si le père habite ailleurs, et a une autre maison qu'il n'habite pas, il ne peut tuer sa fille dans cette maison. » (Loi 23, § 3, D. eod.).

Pour pouvoir tuer chez lui sa fille, qu'il a sous sa puissance, il faut de plus qu'il la surprenne *in ipsa turpitudine, in ipsis Veneris rebus*, ou, comme disent les Grecs, εν εγγυ. « Voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat : et Pomponius scripsit, in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi ; et hoc est quod Solo et Draco dicunt εν εγγυ. » (Loi 23, in princip. D. eod.). Et ce n'est pas sans raison, que le législateur a voulu pour sévir contre le complice et la femme, qu'on les surprit ainsi sur le fait, car Auguste qui n'aimait pas ce droit sévère du père et du mari de tuer l'adultère, voulut par là éviter que quelques-uns n'abusassent de ce privilège. C'est le sentiment de Labéon, et de Pomponius. Il ne suffisait donc pas que le père trouvât le complice dans le même lit avec sa fille, parce qu'il ne s'ensuivait pas qu'il eût commis l'adultère ; il aurait pu en effet s'y cacher pour d'autres raisons (Pothier, art. 4, § 4, n° 60).

Il faut, enfin, qu'il tue *in continenti*, sur-le-champ, le complice et sa fille. Il ne pouvait tuer le premier et épargner celle-ci. Auguste avait sans doute établi cela pour réfréner la colère paternelle et arrêter son impétuosité, persuadé qu'il suscitait un obstacle suf-

fisant à celui qui était furieux contre le complice, comme objet de ses coups. Ainsi, le père qui tuait le complice devait tuer sa fille, à moins qu'il ne préférât se voir accuser par la loi Cornelia de Sicariis. C'est ce que disent Macer et Paul (loi 32, D. *eod.*). La rigueur de la loi est telle qu'il faut qu'il les tue tous les deux *in continenti, uno impetu, uno quasi ictu*. Le père ne tuerait donc pas impunément le complice en réservant sa fille et la tuant après; cependant il le pourrait, s'il s'est écoulé quelques heures pendant lesquelles il l'a poursuivie et l'a enfin saisie, pourvu qu'il ne paraisse pas avoir favorisé sa fuite. Mais, bien que la fille ne fût pas tuée, si elle était couverte de blessures graves et prouvant le dessein de la tuer, son père évitait la peine de l'homicide. Au contraire, si les blessures étaient légères et attestaient chez le père la volonté de conserver sa fille, il en était autrement, comme le dit Sénèque.

Le père doit enfin, comme Paul le fait remarquer, tuer les adultères *manu sua* (*Sentences*, liv. II, XXVI, § 1). Sans doute, le législateur voulait par là atteindre son but, car, lorsque le père devra de sa propre main tuer l'adultère et sa fille, la clémence l'écartera plus facilement du meurtre, que s'il eût confié à un autre ce qu'il n'osait faire lui-même.

Droit du père sur le complice.

Le père, comme nous venons de le voir, devait tuer

le complice dans sa maison, ou dans celle de son genre lorsqu'il le surprenait en flagrant délit, et de sa propre main; il ne pouvait le tuer s'il ne tuait en même temps sa fille. Tout ceci est commun à la femme et au complice. Il ne nous reste qu'à savoir, si le père pouvait tuer toute personne surprise avec sa fille.

La loi nous répond que le père pouvait tuer tout individu indistinctement, et de quelque dignité qu'il fût revêtu. C'est ce que nous montre Paul (lib. II, *Sentences*, tit. XXVI, § 1), et plus clairement encore Marcellus, qui dit que le père peut tuer un homme consulaire et même le patron.

Mais cependant ceci est trop général, comme le fait remarquer Cujas, et la loi dit avec raison que le père ne peut tuer un homme consulaire, parce qu'il ne peut tuer un consul (l. 3, § ult. D. *de recept. qui arb.* l. 14, *dolo malo*), puisqu'il ne peut l'accuser pendant la durée de ses fonctions (l. 24, § 3, D. XLVIII, V). Du reste, il faut remarquer que le père ne peut tuer que s'il a le droit de tuer, *jure patris*. Il s'ensuit donc en règle générale, que le père ne pourra pas tuer le complice, s'il ne peut accuser en vertu de son droit privilégié. Il est encore une restriction à l'exercice de son droit. On le voit, si Auguste avait sanctionné dans sa loi, ce que la coutume avait depuis longtemps donné au père, de tuer sa fille adultère, il l'entoura de telles précautions, qu'on peut dire qu'il ne devait pas être exercé fréquemment. Obligation de tuer sur-le-champ de sa propre main, dans son domicile, sa fille et son complice, limite de temps apportée à ce droit, puisqu'il

ne pouvait l'exercer que pendant soixante jours utiles. Telles étaient les entraves dont Auguste, entouré de sa concession aux mœurs de son époque; jamais législateur n'a mieux désavoué son œuvre.

Droit de tuer concédé au mari.

Avant Auguste, le mari dans le tribunal domestique avait, comme le père, le droit de vie et de mort sur sa femme adultère, sous la surveillance des cognats; mais le prince, qui avait, à regret, sanctionné le droit du père, se refusa à reconnaître au mari le droit de vengeance personnelle. Il eût été cependant plus logique de l'accorder à ce dernier et de l'interdire au père, mais nous savons quelles raisons ont fait agir Auguste, et pourquoi il préféra le père au mari. L'impétuosité aveugle de celui-ci, une fureur sans borne, et sans réflexion, qui n'était plus surveillée par les parents, comme dans le tribunal domestique ne pouvait qu'amener les résultats les plus fâcheux, et bien souvent le mari n'aurait servi que sa rancune et non pas sa justice. De plus il fallait éloigner du mari le désir de profiter de la dot de sa femme morte dans le mariage (l. 22, § 4, D. XLVIII, V, *ad leg. Jul. de adul.*) Ensuite, en l'accordant au père, nous avons vu qu'Auguste espérait bien qu'il n'en userait pas fréquemment. Aussi modifiant en cela, la législation ancienne, il défendit expressément au mari de tuer sa femme, en quelque endroit qu'il la surprit. Et remarquons qu'il n'y a pas

ici la différence, que nous avons constatée entre le père fils de famille et le père *sui juris* (l. 24, § 2, D. XLVIII, V). Le mari ne pouvait donc jamais tuer sa femme, c'est ce que nous dit expressément Paul au livre 2 des *Sentences* (Tit. 26, § 4).

En ce qui concerne le complice, le droit était différent et suivait en cela la loi grecque. Le mari pouvait le tuer *impunément*, lorsqu'il le surprenait en flagrant délit d'adultère. Ceci cependant est trop général et doit subir plusieurs restrictions qui sont autant de différences entre le droit accordé au mari et celui donné au père. En effet, le mari ne pouvait tuer le complice, que s'il le surprenait chez lui et non pas s'il le trouvait ailleurs, par exemple dans la maison de son beau-père. Cette obligation de tuer le coupable dans sa propre maison, créait pour le mari un obstacle puissant à son droit de vengeance, lorsque s'établissait parmi les personnes de dignité et les hommes consulaires, l'usage ou louable d'habiter séparément, ou lorsque vivant sous un même toit, le mari s'absentait pour affaires, ou voyage; car il était dans les mœurs de ce peuple policé, que le mari ne se permit jamais d'aller chez sa femme ou de retourner chez lui, sans l'avoir fait prévenir de son arrivée. Et Plutarque observe, que c'était un témoignage de la probité des maris pleins de confiance envers leurs femmes; arriver subitement et à l'improviste, avait en effet le signe d'embûches et la marque « *observationis infensæ*. » Combien de nos jours les maris sont moins attentionnés pour leurs femmes et combien ne réussissent pas de prétexter une absence pour mieux

surprendre leur infidèle. Le mari ne peut pas, comme le père, tuer indistinctement tout adultère; et la loi détermine limitativement, les personnes qu'il peut impunément mettre à mort. En voici la liste : c'est d'abord tout homme de condition vile et infâme, tout esclave, son affranchi, celui de son épouse, de son père, de sa mère, de son fils ou de sa fille. Et Paul y ajoute même celui qui est livré pour être puni, car il faut remarquer qu'il était d'usage, que le père livrait à la peine et adjugeait à celui qui avait obtenu gain de cause, l'homme libre qui avait causé un dommage et avait été condamné par un jugement sous l'autorité du juge.

De même le mari peut tuer impunément l'homme libre qu'il a surpris chez lui en adultère avec sa femme, s'il est infâme, par exemple, s'il a été condamné par un jugement public et n'a pas été réhabilité, ou s'il a commis le *tenacinium*; s'il a, pour gagner de l'argent, exercé la profession de comédien, s'il s'est montré sur la scène pour chanter, pour danser (l. 24, *De eod.*), ce que Sénèque appelle des professions obscènes (1^o *Declam.*) « Cantandi, saltandique obscena studia nunc effeminetos tenent. » De même, comme le dit Paul, celui qui fait métier de son corps ou loue ses services pour combattre contre les bêtes dans l'arène ou pour les jeux de gladiateurs; le gladiateur qui se donne de lui-même en servitude et dont la condition est plus vile que celle de l'homme qui combat pour de l'argent.

Toutes ces personnes sont libres et le mari peut néanmoins, s'il les surprend en adultère, les tuer im-

punément. Telles étaient les personnes sur lesquelles le mari pouvait exercer sa vengeance. Seulement, plus favorisé en cela que le père, il pouvait frapper le coupable par lui-même ou par le secours d'une main étrangère. En effet, le même pouvoir était donné aux enfants du mari qui pouvaient, sur l'ordre de leur père privé de ses forces ou de l'usage de ses mains, tuer le complice désigné par les lois (Loi 4, C. IX, IX). Sénèque démontre, que ce qui est permis au père est permis aux enfants, lorsque le père le commande (1^o *Declam. cont.* 4 et 2). Mais lorsque le mari avait tué le complice, il devait en faire, dans les trois jours, la déclaration au magistrat, en désignant qui il avait tué, en quel lieu et dans quelles circonstances. Enfin, par la Nouvelle CXVII, chap. fin. le mari a le droit de tuer comme adultère, celui à qui il a fait défense trois fois de voir sa femme soit par écrit ou verbalement, en présence de trois témoins, lorsqu'il le trouve dans sa maison, celle de sa femme ou la sienne (celle de l'adultère).

La loi Julia permettait au mari, qui avait surpris les coupables en flagrant délit, de retenir pendant 20 heures le complice de sa femme (Loi 25, D. XLVIII, V). Cette équestration légale avait pour but de faciliter la preuve du crime : il y avait encore ici un fait justificatif pour agent.

TITRE III.

EXCUSES ABSOLUTOIRES.

CHAPITRE PREMIER.

AGE.

A Rome, alors même que la culpabilité du prévenu avait été irrévocablement établie, le législateur et les juges trouvaient quelquefois une cause d'exemption de la peine dans l'âge de l'accusé.

On excuse l'inceste, à raison de l'âge. Les deux frères disent, dans un rescrit à Claudia, qu'ils lui remettent le crime d'inceste à cause de son âge, mais qu'il faut rompre une union illicite, parce que autrement le crime d'adultère ne serait pas excusé par la même raison. « *Fratres denique imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiservunt; sed distrahi conjunctionem illicitam jusservunt; eum alias adultærii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur ætate* » (loi 38, § 4, D. XLVIII, V).

Voici encore un texte contenant une excuse en faveur de l'âge : « *Prima verba ostendunt, eum demum ex hoc plecti qui dolo malo violavit : si igitur dolus absit, cessabit ejusdem personæ. Igitur doli non capaces (ut admodum impuberes, etiam omnes qui non animo violandi accedunt) excusati sunt* » (loi 3, § 4, D. XLVII, XII, *de sepulcro violato*).

La première partie de l'édit, dit le juriconsulte, regarde tous les violateurs de sépultures en général, c'est-à-dire ceux qui les violent de mauvaise foi. Si donc il n'y a pas de mauvaise foi l'action n'aura pas lieu ; ainsi, l'édit excuse les personnes incapables de dol, telles que les impubères et tous ceux qui n'ont pas l'intention de violer une sépulture (l. 3, § 4, D. XLVII, XII).

Voir loi 2, § 19, *Vi Bon. rapt.*

Un âge très-avancé constituait une excuse. « *Ignoscitur his qui ætate defecti sunt* » (l. 3, § 7, D. *de Sen. Sillan.*).

CHAPITRE II.

IGNORANCE, ERREUR.

Nous ne reviendrons pas ici sur la théorie de l'ignorance et de l'erreur en droit pénal romain ; nous avons donné des explications assez longues au titre premier, nous nous bornerons dans ce chapitre, à mentionner les cas dans lesquels l'ignorance ou l'erreur créaient une excuse absolutoire en faveur de l'agent.

L'empereur Alexandre dit dans un rescrit à un militaire du nom de Gallianus : Ayant été appelé à écrire le testament de votre compagnon d'armes, il vous a fait écrire qu'il vous léguait un esclave. Ce legs est comme non écrit et vous n'en pouvez pas demander la délivrance. Mais mon indulgence vous remet la peine de la loi Cornelia, que je vois que vous avez enco-

ruc, par ignorance plutôt que par malice. « Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum, jussu ejus servum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum petere non potes : sed secuto in tenore indulgentiæ meæ, pœna legis Corneliæ tibi remittitur ; in quam credo te magis errore quam malitia incidisse » (l. 5, C. IX, XXIII).

CHAPITRE III.

HOMICIDE PAR IMPRUDENCE.

En exposant la théorie générale du *dolus malus*, nous avons vu que son absence plus ou moins sensible, devenait un motif d'absolution ou d'atténuation.

Nous n'avons ici qu'à énumérer les cas dans lesquels, il y a excuse absolutoire, sans avoir besoin de faire suivre les textes de commentaires ou d'explications.

Ces cas sont régis par la règle contenue dans ce passage de Marcien : « Delinquitur casu, cum in vendendo telum in feram missum, hominem interficit » (l. 44, § 2, D. XLVIII, XIX, *de pœnis*).

Il est évident que lorsque le fait délictueux se produit *casu*, le *dolus malus* fait complètement défaut : dès-lors, il existe une excuse absolutoire en faveur de l'agent.

Voici des exemples : « Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo

» hoc admisit, absolvi posse » (l. 1, § 3, D. XLVIII, VIII, *ad leg. Corn. de Sicariis*).

« Eum, qui adseverat homicidium se non voluntate, sed casu fortuito fecisse, cum calcis-ictu mortis occasio præbita videatur ; si hoc ita est neque super hoc ambigi poterit, omni metu ac suspicione, quam ex admittæ rei discrimine sustinet, dissecundum id, quod adnotatione nostra comprehensum, est volumus liberari » (loi 5, C. IX, XVI). Il s'agit dans ce texte, d'un accusé qui avait lancé un coup de pied qui avait causé la mort ; il n'avait pas eu l'intention de commettre un homicide. La mort avait eu lieu par accident, sans que le fait pût être imputé à l'agent. L'empereur décide dans ce cas qu'il doit être sans délai absous et délivré de toute crainte et soupçon, à raison de ce fait. Cette constitution est pleine de sagesse et conforme aux principes. La loi, en effet, ne saurait atteindre que des coupables, et la faute ne peut être assimilée au dol, à l'intention mauvaise, en matière criminelle.

CHAPITRE IV.

PROVOCATION.

Il est souvent difficile de tracer la limite entre la légitime défense, et l'acte commis en état de provocation. La science ne saurait trouver de meilleure distinction, que celle du jurisconsulte Paul dans la loi

45, § 4, *ad legem Aquiliam* : songeait-on à sa sûreté ou à sa vengeance ?

Nous avons trouvé peu de textes relatifs à la provocation par coups et violences ; cependant, le jurisconsulte Alfenus exempté même de l'*actio legis Aquiliae* celui qui, ayant reçu des coups, a crevé l'œil de l'agresseur, pourvu qu'il ne l'ait pas fait de dessein prémédité ; *a fortiori* pas de poursuite criminelle.

Voici un autre texte dans lequel il est question de provocation : « Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur ; cum aliis vim inferre certantibus, aliis cum indignatione resistentibus, » verbera, coedesque crebro deteguntur admittæ ; placuit, si forte quis, vel ex possidentis parte, vel ex ejus, qui possessionem temere tentaverit, interemptus sit ; in eum supplicium exerceri, qui vim facere tentaverit, et alterutri parti causam malorum præbuerit ; et non jam relegatione, aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat, nec interposita provocatione sententiam, quæ in eum fuerit dicta, suspendat » (loi 6, Code IX, XII, *ad legem Juliam de vi*). Ce passage est conçu d'une manière générale et excuse l'agent victime de la lésion, et ceux qui lui ont porté secours.

Cujas parle d'un cas de provocation qui paraît beaucoup plus explicite que les précédents. Il suppose qu'on envahit une propriété pour en prendre possession. Celui qui l'occupait est chassé, mais il revient à la charge et expulse l'envahisseur. Il ne sera point coupable d'avoir employé la force pour rentrer dans sa

possession. Sa conduite est excusée par la violence qui l'avait provoquée. (Cujas, *Cod. de Vi et de Vi armata*, l. 3, § *eam igitur*).

CHAPITRE V.

SECOURS A LA JUSTICE.

La nécessité de rechercher activement les malfaiteurs et de les livrer le plus tôt possible aux mains de la justice, a donné naissance à une excuse légale d'utilité sociale, en faveur de certains coupables, qui auront facilité ou opéré la capture des susdits malfaiteurs.

Les textes que nous allons expliquer, nous prouvent que les secours donnés à la justice, amenaient quelquefois une exemption totale ou partielle de la peine encourue par l'agent.

Voici une disposition, qui crée une excuse dans l'intérêt de la poursuite en matière de complot. Celui qui, instruit d'une faction naissante et zélé pour le bien, la dénonçait, était récompensé par des biens et des honneurs ; mais s'il profitait du secret des factieux, ou la dénonçait tardivement, quoiqu'on l'ignorât encore, il n'obtenait que la grâce et le pardon de sa faute. « Sane si quis in exordio initæ factionis, studio verè laudis accensus, initam prodiderit factionem, et præmio et honore a nobis donabitur. Is vero qui usus fuerit factione, si vel sero (incognita tamen adhuc)

» consiliorum arcana patefecerit : absoluteque tantum » ac veniâ dignus habebitur » (l. 5, § 7, C. IX, VIII).

Le crime de fausse monnaie donnait lieu à une excuse absolutoire, dans les cas que nous allons examiner.

Pour que la loi pût atteindre les coupables, il fallait que les faits de fausse monnaie fussent accomplis *dolo malo*. L'intention coupable est, en cette matière, soit le désir de nuire, de faire un gain illicite, s'il s'agit de fabrication à titre ou poids faux, soit la volonté d'entreprendre sur les fonctions publiques, s'il s'agit de fabrication aux titres et poids véritables.

Cette fabrication ne sera entreprise qu'en vue d'une mise en circulation des monnaies fausses. Est-ce donc qu'il ne peut y avoir répression, que si l'usage a suivi la fabrication ? Ou bien la loi Cornelia punit-elle divinement la fabrication et l'usage ? Disons qu'en général les lois romaines, relatives au crime de faux, punissaient séparément ces deux actes qui constituaient chacun un crime particulier ; mais en cette matière de fausse monnaie, le principe contraire semble posé dans ce texte : « Qui falsam monetam percusserunt, » si id totum formare noluerunt, suffragio justæ » penitentiae absolvuntur. » On l'a quelquefois entendu comme signifiant que la fabrication non suivie d'usage, n'était pas punie par la loi Cornelia. Mais c'est, suivant nous, donner à ce texte une signification erronée : il suppose, en réalité, des citoyens qui avaient entrepris une fabrication de fausse monnaie ; des piè-

ces avaient déjà été frappées ; le corps du délit existe et appelle une punition. Mais les coupables s'arrêtent, ils détruisent les produits de la criminelle industrie, et cela non que des circonstances extérieures les aient arrêtés, mais parce qu'ils se sont volontairement repentis. Ils seront absous, dit la loi, de la peine qu'ils avaient encourue, parce que leur volonté et leurs actes sont revenus au bien, *suffragio justæ penitentiae*.

La loi Cornelia était très-sévère pour les faux monnayeurs, la législation impériale exagéra encore cette sévérité de la loi Cornelia.

Il existe une constitution de Constantin, au titre de *Falsa moneta* (l. 1, C. IX, XXIV), qui mérite une analyse détaillée.

L'empereur, ayant constaté l'existence en ses États, de nombreux ateliers de fausse monnaie, pour encourager les dénonciations jugées trop rares, promet une récompense pécuniaire, qu'il se réserve d'évaluer en chaque affaire.

César espère mettre les faux monnayeurs aux maîus de la justice. Une fois arrêtés, les tortures les attendent pour leur faire dénoncer leurs complices, puis le supplice du feu pour réparer leurs crimes. On voit que le prince qui fit asseoir sur son trône la religion de charité, ne se piquait pas d'être un législateur humain.

Constantin chercha enfin à fermer aux coupables tout endroit pour établir leur industrie. C'est ainsi qu'il décide que la maison, le terrain où le crime aura été commis sera confisqué, si le propriétaire habitait son loin de là, car l'ignorance où il était du crime

n'a pu venir que de sa négligence. Toutefois, quelque temps qu'ait duré son ignorance, s'il dénonce la fabrication de fausse monnaie, aussitôt qu'il en a eu avis, remise de la confiscation lui sera faite. « Nisi dominus » ante ignorans, ut primum repererit, scelus prodiderit perpetratum ; tunc enim possessio, vel domus ipsius, proscriptionis injuriæ minime subiacebit » (l. 1, in med., de falsa moneta, C. XXIV, IX).

Au titre *De re militari*, nous trouvons le cas d'excuse suivant : le soldat transfuge qui, après son retour, avait fait la capture d'un grand nombre de *latrones*, ou qui avait simplement dénoncé d'autres transfuges, pouvait obtenir sa grâce. « Qui transfugit, et postea multos latrones adprehendit, et transfugas demoustravit, posse et parci divus Hadrianus rescripsit » (l. 5, § 8, D. XLIX, XVI, de re militari).

CHAPITRE VI.

PARENTÉ. ALLIANCE.

Chez les Romains, la parenté et l'alliance donnaient naissance à quelques excuses absolutoires, d'utilité sociale.

Ce n'est pas un principe d'humanité, qui régit les cas que nous allons citer ; c'est une pensée bien différente qui a amené la prescription de la loi. Il s'agit en effet de la constitution particulière de la famille, considérée dans son essence même, la *potestas*. Le père n'a

pas d'*actio furti* contre les enfants qui sont sous sa puissance (loi 17, D. XLVII, II, de furtis). Comme l'indique Ulpien, il était inutile de donner une action à celui qui pouvait lui-même châtier le coupable. Armé du droit terrible de correction, le père infligeait à son fils le châtement qu'il méritait.

La *contrectatio fraudulosa*, commise par une femme au préjudice de son mari, constituait-elle un vol ? Oui, d'après les Sabinien qui prétendaient assimiler la femme à la fille, *loco filiae*. Non, d'après les Proculétiens. D'après eux, la communauté de vie lui conférait une sorte de droit de propriété : *quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret*. Paul était de l'avis des Sabinien.

On ne donna pas au mari l'action de vol à cause de son caractère infamant, on la remplaça par l'action *rerum amotarum* (loi 26, D. XXV, II, *rerum amotarum*).

Nous n'avons pas l'intention de nous étendre sur la nature de l'action *rerum amotarum*, nous avons cependant à en dire quelques mots, puisqu'on a cherché dans la suppression de l'action *furti*, l'origine historique de l'excuse absolutoire de l'art. 380 de notre Code pénal, dont nous nous occuperons plus loin. Cette action ne peut être intentée, qu'après la dissolution du mariage.

Jusqu'à quel point conserve-t-elle donc un caractère pénal ? C'est une *condictio*, dit Gaius (loi 26, liv. XXV, II, *rerum amot.*) Tryphoninus la compare à la *condictio furtiva*, car il y a là réellement un vol, dit-il, malgré l'indulgence avec laquelle on traite la femme.

(Loi 29, D. XXV, II, *rerum amotarum*). Il en tire deux conséquences, dont l'une est à remarquer, c'est qu'en pareille matière, l'estimation du préjudice augmente, quand augmente la valeur de la chose soustraite, comme dans la *condictio furtiva*.

Les soustractions commises par la bru, quand le fils est en puissance, donnent ouverture à l'action *rerum amotarum*.

La femme n'a de même que l'action *rerum amotarum* contre son mari.

Enfin, pour que l'action *rerum amotarum* puisse être intentée, il faut que le vol ait été commis *divortii consilio*, et que le divorce ait suivi. Sinon, c'est une action *ad exhibendum*, ou la pétition d'hérédité ou une action de *damno in factum*, qui compète au conjoint.

Le titre 16 *ad senatus-consultum Turpilianum* contient encore deux cas d'excuse se référant à la parenté et à l'alliance. La mère est une des personnes qui peuvent, sans craindre le reproche de calomnie, poursuivre la punition de la mort du fils, et c'est une faveur du sénatus-consulte qui s'étend aux autres actions publiques.

« Mater inter eas personas est, quæ sine calumnia »
» timore, necem filii sui vindicare possunt. Ideoque »
» beneficium senatusconsulti, et in aliis judiciis servatum est. » (Loi 2, C. IX, XLVI).

CHAPITRE VII.

CONSÉQUENCES DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET DOMINICALE.

Dans l'origine, le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants, Denys d'Halicarnasse (II, 26, 27); (*Collat. leg. Mosaic*, IV, VIII; *Conf.* Ulpien, loi 8, D. X, XI, *de his qui suf.*) Voir M. de Fresquet, *du Tribunal de famille*, Revue historique, 1855. La loi décevinaire consacra ce pouvoir exorbitant du père.

Dans les premiers siècles de l'ère romaine, le père pouvait donc impunément tuer ses enfants; mais la législation changea. L'empereur Adrien condamna à la déportation un père qui avait tué à la chasse son fils « qui novercam adulterabat. (Loi 5, D. XLVIII, » IX, *de leg. Pomp. de Parric.* Nam patria potestas » in pietate debet, non atrocitate consistere. » Bien-tôt le droit de correction subsista seul. Constantin finit par appliquer au meurtre d'un fils, la peine du parricide.

D'après la loi de Romulus, le père pouvait vendre ses enfants. Plus tard, des lois vinrent heureusement apporter des restrictions à cette faculté. Voici ce que déclara Dioclétien, confirmant un droit déjà établi :
liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo..... in alium transferri possunt. » (L. 4, IV, XLIII, *de patribus qui filios*). Constantin permit de vendre les enfants *sanguinolentos*, lorsque le père

y est forcé par la misère (l. 2, C. IV, XLIII, *de patribus qui filios*).

Chez tous les peuples, disent les Institutes, le maître a droit de vie et de mort sur ses esclaves. Mais Justinien a soin de déclarer, que celui qui tue sans motif son esclave, est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui. L'intérêt même des maîtres, dit Antonin le Pieux dans un rescrit, où percent peu les sentiments d'humanité, exige que l'esclave soit protégé contre les sévices ou contre une intolérable injustice. Du reste, le maître conserva longtemps sur ses esclaves, un droit de correction presque illimité. Ulpien nous dit, qu'Adrien condamna à cinq ans de rélegation une femme trop sévère pour ses esclaves (l. 2, *de his qui sui juris*. D. I, VI).

Mais nous voyons dans la *Collatio legum mosaicarum* (t. III, c. 2) que si l'esclave meurt des suites du châtement qui lui a été infligé, le maître n'a aucune poursuite à redouter, pourvu qu'il n'ait pas agi avec intention de le tuer. Constantin détermina d'une façon plus précise les droits de la puissance dominicale. Lorsque l'esclave expirait à la suite d'une correction à coups de fouet ou de verges, la mort de l'esclave n'était pas imputable au maître. Mais il y avait crime, si le maître avait tué son esclave à coups de pierre, ou de bâton, ou bien s'il l'avait blessé de quelque arme meurtrière, s'il l'avait fait étrangler, empoisonner, brûler vif, etc.

CHAPITRE VIII.

RANG, QUALITÉ DE L'AGENT.

Le rang, la qualité de l'agent étaient une cause d'excuse. C'est ce qui arrivait pour les gens non mariés *humiliores* qui entretenaient des relations coupables (Walter, *Hist. du dr. crim.*, § 811). Les personnes d'un rang obscur pouvaient même se faire un métier du *lenocinium* ordinaire, sans encourir les rigueurs de la loi : elles n'avaient pour cela qu'une formalité à remplir, faire aux édiles la déclaration de leur honteux projet (Walter, *eod.*, § 811). Cette déclaration entraînait l'*infamia*. La peine due à l'adultère, n'était pas appliquée à la servante d'auberge, ni à la maîtresse de l'établissement, quand elle servait elle-même ses clients (l. 29, C. IX, IX, *ad leg. Jul. de adult.*) La loi Julia ne s'occupait pas non plus de l'adultère des femmes d'une condition infime, ou d'un genre de vie peu relevé (*eod.*, § 810).

CHAPITRE IX.

CAS PARTICULIERS CRÉANT UNE EXCUSE ABSOLUTOIRE.

On pouvait frapper impunément chez lui, le maître d'une maison de jeux de hasard ; en vertu de l'édit du préteur, on était à l'abri de toute poursuite : « Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verbera-

» verit, damnumve ei dederit : sive quid eo tempore
» dolo ejus subtractum est, judicium non dabo » (loi 4,
prin. D. XI, V, de aleator).

La femme adultère remariée, ne pouvait être traduite en justice, que si l'accusation dont on la menaçait, lui avait été dénoncée avant ses secondes noces : cette excuse disparut sous Dioclétien (Walter, § 809).

Tant que le mari ne répudiait pas la femme adultère, celle-ci était à l'abri de toute accusation. Il en était de même du complice (*eod.*)

C'est ce qui existe dans notre droit criminel, article 336, C. P.

TITRE IV.

EXCUSES ATTÉNUANTES.

CHAPITRE PREMIER.

AGE.

Le législateur romain avait trouvé dans l'âge du prévenu, alors même que sa culpabilité avait été parfaitement reconnue, une cause d'atténuation de la peine.

La loi des Douze Tables avait admis l'influence de l'âge sur la pénalité. Pline (*Natur. Hist.*, XVIII, III) nous a conservé un chef de la loi, où la peine de mort est prononcée contre ceux qui vont de nuit et furtive-

ment égrener ou couper le blé dans le champ d'autrui ; les coupables pubères étaient punis de mort, et les impubères battus de verges. La différence qui existe entre les deux peines est assez sensible. Dans ce cas, on peut dire que la loi a pris soin d'abaisser en faveur de l'impubère, la peine prononcée pour les cas ordinaires.

L'impuberté servait donc, dans l'espèce, d'excuse atténuante comme elle devait servir d'excuse absolue ou de cause de justification, quand on avait constaté chez l'agent, la présence à peu près insignifiante, ou l'absence complète du *dolus malus*. Ce que Pline rapporte au sujet de la destruction des moissons, devait nécessairement avoir lieu pour les autres infractions importantes.

CHAPITRE II.

ÉTAT DE MALADIE. PASSIONS. COLÈRE. IVRESSE.

Il existe dans la législation romaine, quelques dispositions relatives à l'influence de l'état de maladie sur la culpabilité et la pénalité. En voici un exemple dans la loi 38, § 42, D. XLVIII, XIX : le militaire qui a essayé de se tuer lui-même, et n'a pas consommé cet attentat, doit être puni de mort, s'il a porté sur lui une main criminelle ; mais si sa tentative coupable a été amenée par l'excès de la douleur, par une maladie cruelle, un grand chagrin ou une autre cause, la

peine ordinaire disparaît, et alors « le soldat est renvoyé avec ignominie. » « Miles, qui sibi manus intulit, » nec factum peregit, nisi impatientia doloris, aut » morbi, luctusve alicujus, vel alia causa fecerit, ca- » pite puniendus est : alias cum ignominia mittendus » est. »

La loi 6, § 7, D. XLIX, XVI, *de re milit.*, est conçue à peu près dans le même sens. L'empereur Adrien dit dans un rescrit, à l'égard du soldat qui s'est blessé volontairement ou a cherché de toute autre manière à se donner la mort, qu'il fallait examiner ce qui avait pu le porter à cette extrémité, et qu'on ne devait pas sévir contre lui, si la violence de la douleur, le dégoût de la vie, la force du mal qui le tourmentait, la fureur ou la crainte du déshonneur l'avaient porté à attenter à ses jours. L'empereur dit qu'il fallait le licencier avec ignominie, et que s'il ne prouvait pas de cause déterminante de ce crime, il devait être puni de mort : « Miles » qui se vulneravit, vel alias mortem sibi conscivit im- » perator Hadrianus rescripsit, ut modus ejus rei sta- » tutus sit, ut si impatientia doloris, aut tædio vitæ, » aut morbo, aut furore, aut pudore mori maluit; non » animadvertatur in eum; sed ignominia mittatur; si » nihil tale prætendat, capite puniatur. » Nous lisons à la fin de ce passage : « per lasciviam lapsis capitalis » poena remittenda est, et militiæ mutatio irroganda » (l. 6, § 7 *in fine*, D. XLIX, XVI). La *lascivia* constituait donc une excuse atténuante.

La loi excusait l'acte répréhensible commis dans l'emportement de la colère : « Quidquid in calore ira-

» cundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, » quam si perseverantia apparuit, judicium animi » fuisse, ideoque brevi reversa uxor nec divertisse » appareatur » (loi 48, D. L, XVII, *de Regulis juris*).

Ivresse. — L'ivresse, en droit romain, n'avait pas été assimilée à la démence. Les juriconsultes voyaient seulement dans cet état, un motif d'atténuation de la peine. L'on devra faire remise de la peine capitale à ceux que le vin a rendus coupables, en les condamnant cependant à un changement de corps. « Per vinum » lapsis capitalis remittenda est, et militiæ mutatio » irroganda » (loi 6, § 7, D. XLIX, XVI, *de re milit.* Voir dans le même sens, loi 44, § 2, D. XLVIII, XIX, *de Pœnis*, et loi 42, D. XLVIII, III, *de cust. et exhibit. reor.*).

CHAPITRE III.

HOMICIDE PAR IMPRUDENCE.

L'absence d'intention, peut produire une atténuation dans la peine. Lorsqu'un homicide a eu lieu, s'il est reconnu que le meurtrier a voulu simplement frapper ou blesser sa victime, il faut atténuer la peine, « lenien- » dam poenam ejus. »

« Divus Hadrianus rescripsit : sed si clavi » percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percus- » serit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam » ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homici- » dium admisit » (l. 4, § 3, D. XLVIII, VIII, *ad leg. Cornel., de Sicariis*).

CHAPITRE IV.

MEURTRE COMMIS PAR LE MARI EN MATIÈRE D'ADULTÈRE.

Si un mari, dans l'impétuosité de sa douleur, violent la loi, tuait sa femme, la loi ne lui décernait pas l'impunité, comme trop souvent notre jury moderne, mais sévissait contre lui. Toutefois, faisant la part du ressentiment du mari, elle admettait (comme notre loi) une excuse légale atténuante et ne punissait pas le mari comme homicide en vertu de la loi *Cornelia de Sicariis*, c'est-à-dire par la déportation ou par la mort. Toutefois, la peine était encore sévère, car on le punissait de la relégation, comme le dit Papinien, s'il était d'un état distingué, ou on le condamnait aux travaux publics à perpétuité, suivant sa condition. Il conservait la vie et la fortune, car la relégation n'emportait pas la mort civile et la *capitis diminutio*. « Imperator » Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt : si maritus uxorem in adulterio deprehensam, » impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis » *Corneliae de Sicariis* pœnam excipiet. Nam et D. Pius » in hæc verba rescripsit Apollonio : Ei qui uxorem » suam in adulterio deprehensam occidisse se non » negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit » difficillimum justum dolorem temperare, et quia » plus fecerit quam quia vindicare se non debuerit, » puniendus sit : sufficiet igitur, si humilis loci sit, » in opus perpetuum cum tradi : si quis honestior, in » insulam relegari » (l. 38, § 8, D. XLVIII, V).

Si le mari tue un homme libre, que la loi Julia lui ordonnait de respecter, ou s'il le tue hors de chez lui, lorsqu'il l'a surpris en adultère avec sa femme, il sera homicide, parce qu'il a tué injustement celui que la loi Julia ne lui permettait pas d'immoler ; mais comme il a agi sous l'empire d'une douleur inconsidérée, « in » *consulto dolore adulterum interemit*, » il ne tombera pas sous la peine de la loi *Cornelia de Sicariis*, car, « *justus dolor ejus relevat* » (l. 4, C. IX, IX). On se contentera de l'exiler.

CHAPITRE V.

PARENTÉ, ALLIANCE.

Le Droit criminel romain, plus rigoureux que le nôtre, appliquait aux recéleurs criminels, la même peine qu'aux auteurs du délit. Mais si celui qui cherchait à dérober le coupable aux poursuites de la justice, était son parent ou son allié, son délit était moindre que celui d'un recéleur ordinaire, la loi se montrait alors indulgente à son égard et on atténuait la peine. « Eos, » apud quos *adfinis*, vel *cognatus* latro conservatus » est, neque absolvendos, neque severe admodum » puniendos : non enim par est eorum delictum, et » eorum qui nihil ad se *pertinentes* latrones recipiunt » (l. 2, D. XLVII, XVI).

Notre Code pénal a vu là un cas d'excuse absolutoire, mais il restreint l'excuse à certains degrés de parenté.

CHAPITRE VI.

ORDRE DU MAÎTRE.

Au titre des *Cas de justification*, nous nous sommes occupé du cas de justification, que l'esclave trouvait dans l'ordre du maître, et après avoir présenté l'explication du mot *ignoscitur*, nous avons conclu que l'esclave, tout en étant exempté de la loi Cornelia, devait néanmoins être puni. Vu la position respective du maître et de l'esclave, il est certain que le premier devait exercer une influence presque absolue sur le second; mais aussi déclarer que l'esclave serait exempté de toute peine, s'il avait agi sur l'ordre de son maître, cela eut été un encouragement à de nombreuses infractions; le maître, par son rang, aurait souvent pu échapper à la juste répression de la loi, et de plus, il aurait été certain de voir son esclave impuni en vertu de l'ordre qu'il avait reçu. Les Romains ne pouvaient ni établir, ni supporter un pareil état de choses. Aussi les empereurs Valentinien II, Théodose et Arcadius avaient-ils établi la règle suivante : lorsque l'esclave à l'insu de son maître enfreint la loi Julia *de vi*; qu'il soit condamné au dernier supplice. La crainte, l'ordre de son maître, l'ont-ils poussé au crime? Le maître est déclaré infâme, et l'esclave condamné aux mines » (l. 8 *in princip.* C. IX, XII, *ad leg. Jul. de vi Public.*). Dans le dernier cas, l'esclave jouissait d'une excuse atténuante.

CHAPITRE VII.

ABANDON DE L'INFRACTION.

Le législateur romain, a su tendre une main secourable à l'agent qui abandonne l'infraction commencée.

Il y a, en effet, un intérêt très-grand à voir inachevée une tentative criminelle; la promesse de pardon ou d'indulgence peut arrêter beaucoup de personnes, en leur fournissant l'occasion et le moyen de revenir sur leurs pas. A Rome, l'abandon de l'infraction commencée valait indulgence au coupable repentant, et le transfuge qui se remettait de son plein gré, entre les mains des autorités, était récompensé par une atténuation de peine ordinaire. (« Qui in desertione fuit, si » se obtulerit, ex indulgentia imperatoris nostri in » insulam deportatus est » (loi, 5, § 4, D. XLIX, XVI, *de re milit.*).

APPENDICE.

CAUSES DE MITIGATION DE LA PEINE.

Influence du rang de l'agent du délit sur la culpabilité et sur la pénalité.

Une différence dans les châtimens existait à Rome ; les Douze Tables (Tab. II, loi 4^{re} de la seconde partie; Aulu-Gelle, l. II, chap. XVIII,) condamnaient le voleur au fouet et à la servitude, si c'était un homme libre ; au fouet et à être précipité de la roche Tarpéenne, si c'était un esclave. On réforma, il est vrai, dans la suite, une différence si injuste en condamnant au quadruple de la valeur des objets volés, que le coupable fût d'une condition libre ou d'une condition servile (Aulu-Gelle, l. XX, chap. I). Cette égalité du châtiment, ne s'étendit pas aux autres crimes. On les punissait différemment, suivant que le coupable jouissait de sa liberté ou était voué à la servitude.

Un peuple si jaloux de la liberté, méprisait nécessairement beaucoup l'esclavage. La législation romaine se déshonora au point de confondre, pour le crime et pour la peine, l'assassin d'un quadrupède et celui d'un esclave (l. 2, D. IX, II).

Pourquoi faut-il avoir à reprocher également cette confusion, à un des premiers philosophes de la Grèce. Platon voue au châtiment des parricides l'esclave qui, en se défendant, a le malheur de tuer l'homme libre

qui l'attaquait. Le châtiment des parricides ! Quelle paternité, grands dieux ! que l'oppression et la servitude !

Si le rang du criminel pouvait influer sur la peine, ce devait être pour l'augmenter, puisqu'il ajoute un scandale en ajoutant à la publicité, et que les grands et les riches, recevant plus de protection de la loi, lui doivent encore plus de respect et de reconnaissance. « L'homme élevé, dit Cicéron (*République*, l. III, chap. V), commet deux fautes : il pèche par l'action et par l'exemple. » L'élévation du rang supposant une éducation plus soignée, des habitudes moins corrompues par le besoin, une connaissance plus familière des principes de la loi, des devoirs mutuels et des bornes où la justice s'arrête, on est, par cela même, plus coupable que l'homme peu instruit, élevé d'une manière négligée et dont la pauvreté menaçait sans cesse les mœurs et la vertu.

Nous n'irons pas jusqu'à accuser d'injustice volontaire et préméditée les législateurs de cette nation, ce serait aller trop loin ; leurs lois sont le reflet nécessaire de la société au milieu de laquelle ils vivaient, et cette société, quel qu'ait été son éclat, ne pouvait bien sûrement servir de modèle absolu aux générations futures. Les idées chrétiennes n'avaient pas encore épuré la fausse morale de l'antiquité païenne, en montrant à tout homme un frère et un égal dans son semblable, et préparé ainsi, l'avènement du grand principe de l'égalité devant la loi et surtout devant la loi pénale.

L'inégalité des peines est donc le vice le plus choquant du droit criminel des Romains.

Vingt-quatre textes du cinquième livre des *Sentences de Paul*, nous montrent que les coupables d'un rang inférieur, seuls, subissent toute la rigueur des lois. Il y a donc de par la loi des assassins, des empoisonneurs privilégiés (Bravard, *De l'étude du Droit romain*, p. 222 et 223).

Il nous faut, par conséquent, diviser les coupables en deux classes.

Nous nous bornerons à présenter ainsi un tableau indiquant pour chaque crime la peine appliquée aux *honestiores* et celle appliquée aux *humiliores*.

Sacrileges. — Première catégorie (*honestiores*) : Déportation ; deuxième catégorie (*humiliores*) : Condamnation aux mines.

Incendiaires. — Première catégorie : Relégation ; deuxième catégorie : Condamnation aux mines ou aux travaux forcés.

« Nova et incognitæ religiones ex quibus animi hominum moveantur. » Première catégorie : Déportation. Deuxième catégorie : Mort.

Fauteurs de troubles et séditions. — Première catégorie : Déportation ; deuxième catégorie : La croix ou l'amphithéâtre.

« Qui noctu fructiferas arbores, manu facta ceciderint.

Première catégorie : Réparations civiles, exclusion du Sénat, relégation ; deuxième catégorie : Travaux forcés.

« Qui terminos effodiunt vel exarant, arboresve terminales evertunt. » — Première catégorie : Confiscation du tiers des biens, relégation ou exil ; deuxième catégorie : Travaux forcés.

Meurtriers. — Première catégorie : Mort ; deuxième catégorie : La croix ou l'amphithéâtre.

Coups et blessures in rixa. — Première catégorie : Confiscation de la moitié des biens et relégation ; deuxième catégorie : Les mines ou l'amphithéâtre.

Castration. — Première catégorie : Déportation ; deuxième catégorie : Mort.

« Qui abortiones aut amatorium peculum dant. » — Première catégorie : Relégation ; deuxième catégorie : Mines.

Sacrifices humains. — Première catégorie : La mort ; deuxième catégorie : L'amphithéâtre.

Détention de livres de magie. — Première catégorie : La déportation ; deuxième catégorie : La mort.

« Si ex eo medicamine quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit. » — Première catégorie : Relégation ; deuxième catégorie : La mort.

Infractions à la loi Cornelia testamentaria. — Première catégorie : Déportation ; deuxième catégorie : La croix ou les mines.

Faux témoignages, corruption de témoins ou de juges. — Première catégorie : Déportation ; deuxième catégorie : La mort.

Trahison d'un Procurator ou d'un Cognitor. — Première catégorie : Relégation perpétuelle ; deuxième

catégorie : Les mines ; même distinction pour les dépositaires des pièces (*instrumenta*).

Faux. — Première catégorie : Déportation ; deuxième : Condamnation aux mines.

Port illégal d'insignes. — Première catégorie ; Déportation ; deuxième catégorie : La mort.

« *Abus de pouvoirs prévus par la loi Julia « de vi publica et privata*. » — Première catégorie : Déportation ; deuxième catégorie : La mort.

Autres infractions à cette loi. — Première catégorie : Confiscation du tiers des biens et relégation perpétuelle ; deuxième catégorie : La croix ou les mines.

De ces distinctions, les unes ont passé, les autres ne se retrouvent plus dans les Pandectes.

La loi 3, § 5, *ad leg. Corn. de Sicar.*, citée par M. Bravard dans son livre sur l'étude et l'enseignement du droit romain, contient un des exemples les plus choquants de la distinction faite entre les honnêtes et les humiliores. Plusieurs textes du Code rappellent ou reproduisent cet étrange système.

Décurions. — Les décurions n'étaient condamnés à mort que pour parricide. (L. 15, D. XLVIII, XIX, *De pœnis*.)

Toutes les fois qu'un décurion avait commis un crime emportant peine capitale, on faisait un rapport spécial à l'empereur. Si, par hasard, on les soumettait à ces peines, il fallait en référer au prince, qui prononçait la commutation : « Nam in primis decuriones » in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli, nec furee subijci, vel vivi exuri : et si forte

« hujuscemodi sententia fuerint affecti, liberandi » erunt : sed hoc non potest efficere, qui sententiam » dixit : verum referre ad principem debet, ut ex auctoritate ejus, aut permutetur, aut liberaretur. » (L. 9, § 14, D. XLVIII, XIX.) Ulpien ajoute, dans le paragraphe qui suit, que les parentes, et *liberi decurionum*, avaient les mêmes faveurs : « Parentes quoque et liberi decurionum in eadem causa sunt. » L. 9, § 12, *eod.*) Les enfants nés avant ou après que le père était devenu décurion profitaient de ces avantages. L. 9, § 14, *eod.*)

Vétérans. — Les vétérans et leurs fils furent placés dans une situation privilégiée ; parmi leurs prérogatives, ils comptaient celle de ne pas être livrés aux bêtes et frappés de verges : « Veteranorum privilegium » inter cœtera etiam in delictis habet prerogativam, » ut separentur, a cœteris in pœnis : nec ad bestias » itaque veteranus datur, nec fustibus cœditur. » L. 1, D. XLIX, XVIII, *de veter.*) On ne les condamnait pas aux peines « in metallum, et in opus publicum. » (L. 3, *eod.*)

Les vétérans et leurs enfants étaient en quelque sorte assimilés aux décurions et aux enfants de ceux-ci. (L. 3, *eod.*)

Militaires. — Frappés de peines spéciales et très-rigoureuses, les militaires n'étaient pas condamnés à une mort ignominieuse, ou à un supplice honteux. (L. 3, § 1, 9, 10, 16, etc., D. XLIX, XVI, *De re milit.*) Pour eux, la condamnation à mort n'entraînait pas la confiscation du patrimoine acquis au service.

(Walter, § 827). Ces faveurs étaient un encouragement et une récompense pour la valeur des armées romaines.

Influence du rang de la victime du délit sur la culpabilité et sur la pénalité. — Il ne faut pas prendre à la lettre ces paroles de Marcien : Le meurtre est puni sans tenir compte du rang de la victime : « Et qui » hominem occiderit, punitur non habita differentia, » cujus conditionis hominem interemit. » (L. 1, § 2, D. XLVIII, VIII.) Claudius Saturninus dit, en termes généraux, qu'il faut tenir compte du rang de la victime, comme on tient compte du rang du coupable : « Per » sona dupliciter spectatur : ejus qui fecit, et ejus » qui passus est. » (L. 16, § 3, D. XLVIII, XIX, *De poenis.*)

Ce texte a une portée générale; pour le prouver, nous pouvons tirer argument du § 213 du Com. III, Inst. de Gaius, qui nous apprend que le meurtrier d'un esclave pouvait s'arranger avec le maître. Si ce dernier voulait se contenter d'une réparation civile, il usait du bénéfice de la loi Aquilia; cet arrangement terminait l'affaire. Si le maître voulait intenter une poursuite criminelle, il y avait lieu, seulement alors, d'appliquer la loi Cornelia.

En matière de délits privés, l'extinction du préjudice causé par l'injure, variait avec le rang de l'offensé.

AUTRES CAUSES DE MITIGATION.

Age. — Les anciens accordaient plusieurs privilèges à la vieillesse, ainsi que l'a dit le poète :

Magna fuit quondam capitis reverentia cani.

La loi romaine diminuait les peines en sa faveur. (Voir la loi 8, D. *de termino moto* ; loi 6, *in princip. ad legem Juliam peculatus* ; loi 108, D. *de reg. juris.*

Sexe. — Le sexe était aussi, à Rome, une cause de mitigation de la peine. Dans la loi 5, § 3, au Code, IX, VIII, il est dit que si des femmes se sont rendues coupables de lèse majesté, on leur donnera la *quarte Falcidie*, dans les biens de leur mère, soit qu'elle ait testé, ou qu'elle soit morte *ab intestat*, afin qu'elles aient plutôt des aliments de fille, qu'une part et la qualité d'héritières, parce qu'il faut être plus indulgent pour elles; « *Milior enim circa eas debet esse sententia,* » quos pro infirmitate sexus minus ausuras esse con- » fidimus », parce que la faiblesse de leur sexe, ne nous permet pas de craindre ce qu'elles oseraient entreprendre.

C'est ce que dit aussi dans la loi 6, *in prin. D. ad legem Jul. peculatus*, Ulpien; le proconsul aura égard au sexe dans l'application de la peine et devra se montrer indulgent.

Du temps pendant lequel a duré l'accusation. — Quelquefois aussi, il faut avoir égard au temps pendant lequel l'accusé, a été en état d'accusation. En effet, s'il y a été longtemps, « *si diutino, tempore*

« aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna ejus suble-
» vanda erit. » On doit faire dans l'application de la
peine, une différence entre ceux qui sont restés long-
temps en état d'accusation, et ceux qui ont été jugés
promptement (l. 25, D. XLVIII, XIX, *de pœnis*).

DEUXIÈME PARTIE

Des cas de non culpabilité et des excuses dans notre ancienne
législation pénale.

Nous allons étudier dans cette deuxième partie, notre
matière, depuis l'invasion des Barbares jusqu'à 1789.
Pendant cette longue période de temps, notre législa-
tion pénale a suivi les vicissitudes du pouvoir social ;
elle s'est développée sous l'empire d'influences souvent
opposées, et a subi de nombreux changements. Trois
périodes bien distinctes s'offrent à nous pour cette
étude : Ere barbare ou germanique, depuis le v^e jus-
qu'au xi^e siècle, féodale et coutumière du xi^e au xvi^e
siècle, Royale, du xvi^e au xviii^e siècle.

Nous allons en quelques mots, indiquer les sources
auxquelles nous avons puisé, et les documents que nous
avons consultés dans chacune de ces périodes ; après
cette esquisse rapide, nous suivrons la méthode que nous
avons adoptée dans notre première partie, et nous nous
efforcerons d'élargir le moins possible, le cadre que

nous nous sommes tracé, pour cette seconde partie de notre travail, tout en n'omettant rien d'important, nous n'entrerons pas dans de longs détails, car nous ne pouvons pas ici approfondir la question d'une façon complète, parce que ce travail nous entraînerait peut-être trop loin. Nous souhaitons de ne pas nous faire illusion, et de ne point nous égarer dans nos investigations.

Nous nous proposons aussi, et nous croyons que ce n'est point là un hors d'œuvre, de jeter un coup-d'œil rapide sur l'état de la législation des peuples étrangers sur notre question.

Période germanique. — L'état de la législation criminelle dans la Gaule, était celui qui existait à Rome et à Constantinople, lorsque les Germains envahirent la Gaule et rompirent l'unité nationale que la domination romaine y avait établie, et apportèrent au milieu des désordres de ces temps, l'élément nouveau de leurs mœurs et de leurs lois. Cette invasion apporta dans la législation des éléments grossiers mais nouveaux, et fortement caractérisés. Les institutions des Barbares ainsi jetées dans la civilisation romaine, vont se modifier à leur tour, et s'approprier aux faits nouveaux qui les entourent. C'est alors qu'a lieu la confusion et par conséquent la dissolution de l'une dans l'autre, de la société barbare et de la société civilisée, c'est la lutte de deux législations, qui se trouvent tout à coup face à face avec des systèmes différents et des règles contraires. Deux éléments concourent alors à la reconstruction d'une société nouvelle, l'élément germanique

d'une part, et l'élément romain d'autre part, ce dernier puise à une double source la Rome païenne et la Rome chrétienne, c'est-à-dire le véritable droit romain et le droit canonique. Nous n'avons pas à rechercher, pour notre travail, quel est celui de ces deux principes, qui a eu la plus grande influence sur nos institutions nationales. Notre tâche doit se borner à exposer les quelques règles posées dans cette législation, dont notre législation moderne réfléchit peut-être encore l'ombre lointaine.

Les institutions judiciaires en vigueur sous les Mérovingiens, se prolongèrent sous le règne des Carlovingiens. Mais il faut noter ici en passant que le développement graduel de la juridiction ecclésiastique, vint exercer une grave influence sur la législation de cette époque. On sait que l'Eglise ne prononçait ni la peine de mort, ni la mutilation des membres : les peines du sang, *pœnæ sanguinis*, répugnaient à l'Eglise (*Décretales* de Grégoire, lib. V, tit. XVII, cap. IV). Les lois barbares ne pouvaient donc au point de vue de l'excusabilité et de la mitigation des peines, que gagner à cette bienfaisante influence.

Les monuments législatifs, de cette période, que nous avons consultés, n'offrent point une théorie nette et accentuée des cas de non culpabilité et des excuses ; cependant nous avons rencontré des textes nombreux qui se rapportent à notre sujet. Les voici dans l'ordre que nous suivrons, pour l'examen de la question, dans chaque chapitre de cette seconde partie. *Loi Salique*, loi des Bourguignons, loi des Francs Ripuai-

res, loi des Allemands, des Bavaois, des Lombards, des Visigoths, des Frisons, des Anglo-Saxons, des Saxons, Capitulaires des rois de la première et de la seconde race.

Période féodale et coutumière. — Vers la fin du x^e siècle, la France se trouve en pleine anarchie ; cette anarchie a commencé à la chute de la dynastie carlovingienne ; elle se continue pendant les deux siècles suivants. On voit alors se modifier les institutions des rois francs ; les Capitulaires disparaissent, et l'arbre féodal, qui depuis longtemps, étend lentement ses racines dans le sol, le couvre entièrement de ses immenses rameaux.

Ce n'est que vers le xiii^e siècle, époque remarquable où tout se prépare, où tout commence, où tout va naître, que la législation prend un nouvel essor. Les légistes, qui étudient alors avec ardeur le Droit romain, mêlent, quoique avec peu de discernement, il faut le reconnaître, ses règles antiques aux règles confuses des coutumes féodales, et jettent dans la jurisprudence, un élément nouveau qui la reformera, mais seulement après y avoir répandu une confusion passagère. L'idée du droit anime la société et circule dans toutes ses veines ; les institutions modernes jettent leurs premiers fondements ; la civilisation laisse percer ses premières lueurs.

Nous allons donc recourir aux documents qui contiennent l'expression de la législation de cette période féodale et coutumière ; nous pouvons dire que nous y avons trouvé une source très-importante du droit pé-

nal, et que les dispositions qui y sont relatives y tiennent une large place. Comme nous le démontrerons plus loin, nous recueillerons dans les textes, dans les traités coutumiers et dans les coutumes de cette période, les renseignements les plus précieux, les plus caractéristiques de chaque époque.

La transformation du droit germanique ne s'opéra pas de la même manière dans toute la France : il y eut les pays de coutume et les pays de droit écrit.

Pour les pays de coutume, Philippe de Beaumanoir, dans les *Coutumes de Beauvaisis*, et Bouteillier, dans sa *Somme rurale*, nous fournissent en quelque sorte le résumé de la période féodale et coutumière.

Mais nous ne trouvons point, dans le midi de la France, des auteurs qui reproduisent d'une manière générale, les lois qui régissaient les pays de droit écrit. Nous serons donc obligés de glaner un peu partout des textes se référant à notre matière.

Voici les principaux documents, où nous pourrions puiser des renseignements utiles :

Les *Libertates et Consuetudines Montispeüllani* (1204) ; les *Libertates et Consuetudines Carcassonne* ; la *Coutume de Bigorre* ; les *Statuta municipalia Arretis* ; le *Fors de Béarn* ; la *Coutume d'Aes* ; la *Coutume de Bayonne* ; la *Coutume de Toulouse*.

Période monarchique. — Dans cette période, nous allons étudier la législation pénale des xvi^e, xvii^e, et xviii^e siècles ; le royaume de France est déjà constitué, la couronne, dégagée de la féodalité, agit, d'abord contenue encore par le contrôle imparfait et par les

influences intermittentes des parlements et des Etats généraux ou provinciaux, puis libre de tout contrôle et presque absolue dans sa volonté.

Nous devons faire remarquer, que pendant l'ère monarchique la théorie de l'imputabilité et de la culpabilité, reposait en grande partie sur les principes du droit pénal romain combinés et complétés par des textes appartenant au droit civil (romain). Les criminalistes et la jurisprudence avaient établi ou conservé les distinctions multiples du *dokus* et de la *culpa*. La pénalité était plus ou moins forte, suivant la présence plus ou moins sensible de ces éléments de culpabilité.

Pendant la période monarchique, le droit criminel suivait encore péniblement la vieille ornière, et ne parvenait pas, malgré les efforts des législateurs à s'affranchir de la barbarie des siècles précédents. C'est qu'au lieu de secouer la tradition, et de demander aux sciences morales, à l'étude de l'histoire, les enseignements propres à vérifier leurs théories, les criminalistes du xvi^e siècle ont tous travaillé sur le même plan; ils n'articulaient jamais une proposition sans une phalange de noms, pour la fortifier et pour la défendre.

Cependant nous devons reconnaître, que l'étude de cette période, et des travaux de ces criminalistes n'est pas tout à fait sans profit. Les criminalistes auxquels nous venons de faire allusion, et dont nous citons les opinions dans cette seconde partie, sont Julius Clarus, Menochius, Farinacius, Imbert, Ayrault.

Les criminalistes français du xvii^e et du xviii^e siè-

cles, dont nous analyserons les travaux, sont Muyart de Vouglans, Jousse, Rousseau de Lacombe.

Nous rechercherons aussi, dans les ordonnances royales suivantes, les dispositions qui touchent aux cas de non-culpabilité et aux excuses : Ordonnance de Villers-Cotterets (1539); ordonnance d'Orléans (1560); ordonnance de Moulins (1579); ordonnance de 1629; ordonnance criminelle (août 1670).

TITRE I.

DES CAS DE NON IMPUTABILITÉ.

CHAPITRE PREMIER.

ALIBI.

L'alibi est un cas de non-imputabilité; c'est improprement qu'il a été appelé par nos anciens criminalistes, fait justificatif. En effet, par l'effet de l'alibi, il y a impossibilité physique, que le prévenu ait commis le crime dont il est accusé.

Boutteillier, livre I^{er} de la *Somme rurale*, dit que
« tu peux et dois sçavoir que alibi est un fait que qui
» le preuve, il respond et preuve à négation, si comme
» d'un fait dont on serait imposé dire a estre inno-
» cent par alibi de telle distance, que nullement on ne
» puisse avoir esté au lieu où il impose avoir esté fait,
» ou autrement ne vaut. »

Par l'ordonnance du roi Louis XII, 1498, art. 3,

« il est dict que seront faictes plus amples informations, recollements et confrontations de témoins pour la vérification de l'alibi, ou autre fait, si aucun y en a de recevable pour ou contre le prisonnier, le plus diligemment et secrettement que faire se pourra. »

Il ressort du passage de Bouteillier et du texte de l'article 3 de l'ordonnance de 1498, que l'auteur du fait devait démontrer, que sa présence au moment précis du fait, et au lieu où il a été commis a été physiquement impossible, parce qu'il a été vu à une trop grande distance.

Rousseau de Lacombe, *Matières criminelles*, p. 356, s'exprime ainsi : Alibi, et ailleurs : c'est la même chose; mais enfin, il faut que la distance des deux lieux forme une impossibilité physique dans l'action, et démontre que l'accusé ne pouvait pas être dans le lieu où le fait est arrivé, lorsqu'il fait connaître plus clair que le soleil qu'il était le même jour et à la même heure dans un autre endroit: il faudrait au moins une distance de vingt à trente lieues, car les simples présomptions ne peuvent pas former un alibi.

Cette question de l'alibi a donc préoccupé les anciens criminalistes, surtout pour la question de la distance, pour laquelle il leur était difficile de donner des règles; les uns ont cru qu'il fallait que l'accusé prouvât qu'il était à quinze lieues; d'autres ont voulu que ce fût à vingt ou plus. Mais la plus commune opinion, et la meilleure, il nous semble, était que cela dépendait des circonstances, de la qualité, de l'âge et

du tempérament de l'accusé : un jeune, disaient plusieurs, ferait dix lieues en poste, pendant qu'un vieillard, un valétudinaire, ou une femme, n'en pourraient faire deux ou trois; ainsi c'était au juge à décider de la possibilité de l'alibi. Certains criminalistes, imbus d'idées fausses à propos des preuves négatives, ont hésité à admettre l'alibi. Cependant il n'y a rien d'absolument négatif dans la preuve de l'alibi; tout, au contraire, est nettement spécifié, et c'est par une déduction logique que le magistrat en induit que l'accusé ne se trouvait pas au lieu du délit. Julius Clarus a très-bien formulé ce principe : « *Negativa non entis est improbabilis, secundum omnes, simplex et indeterminata; si tamen coarctetur loco et tempore, tunc æque probatur, ut affirmativo; quando scilicet testes deponunt ipsam negativam et reddunt rationem quod non potuissent esse vel fieri, quia ipsi testes vidissent, vel scivissent.* »

Il est question de l'alibi dans la *Caroline*, art. 47.

CHAPITRE II.

AGE.

Par rapport à l'âge considéré comme cas de non-imputabilité, voici ce que nous trouvons dans le chapitre II au titre 47, de la loi des Bourguignons. Quand les enfants des brigands n'ont pas atteint au moment de la perpétration de l'infraction l'âge de 10 ans, ils sont

regardés par la loi, comme irresponsables, et ne sont pas poursuivis, lorsqu'ils n'ont pas dénoncé leurs parents. « Hi veroscleratorum filii, qui perpetrati criminis tempore intra decimum ætatis annum invenientur, ab hac amittendæ libertatis condemnatione habeantur immunes. Quia sicut in tam parvâ ætate intellectus eorum scientiam commissorum a patre criminum non habebit, ita nec culpari poterunt, nec ingenuitatis, præjudicium sustinebunt; et sortem parentum vel facultatem filii, qui innocentes fuerint, vindicabunt. » (*Lex Burgundiorum*, t. XLVII. chap. III).

Nous trouvons encore une disposition d'un capitulaire de Louis le Pieux (819, de *interpretatione legis Salicæ*, t. V, Baluze, t. I, p. 618) dans laquelle, par rapport à l'âge, existe un cas de non imputabilité. Elle est ainsi conçue : « Si quis puer infra duodecim annos aliquam culpam commiserit, fredus ei non requiratur. » Ainsi dans ce capitulaire, l'enfant qui est au-dessous de douze ans n'encourt aucune responsabilité. Voici ce que nous dit à propos de l'âge, Beaumanoir dans ses Coutumes de Beauvaisis ch. XVI, § 10. « Quant enfes qui est sous aagiés fet aucun cas de crieme, on doit regarder la manière du fait et la discrétion qu'il a selon son aage; car il avient bien que un enfes de dix ans ou de douze, est si pervers ou si plains de malice, qu'il ne se veut atoner a nul bien fere. Etse un tex enfes fet un murdre par se volonté, ou par l'ennortement d'autrui, il doit estre jugiés; mais s'il faisait larrechin, il ne serait pas

» jugiées, car ses aages l'excuserait. Ne de nul cas de crieme noz ne creons pas que li enfes qui est sans aage ne perdit ne membre ne vie, fors que por mort d'omme ou de feme tant seulement. »

Il résulte pour nous de ce texte de Beaumanoir, que les enfants au-dessous de l'âge de dix ans, étaient toujours irresponsables. Au-dessous de l'âge de dix ans, ou de douze ans, il ne voyait dans l'âge qu'une simple excuse.

D'une disposition contenue dans l'art. 281 du Forz de Béarn, on peut conclure que les mineurs de 14 ans, n'étaient pas poursuivis pour vol. « Domani per costume que tale persona qui panara de VI soos Morlaas, ensuus de age de XIII ans, que aqueg atou se metut au pilloret, et aqui demore tant quant au Senhor, et aus juratz plazera, et pagui X soos Morlaas au profiet et barradura de la bielo, ale tant que la furt sie probat claramentz. »

La coutume de Bayonne regarde l'âge comme étant un cas de non imputabilité (t. XXVI, § 3).

Bouchel t. II, p. 333 s'exprime ainsi sur la question d'âge : « Jeunes enfants qui ne savent encore de mal, sont à excuser d'homicide. Car l'homicide ne peut être commis sans dol, malice et mauvais vouloir, qui ne se montre encore és jeunes enfants, pourtant s'ils tuent, aucun ne sont à punir en aucune manière, car les jeunes enfants sont excusés par innocence de conseil, ignorance de délibération et débilité d'aage par laquelle ils ne seavent, ne cognoissent ce qu'ils font, mais il faut icy entendre jeunes enfants qui en-

» core n'ont passé les sept ans, car ils ne sont alors » capables de dol, finesse, cautelle et tromperie. » Les enfants disent Julius Clarus (quest. 60, n° 2, et Farinacius, quest. 92, n° 46-50 et 115), c'est-à-dire ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de sept ans étant incapables de malice, et n'ayant point encore assez de raison pour savoir ce qu'ils font, sont entièrement exempts de crime, et par conséquent ne doivent être punis d'aucune peine.

Les criminalistes des XVI^e, XVII^e, XVIII^e siècles, reconnaissent tous, qu'il est un âge tellement peu avancé, que le discernement doit être déclaré d'une manière générale ne pas exister. A ces différentes époques comme aujourd'hui, une poursuite criminelle ne pouvait être dirigée contre un enfant; c'est ce que dit Muyart de Vouglans (Inst. au droit Criminel, part. 3, chap. IV, § 4). « Les enfants ou impubères, ne pouvant » commettre le crime, comme étant incapables de dol, » et de la faute nécessaire pour les former, sont exempts » d'accusation. »

La question de discernement devait nécessairement être examinée, jusqu'à l'époque où le sens moral acquiert tout son développement. On connaît l'épreuve à laquelle le juge soumettait l'enfant accusé de vol : il lui présentait une pomme et un écu ; si l'enfant prenait la pomme, il était déclaré *doli non capax*. Cette épreuve n'est pas à l'abri de la critique.

Avant de terminer ce chapitre, nous avons pensé que nous pouvions citer des règles remarquables et qui valent la peine d'être rapportées : ces dispositions

appartiennent à un monument important de la législation étrangère, aux *Partidas* du roi Alphonse.

Au-dessous de quatorze ans, un mineur ne peut pas être accusé de crimes relatifs aux mœurs, « car, dit » la loi, quand même un enfant de cet âge tenterait de » faire un acte de cette nature, il ne pourrait pas l'accomplir, et quand il en viendrait à bout, il n'aurait » pas le discernement nécessaire pour comprendre ou » bien savoir ce qu'il fait. »

Pour les autres crimes, tels que le meurtre, les coups et blessures, le vol, le législateur fait commencer l'âge de discernement à dix ans et demi, et encore la peine doit-elle être beaucoup plus légère que pour un adulte. Au-dessous de cet âge, il n'y avait lieu à aucune accusation légale. (*Partidas*, VII, ley. 9.)

On peut voir *Partid.*, VI, tit. XIX, ley. 4, que le législateur entend parler en première ligne de l'adultère ; on suppose, dans ce cas, que l'enfant de moins de quatorze ans n'a pas pu être corrupteur, et que sa coopération, si elle a existé, a été passive et inconsciente.

L'empereur Frédéric II dit aussi que l'enfant, à cause de l'innocence propre à cet âge, ne peut être coupable de meurtre. (*Constit. Sicular.*, lib. 1, tit. XIII.)

Dès le XIII^e siècle, la loi danoise n'avait pas vu de coupables au-dessous de quinze ans. (Kolderup-Rosenvinge, Grundriss, etc., p. 222.)

Le *Statut de Lucques* de l'an 1538, liv. IV, ch. LVIII, limitait la période d'irresponsabilité à dix ans et demi.

CHAPITRE III.

ALIÉNATIONS MENTALES. DÉMENGE. FOLIE IMBÉCILLITÉ.
AFFECTIONS MENTALES. IVRESSE. SOMNAMBULES.

Après avoir soigneusement exploré, les différentes lois barbares et les Recueils de Capitulaires, nous nous sommes assuré, qu'il n'existait aucune disposition, qui put nous éclairer sur ce point. Ce n'est que vers le XIII^e siècle, au commencement de la période coutumière de notre ancien droit français, que nous trouvons dans les recueils, que nous avons consultés, quelques passages relatifs à cette matière. On avait peut-être dès cette époque, et l'étude que nous en avons faite nous permet cette affirmation, des idées saines et justes sur l'aliénation mentale. Mais la science médicale n'en avait pas encore fait connaître toutes les variétés et toutes les nuances. La folie partielle, que nous désignons aujourd'hui sous le nom de *monomanie*, n'est caractérisée par aucune expression propre, et nous voyons qu'un seul terme exprime à la fois l'imbécillité et la démence.

Beaumanoir ne distingue que deux espèces de folie : l'une qui s'appelle folie naturelle, et l'autre désignée par le mot *forsennerie*. Les fous, dont veut parler Beaumanoir, quand il se sert de ces mots : « li fols naturel, » seraient, d'après nous, les idiots ou *mente capti* des Romains, ceux, en un mot, dont la folie est congé-

niale. Au contraire, l'expression « *forsennerie* » peut s'appliquer à toute folie acquise, et surtout à ce genre d'aliénation mentale, si connue des Latins, sous le nom de *furor*, mais scientifiquement appelée *manie*.

Dans la *Somme rurale*, Boutellier ne distingue pas d'ordinaire les variétés de l'aliénation mentale ; il les comprend toutes sous cette dénomination générale : la *forsennerie* ; il emploie aussi le mot *furiosité*.

« Mais, si aucun par maladie de chief ou de forsennerie qui luy prenne, se désespère, sçachez que pour ce le corps ne doit estre mené à justice, ne ses biens sont forfaitis ne confisquez, combien que les coutumiers en usent du contraire, et mènent le corps à exécution de justice, et confisquent les biens » (lib. II, t. XL, p. 869). Boutellier, dans ce passage, regarde le suicide du fou comme non imputable à l'agent, et veut que son corps soit à l'abri des peines qui frappent d'ordinaire les suicidés.

Voici encore au sujet de la *Somme rurale* de Boutellier, (l. I, t. XXIX, note e), une annotation de Charondas le Caron : « Mais les delicts qui se commettent par douleur ou collere, sont plus doucement punis, d'autant qu'ils sont passions de la fragilité humaine, qui offusquent la raison, comme Cicéron monstre en plusieurs lieux. »

Terminons nos citations relatives à la période coutumière par un passage emprunté au *Grand Coutumier de France* : « Et toutes fois les meffaits aggravent ou allegent les peines en sept manières ; la première pour cause de la personne, si comme..... quand aucun

» excès est fait par une personne folle ou yvre. »
(*Grand Coutumier de France*, l. IV, chap. 6, p. 536).

C'est surtout l'état de la jurisprudence, et les règles posées par les criminalistes des xvi^e, xvii^e et xviii^e siècles, que nous allons retracer, sans trop insister dans cette dernière partie du chapitre, qui a trait à la démence et à la folie.

La théorie de la démence était suffisamment exposée, mais l'application pratique laissait beaucoup à désirer. Les magistrats étaient embarrassés, lorsqu'on prétendait invoquer ce moyen de défense. Cela se conçoit facilement ; la science médicale des aliénistes étant fort peu avancée à cette époque, ne pouvait servir d'auxiliaire à la justice, et l'aider de ses lumières dans des questions si délicates.

Les criminalistes, avaient pris pour point de départ de leur théorie, ce principe de raison naturelle, consacré par le Droit romain, que l'acte d'un fou ne lui est pas imputable : « Si per furorem occiderit, impunitus » erit. »

Ils admettaient généralement, que ceux qui sont attaqués de cette maladie, n'ayant aucune volonté, ne peuvent être regardés comme criminels. La personne atteinte de folie ou de démence était protégée par le malheur qui l'avait frappée. Aucune peine ne pouvait être prononcée contre elle. Cette règle, que les crimes commis par les fous furieux ne sont point punis à lieu, même à l'égard des fous qui viendraient à recouvrer l'usage de la raison (*Farinac, Quest. 94*).

Il en serait de même (*Quest. 74, n° 3-10*), dans le cas où le fou aurait des intervalles lucides, mais il serait nécessaire de prouver que l'accusé était fou au moment où il a commis l'action.

Bouchel, dans son *Dictionnaire de Droit criminel*, t. II, p. 333, s'exprime ainsi : sont aussi à excuser d'homicide, les enragés, et gens qui sont hors de leur bon sens, qui par grande faute de sens sont enragés et se nomment frénétiques ; car tels ne sont en nulle manière punissables pour homicide, car leur malheur, pauvreté ou faute de sens, les excuse, ce qui les afflige et tourmente assez en eux-mêmes, sans qu'on les punisse par dehors ; car les délits et meffaits ne sont commis sans connaissance d'entendement, et de consentement. Pourtant, tout ce qu'ils font à un autre est tenu, estimé et réputé pour un malheur ou accident. »

Le même Bouchel, est non moins affirmatif dans d'autres passages, où il cite des exemples que nous ne croyons pas inutile de rapporter : « Les lois tant divines qu'humaines excusent les actes et forfaitets commis par les furieux insensés et mélancholiques, présumant n'avoir esté faicts par malice, délibération, ou de guet à pens ains par une imprudence, ou plus tôt rage et fureur. » Ici l'auteur rapporte que de son temps à Montauban, un avocat du nom de Testete et sa femme furent tués par un autre avocat appelé N. de Piscatoribus, leur voisin et leur intime ami devenu fou à la suite de jalousie ; un arrêt fut rendu, sur le rapport des médecins, et de Piscatoribus fut confié à la garde du sieur Merlanes, son proche parent, qui dut

prendre soin de sa personne et le surveiller sous sa responsabilité. Ce malheureux vécut encore vingt ans dans cet état, enfermé dans une chambre.

En l'an 1582, dit-il plus loin, un gros paysan des environs de Fronton, « au retour de sa folie qui avait » de grands intervalles, tua sa mère à coups de couteau, au moment où s'apercevant que les accès de » folie reprenaient, elle voulait le retenir et l'enfermer ; de quoi étant prévenu, il fut visité par des » médecins, qui déclarèrent dans un rapport qu'il était » fou ; il fut relaxé par arrêt de la cour, et remis aux » consuls du lieu, qui durent s'occuper de sa personne et le faire soigner. »

Ici se place une question qui doit appeler toute notre attention et que nous allons développer d'une façon complète, parce qu'elle nous servira à traiter plus facilement une question de même nature dans notre législation pénale actuelle. Nous faisons allusion aux règles de procédure suivies autrefois pour la constatation de la folie.

Le crime a lieu dans la folie, ou la folie est survenue depuis le crime.

Dans le premier cas, on appliquait les principes dont nous venons de parler.

On prouvait la folie par les discours, par les faits ou indices, et, par le rapport des médecins. Déjà on reconnaissait les services immenses que devait rendre la médecine en cette matière, et Zachias, en ses questions médico-légales (décis. 4, § 5), dit que le rapport des médecins était d'une grande nécessité, parce que

la folie étant une maladie du cerveau, le médecin pouvait se prononcer d'une façon plus sûre.

Le juge devait, 1^o interroger l'accusé en particulier ; 2^o le faire visiter par les médecins, auxquels il faisait prêter serment avant la visite et leur rapport ; 3^o faire une enquête des actes de folie, qu'il a faits pour savoir, si cet accusé a eu des intervalles lucides et si avant le crime il avait déjà eu des accès de folie ; les parents pouvaient demander cette enquête.

Dans le second cas, on suppose que l'agent était sain d'esprit, au moment où il a commis le crime, mais lors des poursuites dirigées contre lui, il est devenu fou. Ici on distinguait trois cas : 1^o la folie est survenue, avant que l'instruction du procès ait été achevée ; 2^o elle est survenue après l'instruction achevée, mais avant la condamnation ; 3^o elle n'est survenue qu'après la condamnation.

Dans le premier de ces trois cas, il fallait distinguer si l'instruction avait été déjà commencée, si l'accusé avait été entendu en ses défenses, avant que la folie fût survenue, de sorte qu'il ne restait plus à prendre contre lui que des conclusions, et à procéder à son jugement ; dans ce cas, il pouvait être condamné, mais seulement à une peine pécuniaire (Julius Clarus, *quest.* 60, n^o 7). Mais si l'instruction et la procédure n'étaient point encore achevées, lorsque cette folie est survenue, alors l'accusé, après que la folie avait été constatée, ne pouvait être condamné, même à une peine pécuniaire, parce qu'il est juste, qu'un accusé soit entendu en ses défenses avant de pouvoir être con-

damné; il n'y aurait pas lieu de lui donner un curateur, comme au sourd-muet, puisqu'il serait incapable de lui indiquer ses moyens de défense, tandis que le sourd-muet peut se faire comprendre par signes ou autrement (Muyart de Vouglans, *Inst. au Droit crim.*, p. 55).

Dans le second cas, la folie est survenue après l'instruction entièrement achevée, mais avant la condamnation. Jousse dit que, dans ce cas, la peine ne doit être que pécuniaire. Muyart (p. 656) admet qu'elle peut être corporelle ou pécuniaire, mais qu'elle ne doit point aller jusqu'à la mort.

Dans le troisième cas, enfin, où la folie survient après la condamnation, si la condamnation prononcée contre l'accusé est de quelque peine corporelle, elle ne doit point être exécutée, mais seulement quant à la peine pécuniaire et quant à la confiscation, s'il en a été prononcé quelqu'une, et il faut alors le condamner à être renfermé dans quelque maison de force. Tel était l'avis de Jousse; Muyart de Vouglans, a émis la même opinion; cependant, il n'admettait pas que l'accusé, devenu fou, depuis la condamnation, fut déchargé de la peine de mort; le crime qui lui était reproché était au nombre de ceux qui demandent une punition exemplaire, et pour lesquels l'ordonnance criminelle de 1670 voulait que le procès fut fait au cadavre, ou à la mémoire du défunt.

Il nous reste avant de passer à la législation étrangère, à signaler l'opinion des criminalistes par rapport à certains états pathologiques, que la science médicale

de nos jours a rattachés à l'aliénation mentale, et qui en sont en quelque sorte des variétés. Nous verrons aussi rapidement ce que pensèrent du somnambulisme et de l'ivresse quelques-uns de nos anciens auteurs, nous réservant de compléter nos observations et nos recherches sur ces questions, dans notre quatrième partie.

Bouchel prétend que de son temps, les hommes appelés Loups-garous, étaient des malheureux possédés de l'humeur mélancolique, maladie que les médecins d'alors désignaient sous le nom de *Lycantropie*; voici un exemple rapporté par lui: » Un habitant de la campagne, enclin à l'humeur mélancolique, pressé par la famine et voyant l'état de détresse de sa famille, devint fou et se persuada qu'en devenant loup, il pourrait en chassant nourrir sa famille; il revêtit une peau de loup, auquel pour mieux se transmuier et ressembler, et se mit à marcher à quatre pattes. Il courait ainsi les champs en hurlant; il enlevait les petits enfants qu'il mordait, étranglait et dévorait ensuite. Il fut pris un jour, et on découvrit que ce n'était pas un loup, mais un homme. Sur le rapport des médecins constatant son état de folie, il fut renfermé dans une prison, jusqu'au moment de sa guérison. » Voir aussi La Roche Flavin, arrêts notables du Parlement de Toulouse.

Somnambules. — Charlemagne dans ses capitulaires, dit que le somnambule homicide n'encourait aucune irrégularité; il était assimilé à l'enfant et à l'homme en démence (cap. *si furios*. Ext. de *Hom. volunt. vel casual*).

Les Clémentines portent au liv. V, t. IV, 1, de *Hom. volunt et casual.* « Si furiosus aut infans seu dormiens » hominem mutilat, seu occidat, nullam ex hoc irregu- » lariter incurrit. »

Bouchel dit, que *dormeurs qui tuent en dormant*, ne sont pas coupables d'homicide, parce qu'ils n'ont ni *sens*, ni *entendement*. Barthole, dit qu'il faut regarder comme malheureux, les faits qui commis pendant le sommeil, ne sont pas imputables à l'agent. Cependant s'il était prouvé que le somnambule nourrissait des idées de vengeance contre son ennemi, et s'il venait à le frapper mortellement pendant son sommeil, certains auteurs en concluaient que, c'était là une réalisation pure et simple des projets arrêtés pendant la veille ; ils prétendaient, que ceux qui connaissent leur état, devaient se renfermer la nuit, pour que toute action nuisible, fut ainsi évitée. Assurément la mesure recommandée était bonne, mais supposons qu'elle ait été omise, il n'en fallait pas déduire la culpabilité.

Ivresse. — Il est question d'ivresse dans un passage du Grand Coustumier de France, ch. VI p. 536, dont nous avons parlé plus haut. Bouchel ne voit aucune criminalité, dans l'homicide accompli dans un état complet d'ivresse.

Cas d'aliénation mentale dans la législation étrangère. — En traitant de la non-responsabilité en cas d'insanité, la loi des *Partidas* emploie encore une grande abondance de paroles, après lesquelles nous trouvons cette conclusion assez rationnelle : « Quand un pareil

» homme a fait une chose, pour laquelle un autre au- » rait été pris et mis à mort, s'il n'a pas agi dans son » bon sens, on ne doit pas le lui imputer à faute comme » on le ferait à l'égard de quelqu'un, qui aurait agi » dans la plénitude de son entendement. » (*Partidas* I, t. I, ley XXI, et *Partid.* VII, t. I, IX, *Ibid.* VII, ley. 3).

L'ivresse atténue le délit, suivant les *Partidas* ; c'est même quelquefois suivant cette législation, un cas de non-imputabilité. Ainsi « quand un homme qui a bu » avec excès, dit du mal du roi, il n'est nullement » punissable. » (*De regul. juris, lex* 184).

« Dans ce même état d'ivresse, si quelqu'un commet » un meurtre, au lieu d'être condamné à mort, il sera » relégué pour cinq ans dans une île. » (*Partid.* VII, II, ley. 6).

CHAPITRE IV.

CONTRAINTE.

Dans le droit germanique, il nous a été difficile de recueillir des dispositions se référant à la contrainte. Voici cependant un passage d'un capitulaire de Dagobert II (630, Baluze, t. I, p. 126) d'où résulte la non imputabilité, dans le cas de contrainte :

« Si quis oves in pignus contra legem tulcrit, taceat » de causâ pro quâ pignus tulit, et cum solido com- » ponat. Nisi forte ille homo alias res non habet per » quas possit pignus tollere, si nisi ipsas oves nihil

» aliud habet, non erit culpabilis, quia necessitas hoc
» compellit facere. »

Deux autres cas sont indiqués, le premier dans un capitulaire de Louis le Pieux, de 829 (Baluze, t. I, p. 672); le second dans un capitulaire de Louis le Bègue. (879, cap. 6, Baluze, t. II, p. 280.) Ce dernier cas est mieux caractérisé que le précédent.

A la page 320 du Commentaire de Soulatges, sur la Coutume de Toulouse, nous voyons la contrainte considérée comme cas de non-imputabilité, dans le cas suivant : La femme ne peut pas être accusée d'adultère par son mari, lorsqu'elle a été violée de force (et cela suivant la loi 13, § 7, et la loi 39 ff *ad leg. Jul. de adult.*) La contrainte (*justum impedimentum*) mettait à l'abri de toute peine, celui sur lequel elle avait pesé. (*Statuta municipalia Arclatis*, art. 1, § 4.)

Quant à l'ancienne Jurisprudence générale, en matière de contrainte, à défaut de textes suffisants dans les ordonnances, elle construisait sa doctrine théorique sur ceux du droit romain, qu'elle empruntait indifféremment, soit aux matières civiles, soit aux délits privés, fort peu au véritable droit pénal public. (Lois 6 et 9, IV, II : « Quod metus causâ gestum erit. » D. — Lois 2 et 3, D. IV, VI : « Ex quibus causis majores » in integrum restituuntur. » — Loi 13, II, IV : « De transact. » — Loi 9, II, XX : « De his quæ vi » metusve causa gesta sunt. »

Voici, au sujet de la contrainte, ce que dit un ancien criminaliste, Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 34, qui énonce les conditions dans lesquelles

on devait se trouver, pour que la contrainte constituât un cas de non imputabilité : « Toutes sortes de » craintes et de violences, dit-il, ne sont pas capables » d'exempter de crimes et de peines; il faut qu'elles » soient justes, et fondées sur des causes graves et ca- » pables de faire des impressions assez fortes, pour que » l'homme le plus ferme en fût ébranlé. »

C'était aussi, comme nous l'avons déjà vu, la définition des jurisconsultes romains : « Vani timoris ex- » cusatio non est. (Loi 184, D. *De reg. Juris.*) Metum » autem non vani hominis, sed qui merito et in homi- » nem constantissimum cadat. » (Loi 6, Dig. *Quod metus causa.*)

La force et la violence ne se présument point, c'était à celui qui alléguait ces faits, à les prouver par des conjectures et par les circonstances de l'action.

Dans un titre des *Partidas* (*Partid.*, VII, XXXIII, *ley. 7*), il est dit qu'on peut être déchargé de toute responsabilité morale, pour avoir obéi à une force majeure : « Ce qui peut ôter toute criminalité à un acte, » c'est ce qu'on appelle en latin *metus*, et ce qui se » traduit en langue vulgaire par la crainte de la mort, » ou des tortures du corps, ou de la perte de la liberté, » ou d'une flétrissure à subir; enfin toutes les espèces » de craintes qui, comme nous l'avons dit ailleurs, » sont de nature à annuler les conventions et les juge- » ments, et qui peuvent faire impression, non seule- » ment sur les plus faibles, mais sur les plus forts; il » n'en est pas de même des craintes que l'on pourrait » appeler vaines, etc. »

CHAPITRE V.

IGNORANCE. ERREUR.

Dans la loi des Bavares (chap. VI du titre XIX), il est dit que, si un juge a rendu une sentence injuste par erreur, il est à l'abri de tout reproche; il n'y aura pas pour lui de faute imputable. Ce texte est ainsi conçu : « Si vero nec per gratiam, nec per cupiditatem injuste judicaverit, iudicium ipsius quo errasse cognoscitur, non habeat firmitatem; iudex vacet a culpa. »

La loi des Wisigoths (lib. II, t. I, chap. XX,) renferme une disposition conçue dans le même sens : « Si autem per ignorantiam injuste judicaverit et sacramento se potuerit excusare, quod non per amicitiam vel cupiditatem, aut per quodlibet commodum sed tantummodo ignoranter hoc fecerit, quod iudicavit non valeat, et ipse iudex non implicetur in culpa. »

Il nous a semblé voir un cas d'ignorance de fait au chapitre I, t. VI : « De conjugiiis ignoratis, lex Frisionum. »

Dans un capitulaire de Dagobert II, de 630, Baluze (tome I, p. 606) « le iudex qui per errorem injuste judicaverit », est déclaré non coupable.

Il est question d'ignorance, dans plusieurs passages des Capitulaires (voir Baluze, tome I, p. 118, 155, 890), « Si quis de iure nesciens aliquid emerit, quærat accepto spatio furem. Quem si non potuit invenire,

» probet se sacramento et testibus innocentem, et rem restituat, et furem quærere non omittat. »

A propos de l'ignorance, et de l'erreur de droit en matière pénale, Beaumanoir, dans les Coutumes de Beauvaisis, s'exprime ainsi, (p. 448, n° 94, t. I). « On doit moult secorre les negligens qui ne sovent pas les coutumes. » Et plus loin (tome II, p. 63, n° 6) : « On se doit peure plus près en jugement d'assaure (absoudre) que de condamner, quand cil que le defend, met en se deffense, cause de bonne foi » (t. II, p. 63, n° 6).

Les §§ 9 et 12, chap. XXX, des *Meffès*, ont trait seulement à l'ignorance et à l'erreur de fait. Nous pouvons faire la même observation pour le § 7, des *Larrechins*, etc.

L'ignorance et l'erreur de fait sont clairement établies, comme excuses dans divers cas par la *Somme rurale*, v. chap. XXIX, l. I, § *Pour cas d'aventure*, et § *Quand plusieurs sont à un délit*.

Les *Statuta municipalia Arelatis* regardaient comme exempte de culpabilité la conduite de celui qui, à son insu, donnait l'hospitalité au *fur* et au *latro*, ou faisait ou employait une *cartulam falsam* (art. 24 et 30).

La Coutume d'Acs contient une excuse légale reposant sur l'ignorance et sur l'erreur (*Coutume d'Acs*, t. XIII, § 5).

Les anciens criminalistes, pour l'ignorance et l'erreur soit de fait, soit de droit, avaient adopté les principes de la doctrine et des lois criminelles de Rome, en les mélangeant de certains textes du droit civil. Le

pouvoir arbitraire des juges leur permettait de s'appuyer largement sur l'intention de l'agent, et la théorie compliquée du *dolus* et de la *culpa*.

Nous croyons devoir rappeler quelques-uns des principes qu'ils ont posés.

L'ignorance et l'erreur de droit peuvent contribuer à faire diminuer la peine, dans les crimes et délits (Farinacius, *Quest.*, nos 94 et suiv.).

Lorsque l'ignorance de droit a lieu à l'égard de choses défendues par le droit naturel ou divin, ou par le droit des gens, elle ne peut excuser du dol (Farin., *Quest.*, 90, nos 98-101).

L'ignorance et l'erreur de droit ne se présument jamais, et c'est à celui qui l'allègue à le prouver; ce qu'il peut faire par des indices et autres conjectures (Farin., *Quest.*, 90, nos 105-107).

A l'égard de l'ignorance de fait, quelque grossière qu'elle soit, elle excuse toujours du dol, et par conséquent de la peine; par exemple, si on trouve quelque chose qu'on croit être à soi, et qu'on l'emporte, et que cette chose se trouve être à autrui. Il en est de même si, voyant quelque chose de loin remuer dans un bois, et croyant que c'est un animal, je tire sur lui, et que je tue un homme sans le savoir (Farin., *Quest.*, 90, no 94).

TITRE II.

CAS DE JUSTIFICATION.

CHAPITRE PREMIER.

LÉGITIME DÉFENSE.

Il est question de légitime défense au chap. XIX, tit. VI, lib. VI, loi des Wisigoths, en matière d'homicide et de parricide. Si pater filium, aut mater filiam, » aut filius patrem, aut frater fratrem, aut quemlibet » sibi propinquum, gravibus coactus injuriis, aut » dum repugnat, occidit, et hoc idoneis testibus, quibus merito fides possit adhiberi, apud judicem potuerit approbare, quod parricidium, dum propriam » vitam tuerit admiserit, securus abscedat, nec ullum » vitæ periculum, aut dispendia facultatum, vel tormenta formidat, illa discretionem servata, quæ in » cunctis casibus est de homicidiis constituta. » Dans ce passage de la loi des Wisigoths, le cas de justification tiré de la légitime défense est nettement caractérisé.

On peut tuer impunément le voleur de jour quand il » se défend. « Fur qui per diem se gladio defensare » voluerit, si fuerit occisus, mors ejus nullatenus requiratur (loi des Wisigoths, VII, II, XV).

On a le droit de tuer le voleur de nuit (défense des biens. « Fur nocturnus captus in furto, dum res furti-

» vas secum portare conatur; si fuerit occisus, mors
» ejus nullomodo vindicatur » (loi des Wisigoths, VII,
II, XVI).

Il est permis de faire périr, celui qui viole le domicile
avec armes.

« Si quis evaginato gladio, vel quolibet genere
» armorum munitus, præsumptivo modo in domum
» alienam intraverit, cupiens dominum domus occi-
» dere, si ipse fuerit occisus, mors ejus nullatenus
» requiratur » (loi des Wisigoths, VI, IV, II).

La loi des Allemands, au chap. 107, § 1, nous offre
un cas de justification reposant sur la légitime défense.

« Si quis res alienas, aut ecclesiæ malo ordine invaserit,
» et alius facienti violentiam repugnaverit, is nullum
» crimen admittit; quia non facit violentiam, qui vim
» repellit, aut qui malè agenti contradicit. »

Les décrets « Tassilonis ducis » contiennent un cas
de légitime défense, de *popularibus legibus*, § 3. « Ut
» si quis domum tam liber, quam servus alterius effo-
» dierit, et ibi occisus fuerit, sine compositione in sua
» damnatione permaneat. Si autem suppellectilia abs-
» tulerit, de eadem domo, et eo fugiente in curtem,
» vel extra curtem hic qui damnum tulit, consequere-
» tur, et interfecerit, pari subiaceat sententiæ, » etc.

Parmi certains passages des lois des Lombards, nous
citerons un texte qui forme le *principium* du chap. XX,
du livre IV, des lois de Luitprand.

Il est question dans cette disposition de la légitime
défense.

Le passage est ainsi conçu : « Si quis liber homo

» se defendendo hominem occiderit, et si probatum
» fuerit, quod se defendendo liberum hominem occi-
» derit, sic eum componat, sicut in anteriore edicto
» continetur, quod Rotharis gloriosissimus Rex insti-
» tuit. »

Un capitulaire de Dagobert, II, 630; Baluse, t. I,
p. 90, reproduit un cas de justification tiré de la légi-
time défense, emprunté à la loi des Allemands.

Le cas de justification de la légitime défense, est
formellement constaté par Beaumanoir.

En indiquant les cas où l'on peut tuer sans être
poursuivi, Beaumanoir dit qu'il y a deux cas : dans le
cas de guerre et dans le cas de légitime défense, « si
» est de tuer autrui, sor soi deffendant. Mestre autrui
» a mort, sor li deffendant, est quant aucuns ne se
» done garde, c'on le doie assalir, et on l'assaut par
» haine, ou par roberie, ou à la requeste d'autrui par
» loier. Le cil qui en tel manière est assalis, voit qu'il
» getant ali, sans merci, caus qui portent peril de
» mort, et est si apressés, qu'il ne se pot mettre a ga-
» rant, il li loist a li deffendre; et se il, en soi deffen-
» dant, en met aucuns à mort, on ne l'en doit riens
» demander, car il le fet por la mort esquiver. Et s'il
» est appelés en jugement, sor celx ocizion, il pot bien
» venir avant, et atendre droit : mais qu'il puist bien
» estre prové qu'il le fit sor li deffendant, si comme dit
» est. » Les conditions dans lesquelles doit se trouver
celui qui est l'objet de l'agression, sont parfaitement
décrites, comme l'indique la fin du passage, celui qui in-
voque l'état de légitime défense doit en faire la preuve.

Voici la doctrine de Bouteillier dans sa *Somme rurale* :

« S'il advient que...., les assalis, en eux deffendant, navrent ou tuent aucun des assaillieurs, sachez que par raison escriite amender ne le doivent les assalis..... en justice. » (Bouteillier, II, XL, §, *d'Assalir sur son lieu*).

Voici encore d'autres passages du même auteur, relatifs à la légitime défense : « Encores y a autre decretale qui dit que celui qui occist le larron en emblant, ne doit porter pénitence.

» Encores y a-t-il, loy de civil qui veut que qui occist un larron en emblant, qu'il n'en soit à nulle peine, par especial, quand c'est de nuit (II, XL, §, *d'occire le larron en emblant.*) »

Dans le Fors de Béarn, nous voyons que l'assaut de la maison, peut donner naissance au droit de légitime défense. (Fors de Béarn, art. 23.)

Au sujet de la légitime défense, la Coutume d'Acs, s'exprime ainsi : « Si en se départant ou en se deffendant, l'on fait blessure, ou playe, celui qui fait la playe n'encourt aucune amende. » (Coutume d'Acs, XIII, § 5.)

La Coutume de Bayonne parle aussi de la légitime défense. (XXVI, § 9.)

Dans l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), il est question de légitime défense (art. 168.)

L'art. 2 du titre XVI de l'Ordonnance criminelle de 1670 (août 1670) fait mention de la légitime défense.

La théorie de la légitime défense est une de celles qui furent le mieux comprises des anciens crimina-

listes. Jamais on n'a contesté à celui qui est victime d'une attaque, le droit de la repousser par la force. Nous avons vu, dans notre première partie, que les jurisconsultes romains n'avaient pas manqué de signaler les conditions de légitimité, que devait remplir cette défense, lorsqu'elle avait pour résultat la mort de l'agresseur. Nous venons de constater plus haut, que les Coutumes et les Ordonnances s'accordaient à proclamer l'exemption de la peine, au profit de celui qui est obligé de lutter pour défendre sa personne.

Les anciens criminalistes admettaient aussi, que le droit de légitime défense pouvait être exercé pour repousser une attaque injuste dirigée contre la personne, les biens, l'honneur, et qu'il était même permis de prendre, dans certaines circonstances, la défense d'autrui. Muyart de Vouglans autorise, en pareil cas, la défense des proches ; il admet que le père peut être légitimement défendu par son fils, le fils par son père, la femme par son mari, le maître par son domestique.

Voici les conditions prescrites par les anciens auteurs, pour exercer le droit de légitime défense : Quand l'agression est dirigée contre la personne, on peut tuer l'agresseur lorsque la vie est en danger ; mais celui qui vient invoquer la légitime défense, doit prouver qu'il a été attaqué, et avec un tel avantage de la part de l'agresseur, qu'il était impossible de sauver sa vie, autrement qu'en le tuant. A ce propos, Damhoudère conseille la fuite si elle est possible (ch. LXXVI, n° 9), tout en faisant une distinction, qui met en lumière un curieux trait de mœurs : Cependant, dit-il, si vous appartenez

à une nation qui regarde la fuite, comme une action déshonorante, si, par exemple, vous êtes citoyen de Pérouse, ne fuyez pas, et frappez, les magistrats vous acquitteront; si, au contraire, vous êtes Florentin, fuyez, et ne vous laissez pas frapper par derrière. Il fallait encore prouver, que la mort avait été donnée sur le champ pour repousser l'attaque, de sorte qu'elle était le résultat de la défense et non de la vengeance.

Il était aussi permis de tuer le voleur, qui s'introduisait avec armes dans une maison, lorsque, ne tenant aucun compte des cris « Au secours ! » il persistait dans son dessein; on pouvait être porté à croire que ce n'était pas un voleur vulgaire, et qu'il ferait usage de ses armes.

Quant au malfaiteur, qui pénétrait dans une maison la nuit, comme nous l'avons vu en droit romain, les anciens auteurs étaient d'avis, qu'il était permis de le mettre à mort, parce qu'on ne connaît pas ses intentions.

Il était licite, autrefois, de donner la mort pour défendre son honneur; pour éviter un soufflet, on avait le droit de tirer l'épée: la perte de l'honneur était considérée comme aussi grande, que celle de la vie et des biens; alors, comme aujourd'hui, l'honneur et la bonne réputation étaient préférés à l'argent.

Une circonstance plus grave, était celle assurément où l'honneur d'une fille était en jeu. Celui qui tuait l'homme qui voulait porter atteinte à l'honneur d'une fille, devait rester impuni. Les anciens criminalistes étaient, sur ce point, d'accord avec la loi romaine

qu'ils prenaient si souvent pour guide: « Qui stuprum » sibi, vel suis per vim inferentem occidit, dimittendus est (l. 1 § 4 ad leg. Cornet.).

Nous citerons, pour terminer, ce qui est relatif à la légitime défense dans notre ancien droit français, un arrêt du Parlement de Toulouse, du 2 juin 1582. Une mère, qui avait tué d'un coup de couteau un capitaine qui voulait violer sa fille, fut mise en liberté et obtint même une réparation sur les biens du ravisseur.

Plus la police sociale est imparfaite, plus on laisse le champ libre à la défense individuelle.

Celui qui tue sciemment, disent les *Partidas* (*Partidas*, VII, tit. VIII, l. 2), un homme, soit libre, soit esclave, doit subir la peine de l'homicide. Mais il en sera autrement, s'il a vu venir contre lui l'homme qu'il a tué avec un instrument tranchant, épée, pierre, épieu ou autre arme quelconque, car il aurait pu arriver que s'il avait attendu d'être frappé le premier, il n'aurait plus pu se défendre ensuite.

Un peu plus loin, les *Partidas* permettent de tuer le voleur de nuit, ou l'incendiaire nocturne de maison, de moissons ou d'arbres (*Partid.* VII, lit. VIII, ley 3).

Les *Partidas* semblent admettre dans cet article, que l'on peut tuer non seulement pour se défendre soi-même mais pour défendre un tiers.

La *Caroline* traite de la Légitime défense, dans les art. 139, 143, 150, 154.

CHAPITRE II.

ORDRE. PERMISSION DE LA LOI. D'UN CHEF LÉGITIME.

Dans la loi des Lombards, au titre 89, se trouve un passage qui justifie l'arrestation des malfaiteurs.

Il est permis de tuer l'esclave en fuite, que l'on poursuit et qui résiste. On sera à l'abri de toute action.

L'ordre du maître, justifie certaines infractions de l'esclave (lib. VI, tit. XL, cap. IV *in fine*, Loi des Wisigoths).

Dans le même ordre d'idées, nous trouvons cette disposition vraiment remarquable au lib. VII, tit. II, cap. 5, l. des Wisigoths, à propos du vol, que l'esclave restera impuni s'il a agi d'après les ordres de son maître. « *Servus autem ideo erit idempnis, quia Domini jubentis obedivit imperiis.* »

Il en est de même en matière de plagiat (lib. VII, tit. III, ch. V): « *Si servus ingenuum plagiaverit, ex jussione domini, ipse dominus compositionem, quæ est de ingenuis constituta compellatur implere: ita ut dominus centum flagella publica suscipiat, et servum jussa complentem molestia non attingat.* » Le texte est formel, et nous dispense de tout commentaire.

Ceux qui auront commis des *invasiones* et des *dirptiones*, pour obéir à leur patron ou à leur maître, ne seront pas regardés comme coupables, « *culpabiles haberi non poterunt, quia non suo excessu, sed majoris imperio, id commississe probantur* » (loi des Wisigoths, lib. VIII, t. I, c. I).

L'ordre de la loi justifie d'avance les résultats du duel judiciaire (t. XCIV, loi des Allemands).

L'ordre d'un chef légitime, justifie le vol et le pillage du subordonné en campagne (t. II, cap. V, § 4, loi des Bavares).

Celui qui aura tué, pour obéir au roi ou à son chef légitime ne pourra être poursuivi (t. II, cap. VIII, § 4, loi des Bavares).

Dans un Capitulaire de Charlemagne, de 789, il est dit qu'on ne peut tuer un homme, que lorsque la loi le commande, et non *occidatur homo, nisi lege jubente*. (Baluze, tom. I, p. 236, 548, 770, 991.)

Un cas de justification tiré, de l'ordre du roi, d'un chef légitime, se trouve dans un Capitulaire du roi Dagobert II, 630 (Baluze, tome I, p. 404).

Les Capitulaires des rois Carlovingiens reproduisent ce passage.

Voici les cas de justification fondés sur la permission de la loi, que nous pouvons signaler dans les Coutumes de Beauvaisis: « En son fief, put bien li gentix hom »
» tenir armes, qui se doute, et ses amis avec ques li, mes »
» qu'il ne mefface à autrui; ains le fait proprement, et »
» por son corps garder et défendre comme par guerre »
» aouverte ou por manaces qui lui ont esté faites. (Des »
» *Meffès*, § 35). Se li borgeois ou cil de poeste..... ne »
» volent requerre, ou ne daignent requerre, et ils ont »
» meffet ax gentils homes et li gentil home s'en vengent, »
» on ne lor en doit rien demander. (*Des guerres*, § 6), »
» Voici un cas de justification qui est très-important: »
» Il est commun portis à toz que la justice luis puist

» penre, por cas de crime et abus, et lois, et avant
» tuer, s'ils se deffendent, (*por*) qu'ils n'escapent (*Des*
» *Meffès*, § 61). » Ce principe est largement appliqué
pour la poursuite de la capture des coupables : « Il est
» commun porfis que cascade soit sergans et ait pooir
» de penre et d'arrester les malfaiteurs. » (*Des Lar-*
rechins, § 14).

Il est question de l'ordre, ou de la permission de la loi dans la Somme rurale, à propos de l'homicide sous commandement de justice.

Les dispositions relatives à l'ordre, ou à la permission de la loi, sont assez nombreuses dans les *statuta municipalia Arelatis* ; l'article 14 justifie celui qui porte des armes dans certaines conditions ; l'atteinte à la liberté individuelle des meurtriers est protégée par l'autorisation de la loi (art. 49).

« Cum homo juste occidetur, lex eum occidit, non » tu. Corpus juris Canonici, decreti secunda pars, causa » 23, quest. 5, cap. 41, prin. 1, § 2. » Ce texte explicite était aussi juste en droit pénal, qu'en droit Canon. Il est évident en effet, que l'ordre ou la permission de la loi justifie la conduite de l'instrument, qu'elle emploie ou autorise.

Bouchel (t. II, p. 334), nous dit : « qu'il est permis » de tuer le banny, ou autre ennemy du pays, lequel » le juge ordonne d'estre tué. »

Il est permis de tuer par charge, et autorité du juge, ainsi que font les bourreaux et officiers de hautes-œuvres. (Bouchel, p. 332, t. II).

TITRE III.

EXCUSES ABSOLUTOIRES.

CHAPITRE I.

DROIT CONCÉDÉ AU MARI OU AU PÈRE EN MATIÈRE D'ADULTÈRE.

Les cas de justification établis sur la permission, ou l'autorisation de la loi, se trouvent dans une foule de textes de la loi des Wisigoths : par exemple en fait d'adultère par viol, ou du consentement de la femme, le mari peut faire ce qu'il veut des coupables (lib. 3, t. IV, cap. 1, 3).

« Si quis uxori alienæ adulterium intulerit violen- » ter, si ipse adulter filios habens legitimos talia per- » traverit, ipse solus absque rebus addicatur marito » mulieris. Si autem filios legitimos non habuerit, » quibus facultas sua deberi legitime possit, cum om- » nibus rebus suis in potestatem mariti mulieris de- » veniat, ut in ejus potestate vindicta consistat, quod si » mulieris fuerit fortasse consensus, marito similis sit » potestas, de his faciendi quod placet.

« Si cujuslibet uxor adulterium fuerit, et depre- » hensa non fuerit, ante judicem competentibus signis, » et indicibus maritus accuset. Quod si mulieris adul- » terium manifeste patuerit, adulter et adultera se- » cundum superioris legis ordinem ipsi tradantur I ut

» quod de eis facere voluerit, in ejus proprio consistat » arbitrio. »

Le mari qui donne la mort à sa femme, et au complice de cette dernière « ne perd ne cors, ne avoir » quoiqu'il n'ait pas surpris les coupables en flagrant délit d'adultère, pourvu que ceux-ci se fussent enfermés pour être à l'abri de ses regards et de son courroux. (Beaumanoir, *Des Meffes*, §§ 102, 103). Il faut observer que le mari ne devait pas laisser passer le fait présent.

Le mari ou le père, nous dit Bouteillier (Somme rurale, p. 275), « qui trouveroit un autre couché avec sa femme ou sa fille, par l'ire qu'il a et peut avoir, peut mettre à mort hastivement et incontinent celui que ainsi trouverait, sans porter peine ciminelle ni civile. »

La Coutume de Toulouse (3^{me} partie, p. 322), nous enseigne que les lettres de rémission étaient facilement données au mari qui avait frappé à mort, les coupables surpris en flagrant délit d'adultère.

Examinons les dispositions des *Partidas*, en matière d'adultère. L'honneur de la famille, en Espagne, n'était pas seulement sous la garde du mari : il était confié surtout au chef de famille, c'est à dire au père, et après la mort du père, au fils aîné.

Si le père trouve dans sa maison, dit le *Fuero real* (IV, VI, ley. 6), quelqu'un couché avec sa fille, il peut, sans encourir aucune peine, la tuer ainsi que celui, avec qui il l'a prise en flagrant délit. Il peut aussi ne tuer, que l'un des deux complices et laisser aller

l'autre. Le frère de la sœur qui n'aura point de parent, ou le plus proche parent, qui l'aura recueilli dans sa maison, aura le même droit et le même pouvoir.

Voici comment statue le *Fuero real* par rapport au mari : Si une femme, *casada*, commet un adultère, elle et son complice doivent tous les deux être mis entre les mains du mari, qui en fera ce qu'il voudra, ainsi que de leurs biens ; mais il ne peut pas tuer l'un et laisser l'autre. (*Fuero real*, IV, VII, ley, 1 et 2.)

En matière d'adultère, quand le mari pardonne à sa femme, l'action judiciaire n'est plus possible ; le droit d'accuser s'éteint. (*Partidas*, IV, IX, ley. 6.)

Le mari qui trouve un homme de basse naissance dans sa maison ou dans un autre lieu, couché avec sa femme, peut le tuer sans encourir aucune peine. (*Partidas*, VII, XVII, ley. 13.)

Voici ce que disent les *Partidas* par rapport au chef de famille : Le père, surprenant sa fille mariée en flagrant délit d'adultère, dans sa maison ou dans celle de son gendre, peut la tuer, ainsi que l'homme qui est avec elle ; mais il ne peut pas tuer l'un des deux et pardonner à l'autre. Le législateur des *Partidas* en donne les raisons, que nous avons trouvées en droit romain. Il refuse, et en cela il suit l'exemple du droit romain, ce pouvoir au mari.

Néanmoins, disent les *Partidas*, dans le cas où le père n'aurait tué que le complice de sa fille, et aurait pardonné à celle-ci ; dans le cas où le mari aurait tué sa femme trouvée avec un autre, et cet autre aussi, ce père et ce mari ne doivent pas être punis, comme pour

un homicide ordinaire non excusable. (*Partidas*, VII, XVII, ley. 44.)

CHAPITRE II

PROVOCATION.

Au sujet de la provocation, nous trouvons, au tit. 77 de la loi des Ripuaires, une disposition très étendue, qui établit dans divers cas, une excuse absolutoire. Le tit. 77 indique les conditions, qui doivent être remplies dans ce cas, si l'on veut éviter d'être déclaré coupable d'homicide.

Beaumanoir nous enseigne, que la violence de l'insulte met à l'abri de toute peine, celui qui s'est vengé par « grand ire ; » au sujet d'un cas particulier, il s'exprime ainsi : « ... Cil a qui tel vilonie fu dite, en » quoy aussitôt en si grant ire qu'il saca un coutel, » et ocist celi qui le vilonie lit at dite... et il fu déli- » vrés par jugement par le bon roy Philippe et par » son conseil. » Puis il ajoute, que si un pareil fait se représentait, « cil qui occirait en tel cas n'en perdrait » ne corps, ne avoir. » (Beaumanoir, Coutume de Beauvaisis, chap. des *Meffès*, § 401.)

Dans les « libertates et consuetudines Montispesulani, » le § 9 contient une excuse légale de provocation : « Plenam habent, et habere debent potestatem et licentiam ulciscendi suâ propriâ auctoritate. »

La Coutume de Bigorre admet, dans le passage suivant, l'excuse de provocation : « Nemo rusticorum mi- » litem cognitum invadat, nisi domum ejus cremaverit, aut boves abstulerit. » (Coutume de Bigorre, § 41.)

La Coutume de Bayonne parle de la provocation, au tit. VI, § 10.

Il est question de provocation par injure, dans la Coutume de Toulouse. (Commentaire de Soulatges, 1^{re} partie.)

CHAPITRE III.

CAS OU L'INTENTION FAIT DEFAUT.

La loi des Ripuaires prenait en considération la volonté des prévenus ; il est en effet question de l'intention au titre 70 § 1 *in fine*.

Ce passage, nous devons l'observer, ne vise qu'un cas particulier. La loi des Bourguignons, fait une large part à l'intention de l'agent ; elle émet en effet ce principe général : *quod casus operatur, non debet ad damnum aut inquietatem hominis pertinere* (18, I, II).

Nous trouvons ce principe, confirmé par le titre 44, cap. 2, pour incendie fortuit. Il est déclaré dans ce chapitre, que celui qui a allumé le feu dans son terrain, est à l'abri d'une demande en dommages, pour le préjudice causé, lorsque le feu s'est communiqué à la haie, ou à la moisson du voisin.

Ce même principe est confirmé par le titre 46, à

propos de meurtre. Il s'agit dans ce chapitre d'un individu, qui a tendu des pièges, pour tuer des loups; s'il a rempli les conditions requises par la loi, c'est-à-dire s'il a fait savoir à ses voisins, d'avoir à prendre leurs précautions, et de ne pas être imprudents, si après ces avertissements salutaires, il arrive un accident, il y a mort d'homme ou blessures, l'individu sera à l'abri de toutes poursuites.

Dans la loi des Wisigoths, de nombreux passages se réfèrent à l'intention de l'agent, notamment à propos d'homicide involontaire. Au livre 6, tit. 5, chap. 1^{er}, *De caede et morte hominum*, il est dit, que celui qui tue un homme sans avoir l'intention de commettre un meurtre, est à l'abri de toute peine.

Il en est de même, dans le cas où quelqu'un *dum non vidit venientem, vel prætereuntem ignorando occiderit*. S'il n'y a entre ces deux personnes, aucune cause d'inimitié, le meurtre est involontaire. Le chapitre III est conçu dans le même sens. Les chapitres 7, 8, 9 et 10 qui ont trait au meurtre commis en jouant ou par imprudence, contiennent à peu près les mêmes dispositions. Dans ces derniers cas, l'absence de projet coupable met le prévenu à l'abri de toute peine (du moins d'ordinaire) et sauf des dommages civils.

Voici ce que dit Beaumanoir, à propos de l'absence d'intention.

Dans un texte, où il s'agit de guerre entre *gentes hons*. « Je suis avec un des miens, por li aidier à » se guerre, et nostre anemi noz queurent sus; et en » moi défendant, je quide tuer un de mes anemis et je

» tue un de mes amis..... por ce m'en doit-on rien,
» demander en pareil cas. (Beaumanoir, Coutumes de
» Beauvaisis), chap. 49, § 2). Il en est de même du
» meurtre involontaire commis par le bons (qui) trait
» avec autres à estaques, ou par eix qui traient à oziax,
» ou à bestes sauvages (eod. § 3), ou par cil qui coupe
» un arbre (eod. § 4). Celui qui a son enfant mort par
» malvèse garde est exempt de peine (eod. § 5),
» comme celui qui a occasionné « mors, méhaignage
» ou afoture » quand il est « à perte coze que ses ce-
» vaux l'emportast par dure gole, ou par desroi
» (eod. § 6). On peut en dire autant du cas où quel-
» qu'un est tué « ou par juer os bares ou par autres
» autres jus (eod. § 17). »

Il y a bien d'autres textes dans Beaumanoir, où règne le même esprit, notamment dans le chapitre des cas d'aventure (§§ 18 à 28), dans celui des Meffes (les §§ 42, 44, 30).

Bouteillier parle du défaut d'intention, dans le passage suivant : « L'homicide en personne d'autrui en » action criminelle engendre, si ce n'est que le faiseur » puise avoir pour luy exception..... par aventure » resnable (Somme rurale, lib. I, tit. 39, § des homi- » cides, voir encore lib. 2, tit. 40, § d'occire autre » par aventure.) »

Bouchel, à propos du défaut d'intention, tient le langage suivant : « L'homicide casuel est, quand quel- » qu'un, sans y avoir pensé, de cas fortuit, tue un » homme. Celuy-là ne doit pas être réputé coupable » du crime d'homicide, qui, sans science, et sans vo-

» l'onté, a tué quelqu'un (Bouchel, p. 325, tome II). »

Dans l'ordonnance criminelle (août 1670) il est question de l'homicide involontaire. Vu l'absence d'intention, on accordait des lettres de rémission. Nous pouvons donc conclure qu'il existait, en matière d'homicide involontaire ou par imprudence, une excuse absolutoire.

La loi 4 du titre 8 des Partidas, dit que lorsque l'homicide a été involontaire, il n'y a lieu à aucune peine.

CHAPITRE IV.

PARENTÉ. — ALLIANCE.

On ne punissait pas, sous notre ancienne jurisprudence, les vols commis par les enfants au préjudice de leurs pères, ni les vols commis par les femmes au préjudice de leurs maris. On se bornait à la restitution des objets.

Quant au vol de la femme au préjudice du mari, on n'en avait pas compris la poursuite, parce que l'honneur et la dignité du lien conjugal, ne permettaient pas que le mari accuse sa femme de larcin, dont la peine est infamante. (Jousse, IV, p. 105.)

L'affection démesurée des parents et des alliés, qui les portait à favoriser l'évasion des criminels, et leur rébellion à la justice, constituait pour eux une excuse absolutoire.

« Datur venia adfectione parentum vel adfinium (loi 4, § fin.). De re milit. (Muyart de Vouglans, I, III, p. 45.)

CHAPITRE V.

SECOURS A LA JUSTICE.

« On trouve aucuns docteurs, soustenant que d'homicide peuvent être excusez, et absous du juge, les homicides qui accusent et déccènt, autres plusieurs meurtriers et malfaiteurs, en cas qu'ils le facent par promesse du juge, qui pour ce les a promis absoudre du corps; mais telle promesse ne contrainct le juge. (Bouchel, t. III.)

TITRE IV.

EXCUSES ATTÉNUANTES.

CHAPITRE PREMIER.

AGE.

Comme la raison a ses degrés, disaient nos anciens criminalistes, la loi veut aussi que la punition soit réglée, suivant les degrés de l'âge. Si celui qui avait commis le crime était proche de la puberté, il n'était pas entièrement excusable, mais il devait être puni d'une peine moindre que la peine ordinaire, suivant les circonstances et la qualité du crime. (Julius Clarus, question 60, n° 2.)

Cette question d'âge, était abandonnée à la prudence

du juge, qui devait en pareil cas, considérer la qualité de la personne, ainsi que la nature et les circonstances du crime. Il devait aussi examiner, si le crime est au nombre de ceux « in quibus malitia supplet » etatem. » (Farinacius, nos 15 et 19.)

CHAPITRE II.

IGNORANCE. — ERREUR.

Dans la loi des Bourguignons, nous voyons que l'ignorance de fait sert d'excuse légale dans le cas de secours prêté à ceux que l'on ne savait pas être « fugitivi. » (tit. VI, cap. IV.) Les anciens criminalistes regardaient l'ignorance et l'erreur de droit, comme pouvant contribuer à faire diminuer la peine dans les crimes et délits. (Farinacius, quest. 90, nos 91 et suiv.)

CHAPITRE III.

PROVOCATION.

Au tit. II, chap. II, « de Homicidiis » de la « lex Burgundionum, » nous voyons que la provocation par coups et blessures, amenait un adoucissement dans la peine encourue, quand l'agresseur était tué.

La loi des Allemands nous offre un cas d'excuse résultant de la provocation, d'abord à propos de rixes, dans le titre XLV : « De rixis que scpe fieri solent in

» populo, » comparé avec le § 2. Puis, à propos d'homicide, au tit. XCVII, § 5.

La loi des Bavaois cite un cas d'excuse résultant de la provocation au titre VII, I, § 2.

CHAPITRE IV.

ÉTAT DE MALADIE. — PASSIONS. — AMOUR. — COLÈRE. IVRESSE.

Les anciens criminalistes regardaient certaines passions, comme susceptibles d'agir sur la volonté et de pousser au crime. L'amour était regardé comme une des causes, qui pouvaient faire diminuer la peine, car cette passion est comparée à la folie ou à l'ivresse. (Julius Clarus, quest. 60, n° 4.) Voici à cet égard l'opinion de Menochius : « Amore captus delinquens fu-
» rioso similis est, amoris vis ad insaniam et furorem
» homines vertit, quum sit amor igne potentior; im-
» possibile est mulierem amore captam se posse conti-
» nere; amore capta ipsius amoris est serva. » (*De arbit.*, cas 328.)

Voilà, pour un auteur aussi grave, un véritable chapitre de roman. Il est inutile de dire que ces déductions étaient inadmissibles, au point de l'imputabilité. L'amour, quelque violent qu'il fût, ne pouvait justifier le crime. Le juge pouvait y voir une excuse, suivant les circonstances.

La loi, dit Muyart de Vouglans (liv. I, tit. III, chap. XIV), met la colère au nombre des passions, qui

rendent le crime moins punissable, parce que ceux qui sont dans cet état, ne jouissent pas de l'entière liberté de leur esprit.

Certains de nos anciens criminalistes étaient d'avis, que lorsque l'ivresse était l'effet de la surprise, elle pouvait servir, si elle était complète, à rendre le crime moins punissable, tandis que l'ivresse qui dégénère en habitude, et qu'on peut appeler ivrognerie, ne pouvait jamais excuser ceux qui commettaient le crime en cet état.

CHAPITRE V.

RANG OU QUALITÉ DE L'AGENT.

Le rang, la nationalité, la qualité, le sexe de l'agent ou du patient, donnaient souvent lieu à une excuse légale qui, d'ordinaire, était simplement atténuante. Il faut remarquer cependant, que la loi salique s'occupe beaucoup plus du patient que de l'agent : il est d'ailleurs facile de s'en convaincre en comparant le nombre de textes, qui se réfèrent à l'un ou à l'autre cas. Le vol commis par l'esclave, était moins puni que le vol commis par l'ingénu (loi salique, tit. XII, XIII). L'*Ex-poliatio* du *Salecus francus* par le *Romanus* était frappée d'une plus forte composition que celle du *Romanus* par le *Francus salecus* (eod., tit. XXVII, § 2 et 3). L'adultère de l'*ancilla aliena* et de l'ingénu, était plus sévèrement réprimé que celui de la même personne avec le *servus* (eod., tit. XXIX, § 1, 2, 3 et 4). La sagesse de cette

disposition est véritablement remarquable : Au titre « de ligaminibus ingenuorum, » le « *Romanus* qui » ligat *Francum* (sine causâ), » est frappé d'une composition supérieure à celle du « *Francus* qui ligat » (sine causâ) *Romanum*. » (eod., tit. XXXV, § 3 et 4.) Le ravisseur d'une *puella ingenua* ordinaire encourt une composition plus faible, que si sa victime était *in verbo regis* (tit. XIV, § 1 et 3). La réparation prononcée pour le vol du *servus* entraînait une composition supérieure à celle qui était exigible pour le vol de l'*ancilla* (eod., tit. II, § 2, 6 et 7). Il en était de même au sujet de l'homicide *parvulorum* (tit. XXVIII, § 1, 2 et 3).

Nous n'entrerons pas dans de longs détails pour les autres lois barbares, en ce qui concerne le rang ou la qualité de l'agent; nous nous contenterons de mentionner les textes, où il en est question : Loi des Ripuaires (tit. VII, VIII, IX, X et XI); loi des Wisigoths (liv. III, tit. IV, cap. XIV, XV, XVI, XVII et XVIII.)

La Coutume de Bayonne parle du rang de l'agent (t. XXVI, § 6).

D'après les anciens criminalistes, tels que les Clarus, les Farinacius, Loisel (Instituts, tit. *des Peines*, art. 31 et 32), Jousse, Muyart de Vouglans, la noblesse et la dignité de celui qui avait commis un crime contribuaient à diminuer la peine, même dans le crime d'homicide, et autres qui méritent une peine corporelle. Les princes et les personnes qui approchent de la personne du roi bénéficient de cette excuse.

APPENDICE.

Voici d'autres causes regardées, par nos anciens criminalistes, comme pouvant amener une diminution de la peine :

1° Rusticité ; 2° Fragilité du sexe ; 3° Extrême vieillesse ; 4° La confession volontaire de l'accusé ; 5° Le repentir ; 6° Talents distingués et services rendus à l'État ; 7° Bonne réputation de l'accusé avant le crime ; 8° Événement heureux du crime ; 9° L'extrême pauvreté, dans le cas de vol de choses nécessaires à la vie ; 10° Longue durée de l'accusation.

TROISIÈME PARTIE

Des cas de Non Culpabilité, et des Excuses dans la législation pénale intermédiaire

Nous avons étudié dans nos deux premières parties, notre matière dans les différents recueils de lois barbares, et dans les coutumes, traités, commentaires et ordonnances, sources de notre ancien droit pénal ; nous nous proposons maintenant d'examiner les dispositions relatives à notre sujet, contenues dans les lois qui ont été édictées après la révolution de 1789. A dater de cette époque, en effet, il n'y a plus en France qu'une loi criminelle, et cette loi est la même pour tous.

Nous entrons dans une période de rénovation ; les publicistes et les philosophes du XVIII^e siècle ont attaqué l'ancien système pénal par sa base, ils n'ont point procédé par voie de correction et d'amélioration, ils ont proposé hardiment de faire table rase, de tout ce qui avait été écrit jusque là sur le droit criminel, et la réaction a été assez violente, pour que tous ces immen-

ses travaux fussent à jamais engloutis sous la même réprobation.

Le droit criminel a quitté la vieille ornière ; il est parvenu, après les nombreux efforts tentés depuis longtemps par les législateurs, à s'affranchir de la barbarie des siècles précédents.

On connaît la grande colère des adeptes de l'ancien système pénal, à l'apparition du livre de Beccaria. Cependant malgré l'anathème de plusieurs auteurs, qui prétendaient que les idées nouvelles du traité des délits et des peines, si elles étaient adoptées, étaient de nature à porter atteinte à la religion, aux mœurs, aux idées sacrées du gouvernement, la religion, les mœurs, les principes du gouvernement n'ont retiré que des directions salutaires, de cette œuvre remarquable de conscience et de sentiment.

Les monuments de la législation intermédiaire, renferment-ils au sujet des cas de non culpabilité et des excuses, une théorie plus claire et plus précise, que celle des époques antérieures ? Incontestablement on peut affirmer que le droit intermédiaire a sur ce point une supériorité ; mais hâtons-nous de dire, que cette supériorité n'est que relative, car la plupart des dispositions manquent d'ordre, de méthode et de clarté ; nous n'y trouvons pas une théorie nettement déterminée ; nous adresserons plus loin la même critique au législateur de 1810.

CAS DE NON IMPUTABILITÉ.

Age. — L'assemblée constituante dans son code pénal de 1791, se sépara de tous les précédents. Elle introduisit le système encore en vigueur chez nous aujourd'hui ; une limite unique seize ans accomplis, d'où seulement deux périodes : l'une au-dessous, l'autre au-dessus de cet âge.

Le Code pénal de 1791, sur ce point était ainsi conçu : « Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi, avant l'âge de seize ans accomplis, les juges décideront dans les formes ordinaires de leurs délibérations, la question suivante : Le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ? » (Part. I, t. V, art. I.) » Puis dans les articles suivants, 2, 3 et 4 du même titre, se trouvaient réglées les conséquences de la réponse. C'est ce système qui a passé dans le Code pénal de 1810, art. 66, 67, 68.

ALIÉNATION MENTALE, DÉMENCE, FOLIE ET AUTRES ÉTATS PATHOLOGIQUES.

Les lois de la Constituante, le Code pénal de 1791, notamment, et plus tard celui de brumaire, an IV, ne parlent point de l'aliénation mentale. La question de l'acquiescement pour cause de démence, ne s'en est pas moins présentée, et n'en a pas moins été résolue, en vertu des seuls principes de raison.

En matière de police municipale ou de police cor-

rectionnelle, elle s'est trouvée au pouvoir du tribunal chargé de décider en définitive, si l'inculpé était ou non coupable. Loi des 19-22 juillet 1791, sur la police municipale et sur la police correctionnelle, (t. I, art. 39, et t. II, art. 58, Code de brumaire, an IV, art. 188).

Pour ce qui concerne les faits portés devant les tribunaux criminels, ce n'était que dans la troisième série de questions, celles relatives à l'intention que pouvait venir la considération de la démence, parce que les questions, suivant la procédure d'alors, se trouvaient subdivisées, et parce que le jury avait à décider en premier lieu, si le fait était constant, et en second lieu, si l'accusé était convaincu d'en être l'auteur. (Loi des 16-29 septembre 1791), concernant la police de sûreté, la justice criminelle, et l'établissement des jurés, (t. VII, art. 20 et 21. Code de brumaire an VI, art. 374, 389, 390, 393). Lorsque le jury avait déclaré dans ses réponses, que l'accusé avait commis le fait en état de démence, sans volonté ou sans intention coupable, un acquittement aurait dû certainement être prononcé. (Loi des 16-29 septembre 1791, t. VIII, art. 2, Code de brumaire, an IV, art. 425).

Contrainte.

En ce qui concerne la contrainte, les lois de la Constituante sont aussi muettes, qu'elles l'ont été pour la démence.

Ce que nous pouvons dire, c'est que la contrainte en matière de police correctionnelle et de police municipi-

pale rentrait dans les pouvoirs généraux du juge, chargé de décider si l'inculpé est coupable ou non. Quant aux affaires portées devant le jury, la question de contrainte devait rentrer, suivant la procédure d'alors, dans les questions intentionnelles.

CAS DE JUSTIFICATION.

Légitime Défense. — Le Code pénal de 1791, non pas dans sa partie générale et pour toutes les conséquences de la lutte, mais seulement à propos de l'homicide, a prévu particulièrement celui qui serait commis en état de légitime défense, qu'il a qualifié du nom spécial d'homicide légitime, déclarant qu'il n'y aurait lieu à prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile (Code pénal du 26 septembre, 6 octobre 1791, 2^e partie, tit. 2, section I, art. 5. En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile. — Art. 6 : L'homicide est commis légitimement, lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même et d'autrui.

Ordre de la loi.

Le Code pénal de 1791, toujours à propos de l'homicide seulement, exigea cette double condition : que l'homicide fût ordonné par la loi, et qu'il fût commandé par une autorité légitime ; il le qualifia alors d'homicide légal, disposant, qu'il n'y aurait lieu à

prononcer aucune peine, ni aucune condamnation civile. — Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791, 2^e partie, tit. 2, section I, art. 3 : « Dans le cas d'homicide légal, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine, ni aucune condamnation civile. » — Art. 4. « L'homicide est commis légalement, lorsqu'il est ordonné par la loi, et commandé par une autorité légitime. »

Excuses absolutoires et atténuantes.

Nous allons commencer par examiner les cas d'excuses absolutoires et atténuantes qui se trouvent dans le Code pénal de 1791 ; nous passerons ensuite à l'examen de ceux qui se trouvent contenus dans les dispositions du Code de brumaire an IV.

Excuses absolutoires et atténuantes sous l'empire du Code pénal de 1791.

Comme nous l'avons vu dans les deux chapitres précédents, le législateur de 1791, n'a pas fixé les cas d'excuse d'une manière complète ; il n'a pas voulu organiser un système d'excuses, sauf quelques cas que nous allons citer tout à l'heure. Il entend laisser au jury la plus grande latitude. Après la première question : « Tel fait est-il constant ?..... » et la seconde : L'accusé est-il convaincu de l'avoir commis ?..... » La loi veut que le jury puisse scruter les motifs, les circonstances et la moralité du fait.

La loi ordonne aux jurés, lorsqu'ils ont re-

connu que le délit existait et que l'accusé l'avait commis, « de faire une troisième déclaration d'équité sur » les circonstances particulières du fait. » Ils devront examiner la moralité du fait, dit l'instruction du 29 septembre 1791, c'est-à-dire les circonstances de volonté, de provocation, d'intention, de préméditation, qu'il est nécessaire de connaître pour savoir à quel point le fait est coupable.

Voici les dispositions qui contiennent des excuses : L'article 25 de la section 3 du titre I^{er}, nous offre un cas d'excuse absolutoire ; le texte de cet article est ainsi conçu : « Dans tous les cas mentionnés en la » présente section, et dans les précédentes, où les ministres sont rendus responsables des ordres qu'ils » auront donnés ou contre-signés, ils pourront être » admis à prouver que leur signature a été surprise, » et, en conséquence, les auteurs de la surprise seront » poursuivis, et s'ils sont convaincus, ils seront condamnés aux peines que le ministre aurait encourues. » La loi est impérative. Il suffit que le ministre soit admis à faire cette preuve et qu'il la fasse.

Voici un autre cas dans l'article 46 de la sect. 4^{re} du titre II, 2^e partie : « Si toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des » aliments ou breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêta l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté. » Il s'agit, dans ce cas, d'une tentative inachevée ; c'est l'empoisonneur qui l'a suspendue lui-même.

Faisons immédiatement cette observation, que la loi dit *l'empoisonneur*. Elle le considère encore comme un coupable, parce que, d'après toutes les données de la science, le délit est commencé. Mais l'utilité sociale commande ici, de donner à l'empoisonneur un grand intérêt à s'arrêter ; cet intérêt, c'est l'impunité même. Si l'exécution du crime était arrêtée par une circonstance fortuite, l'article du Code de 1791 est inapplicable.

Les deux cas d'excuses absolutoires, que nous venons de citer sont fondées sur des motifs d'utilité sociale. Il reste un certain fond de culpabilité dans les deux cas ; le ministre n'aurait pas dû laisser surprendre sa signature. La loi, en lui accordant ce bénéfice, l'excite à rechercher les auteurs de la surprise ; l'intérêt social exige encore une certaine indulgence envers des fonctionnaires chargés de veiller à tant d'intérêts publics. Dans le second cas, il faut, avant tout, détourner le coupable de la consommation du crime.

Deux cas constituant des excuses atténuantes, se trouvent dans le Code pénal de 1791 : 1^o Minorité de seize ans ; 2^o provocation violente en cas de meurtre. Les jurés devaient décider, dans les formes ordinaires de leur délibération, la question de savoir si le mineur de seize ans a commis le crime avec ou sans discernement. S'il est décidé que le mineur a agi sans discernement, il sera acquitté. C'est là un cas de non imputabilité dont nous avons déjà parlé.

S'il était décidé, au contraire, que le mineur avait agi avec discernement, dans ce cas se plaçait l'excuse.

La peine était atténuée dans une vue d'équité : si le coupable avait encouru la peine de mort, il était condamné à vingt années de détention dans une maison de correction ; s'il avait encouru les peines des fers, de la réclusion dans les maisons de force, de la gêne ou de la détention, il était condamné à être renfermé dans une maison de correction pendant un nombre d'années, égal à celui pour lequel il aurait encouru l'une des dites peines, à raison du crime qu'il a commis. Enfin le mineur de seize ans ne devait subir l'exposition que dans un seul cas, quand la peine de mort aurait été commuée en vingt années de détention dans une maison de correction, auquel cas l'exposition devait durer six heures.

Le second cas d'excuse atténuante se trouve contenu dans les articles 9 et 10 de la section I du titre II de la deuxième partie du Code pénal de 1791 : « Lorsque » le meurtre sera la suite d'une provocation violente, » sans toutefois, que le fait puisse être qualifié homicide légitime, il pourra être déclaré excusable, et » la peine sera de dix années de gêne. La provocation » par injures verbales ne pourra, en aucun cas, être » admise comme excuse de meurtre. Si le meurtre est » commis dans la personne du père ou de la mère » légitimes ou naturels, ou de tout autre ascendant légitime du coupable, le parricide sera puni de mort, » et l'exception portée au précédent article, ne sera » point admise. »

La discussion du 4 juin 1791, à l'Assemblée nationale, donne quelques éclaircissements sur cet article

et sur la théorie générale des excuses organisée par la Constituante. Lanjuinais ayant critiqué l'abolition des lettres de grâce, il lui fut répondu que le droit de miséricorde existait dans la nouvelle législation criminelle; on rappela que l'homicide involontaire donnait lieu jadis aux lettres de grâce, mais qu'aujourd'hui l'usage en était inutile, puisque la première question proposée aux jurés était : Le fait a-t-il été commis volontairement? et qu'un verdict négatif entraînait un acquittement.

L'homme qui tue volontairement, mais pour se défendre, est encore absous par la seule déclaration du jury. La question de savoir, si le fait a été commis par négligence ou par imprudence, est proposée au jury d'accusation, et sur une déclaration affirmative, l'accusé est renvoyé au tribunal correctionnel : « Epuis-
» tous les cas, poursuit l'orateur; un homme a
» pu être tué volontairement; il a été tué sans impru-
» dence, mais cependant il a existé dans le fait quel-
» ques circonstances atténuantes. Par exemple, l'homme
» qui a donné la mort, a été provoqué d'une manière
» grave. Il n'avait cependant pas le droit de donner la
» mort, sa propre vie n'était pas en danger. Il est
» coupable, mais il l'est moins que celui qui a tué de
» dessein prémédité. Aussi existe-t-il, dans notre Code
» pénal, une disposition particulière, parce qu'il a
» existé dans le fait quelques circonstances qui en
» atténuent la gravité.

» Poussons plus loin les hypothèses et parcourons
» toutes les objections. On dit que l'homme a pu être

» tué, sans que le fait eût été accompagné d'aucune des
» circonstances dont je viens de parler, mais que,
» cependant, l'accusé peut encore être, sous certains
» égards, excusable; que les grands services qu'il a
» rendus à la patrie, peuvent faire pardonner la fougue
» d'un tempérament violent. Eh bien! notre loi crimi-
» nelle prévoit encore ces inconvénients, et après que
» toutes les questions précédentes ont été posées et
» soumises aux jurés, on vient encore leur dire : Des-
» cendez dans votre cœur; voyez dans toutes les cir-
» constances du crime, s'il existe un motif d'excuse.
» C'est là qu'est exercé, au nom de la société, le
» droit de miséricorde, mais une miséricorde raison-
»nable et réfléchie.»

Malouet s'écria, que lorsque les jurés avaient déclaré le délit excusable, «c'était là le moment d'appliquer le droit de miséricorde, et demanda qu'après la déclaration d'excusabilité, l'accusé fut renvoyé pardevant le roi. D'après Lepelletier, il y avait deux réponses fort simples à faire à la proposition de Malouet; l'une était l'article de la loi sur la procédure par jurés portant que : « Quand le jury aura répondu « excusable, le juge prononcera que l'accusé est innocent; » l'autre, c'est que la justice devant être rendue au nom du roi, il en résultait que le tribunal en prononçant, l'accusé est acquitté, prononçait réellement ce jugement au nom du roi. L'amendement de Malouet fut rejeté à une grande majorité.

Il est assez étrange de voir ici la déclaration d'excusabilité, représentée comme l'exercice d'un droit

de grâce, confié à la nation et délégué au jury.

La loi du 16 septembre 1794, s'exprime ainsi : lorsque les jurés auront déclaré, que le fait de l'excuse proposée par le président est prouvé, les juges prononceront, ainsi qu'il est dit dans le Code pénal. Mais le Code pénal n'employait, qu'une seule fois le mot *excusable* à propos de la provocation, et réduisait la peine de vingt années de fers à dix années de gêne. Le sens juridique du mot *excuse* était-il donc fixé ?

L'instruction du 29 septembre 1794, vint parler assez vaguement dans une note de la *prononciation* d'excusable. Il s'agit, dans le texte, de la *provocation*. C'est particulièrement aux faits de cette nature, dit la note, que se rapporte la prononciation d'excusable, mesure juste et salutaire qui fait concourir l'équité avec la justice. Les lettres de grâce étaient destinées à remplir cet objet dans l'ancien régime.

Nous pouvons donc conclure, qu'il y a deux sortes d'excuses, dans le langage des lois criminelles de la Constituante.

1° Dans certains cas prévus par la loi, la peine est nécessairement atténuée ou supprimée ;

2° Dans certains cas non prévus par la loi, le jury pourra déclarer l'excusabilité. Comme la Constituante au grand criminel établit des peines non susceptibles d'atténuation, la conséquence est claire : ces excuses auront, comme le dit l'instruction, l'effet des lettres de grâce.

Les conséquences singulières d'un pareil système, sont faciles à comprendre. Dans son Répertoire, Merlin

découvre une foule d'excuses improprement dites, qui devront influer sur la décision des tribunaux criminels, par exemple, le repentir, les grands talents, la haute naissance, la longue détention dans les prisons, les services rendus à l'État. Il blâme énergiquement les auteurs qui voudraient obliger les magistrats, à ne considérer que le crime et la loi. « A ne prendre le crime, que pour ce qu'il est matériellement, et à n'avoir d'autre mesure pour le punir, que le texte matériel de la loi. »

Avant de passer à l'examen des dispositions du Code de brumaire an IV, nous devons dire un mot, d'une excuse absolutoire d'utilité sociale, qui se trouve dans le décret du 25 février 1792, relatif à la fausse monnaie. Le 23 février 1792, l'assemblée législative rendit d'urgence un décret destiné à assurer la découverte et la conviction des fabriques de faux assignats, et de fausse monnaie.

Les art. 9, 10 et 11, empruntent à l'ancien droit, les dispositions si blâmées par la philosophie dans les ordonnances royales, et qui intéressaient les coupables à se dénoncer les uns les autres, à mettre la justice sur la trace des faux monnayeurs. L'art 9, remet la peine encourue au particulier, complice de fabrication de fausse monnaie, qui l'aura dénoncé le premier. L'art. 10, ajoute que si ce complice procure l'arrestation des faussaires et la saisie des matières et instruments de faux, il recevra en outre une somme d'argent.

L'art. 11 exempte de la peine le coupable qui, même après qu'une fabrique de fausse monnaie a été dénoncée aux autorités, procure de son propre mouvement, l'ar-

restation des faussaires et la saisie des matières et instruments de faux. L'art. 12 étend les dispositions précédentes, aux complices d'une fabrication de fausse monnaie, entreprise hors du royaume, qui la dénonceraient ou procureraient l'arrestation des coupables.

Code de brumaire an IV.

Le Code des délits et des peines de brumaire an IV, n'est véritablement qu'un code de juridiction et de procédure criminelle ; quant à la pénalité proprement dite, il est très-bref et n'abroge pas les lois antérieures. La théorie des excuses atténuantes, résultant de la provocation violente et de la minorité de seize ans, ne sont pas changées. Mais nous devons constater maintenant, que l'interprétation du système général de cette loi sur les excuses, souleva d'immenses difficultés.

Voici les deux textes fondamentaux :

Art. 574. « Il s'agit des questions posées au jury. » La première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation, est constant ou non.

La seconde, si l'accusé est, ou non convaincu de l'avoir commis, ou d'y avoir coopéré.

« Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité » du fait, et le plus ou le moins de gravité du délit, » résultent de l'acte d'accusation, de la défense de » l'accusé, ou du débat. Le président les pose dans » l'ordre dans lequel les jurés doivent délibérer, en » commençant par les plus favorables à l'accusé. »

Voici comment les tribunaux criminels devaient prononcer, lorsque les accusés étaient déclarés excusables par les jurés.

Art. 646. « Lorsque le jury a déclaré que le fait de » l'excuse proposée par l'accusé est prouvé, s'il s'agit » d'un meurtre, le tribunal criminel prononce ainsi » qu'il est réglé par l'art. 9 de la section première du » titre 2, de la seconde partie du Code pénal. »

« S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit » la peine établie par la loi à une punition correction- » nelle qui, en aucun cas, ne peut excéder deux an- » nées d'emprisonnement. »

Voici, d'après nous, ce qui résulte de ces textes :

1^o Le jury aura les mêmes questions à résoudre que sous l'empire de l'instruction législative du 29 septembre 1791 ;

2^o Le Code des délits et des peines fixe et maintient formellement le texte du Code pénal de 1791, relatif à l'excuse de la provocation ;

3^o Mais l'article 646 va plus loin : il généralise cet adoucissement de la peine toutes les fois qu'il s'agit d'un meurtre et que le fait de l'excuse proposée par l'accusé est prouvé.

On conteste cette proposition.

4^o Nous la supposons démontrée. Le Code des délits et des peines, comblant une lacune, déroge au principe de la fixité des peines au grand criminel, toutes les fois que pour un délit quelconque, le fait d'excuse est admis par le jury. La déclaration du jury, n'a plus l'effet des lettres de grâce. Le tribunal réduit la peine

établie par la loi à une punition correctionnelle, qui ne peut excéder deux années d'emprisonnement.

Notre système n'est peut-être pas à l'abri de toutes les critiques, mais nous pensons pouvoir soutenir que c'est celui du législateur de l'an IV. La jurisprudence, constatons-le, l'entendit tout d'abord ainsi.

Le Code de brumaire an IV, est conçu dans le même esprit que le Code de 1791. Le législateur de 1791 n'avait pas compris la nécessité d'établir deux théories distinctes, l'une des excuses, l'autre des circonstances atténuantes; l'importance qu'il y avait à fixer et à déterminer à l'avance les motifs d'atténuation qui peuvent influer sur la culpabilité absolue, lui avait complètement échappé. Le Code des délits et des peines nous prouve clairement, que le législateur de brumaire an IV néglige aussi ce point important. Nous devons cependant signaler une innovation sur un point : la déclaration d'excusabilité allait aboutir à la réduction, et non plus à la suppression de la peine.

Mais la théorie des questions intentionnelles subsiste toujours; bien plus, c'est à peine si on retrouve la trace des excuses, prévues par la loi.

Le Code de brumaire an IV, se contente de rappeler l'article 9 de la section 1^{re} du titre II de la seconde partie du Code pénal de 1791, relatif à la provocation. Il reproduit la théorie des lois de 1791.

Nous pensons devoir expliquer ici une difficulté, qui s'est élevée sur le texte du Code des délits et des peines.

Comment concilier l'article 646 modifiant la théorie

du Code de 1791, avec l'article 425 qui ordonnait l'acquiescement et la mise en liberté de l'accusé, dès que le jury aurait répondu négativement aux questions intentionnelles?

Une circulaire du ministre de la justice, du 22 frimaire an V, vint apporter quelques éclaircissements sur cette question. Le tribunal criminel du Jura, sur une déclaration du jury, portant qu'une personne accusée de faux avait commis le fait, mais n'avait point agi sciemment et à dessein de nuire, l'avait condamnée, par fausse application de l'article 646 du Code des délits et des peines, à une année d'emprisonnement. Ce jugement avait été cassé le 13 messidor an IV. Le ministre de la justice approuve et développe la théorie du tribunal de cassation. D'après cette circulaire, il faut bien distinguer la question de l'excuse et la question intentionnelle : « L'effet d'une déclaration favorable sur celle-ci, dit le Ministre, c'est de rendre l'accusé à la société, et sur la première, d'atténuer seulement le délit et d'alléger la punition. »

Remarquons les conséquences de la confusion : quand la question d'excuse, n'est pas séparée de la question intentionnelle, et que la déclaration du jury se trouve favorable, la loi absout, là où elle ne devait remettre qu'une partie de la peine.

Cette distinction entre la question d'intention et la question d'excuse, est sans doute un progrès. Cependant, il est important de remarquer que la circulaire ministérielle, restreint le sens du mot excuse. L'art. 646, sainement entendu, il n'y a plus d'excuse absolutoire.

Avant de terminer ce chapitre de notre troisième partie, nous avons à examiner une dernière question.

A qui appartenait-il de prononcer la question d'excusabilité? au jury ou aux juges? Sur ce point, les interprètes n'étaient pas d'accord. Le tribunal de cassation, par des jugements du 24 ventôse an VI et du 27 floréal an VIII, conférait ce droit aux jurés, et c'était la première opinion de Merlin. Le tribunal annulait la position des questions, quand le jury gardait le silence sur l'excusabilité dans le cas de provocation. Plus tard, Merlin changea d'avis; cependant le texte de la loi de brumaire, ne prêtait guère à la controverse. L'art. 646 du Code des délits et des peines, était précédé de cette rubrique: « De la manière dont les tribunaux criminels doivent prononcer lorsque les accusés sont déclarés excusables par le jury. » L'article 646 lui-même ajoutait: « Lorsque le jury a déclaré que le fait de l'excuse proposée par l'accusé est prouvé, etc. » et semblait bien réserver purement et simplement aux juges, le droit de réduire la peine conformément aux lois.

Comme on le sait, lorsque Merlin changea d'opinion, il s'appuya sur le texte de l'instruction législative du 24 septembre 1794, ainsi conçu: « Le Code pénal » règle aussi les condamnations auxquelles la peine » doit être réduite, lorsque le juge prononcera d'après » la déclaration des jurés, que le délit est excusable. » Cette prononciation sera employée, lorsque le juge » aura estimé que les faits de provocation allégués par » l'accusé, ou résultant du débat renferment une

» excuse suffisante, et aura posé la question de savoir » si ou non, cette provocation a existé. Si les jurés » trouvent que les faits de cette provocation, soient » bien justifiés, et en font la déclaration sur la ques- » tion intentionnelle, alors le juge prononce que le » délit est excusable. » Mais voici ce qu'on peut répondre: la loi du 29 septembre 1794, est abrogée par l'article 594 du Code des délits et des peines. Merlin avait prévu l'objection, et répondit que l'instruction législative du 29 septembre, n'en est pas moins un commentaire infiniment respectable de la loi du 16 septembre 1794. Mais cette loi du 16 septembre, est-elle même abrogée par le même article 594! Quelle que puisse être l'analogie des lois d'instruction criminelle de 1794 et de la Convention, quel argument tirer du texte précis des lois nouvelles? Est-il besoin de rappeler les expressions de la circulaire ministérielle du 22 frimaire an V? « La question de l'excuse doit » être présentée au jury, et lorsqu'elle est admise, les » tribunaux prononcent, etc. »

Comme nous l'avons dit plus haut, le Code de brumaire an IV, n'avait point établi deux théories distinctes, l'une des excuses, l'autre des circonstances atténuantes, et avait conféré au jury les plus larges pouvoirs d'appréciation; il en était résulté que les accusés invoquèrent comme excuses, tous les faits qui leur semblèrent atténuants. Le tribunal de cassation avait sanctionné lui-même, en cassant des procédures qui s'en étaient écartées, cette interprétation du Code de brumaire an IV, d'après laquelle ce Code dans l'ar-

ticle 645, donnait à l'accusé, d'une manière indéterminée, la faculté de proposer en sa faveur tel fait d'excuse, qu'il jugerait convenable. Mais la multiplicité, l'insignifiance, la contradiction, quelquefois même (suivant le texte des arrêts de la Cour de cassation) l'ineptie ou la moralité des faits invoqués comme atténuants firent revenir sur ces premiers pas (Ortolan. *Éléments de droit pénal*, p. 466, tome 1^{er}. Cour de cassation, 16 frimaire an IX). La Cour de cassation cessa de prendre en considération la nature des pouvoirs conférés au jury, et l'esprit du Code de brumaire an IV.

D'après un arrêt du 6 ventôse an IX, on ne put proposer au jury d'autres motifs d'excuse, que les faits déclarés tels par la loi. La Cour de cassation persista dans cette dernière jurisprudence. Voir arrêts du 6 ventôse an IX, 7 prairial an IX, 15 thermidor an XII (14 août 1807).

L'influence des dernières solutions de la Cour de cassation, se fit sentir dans la rédaction du Code d'instruction criminelle (1808) et du Code pénal (1810).
