

II. — L'ACTE PRINCIPAL ET LA PARTICIPATION

§ 49. — Aperçu général et historique.

BIBLIOGRAPHIE. — *Berner*, Teilnahme (Bibl. § 39) 1847. — *V. Bar*, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme, 1859. — *V. Buri*, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860 (Exposé de la théorie subjective). — *Langenbeck*, Teilnahme, 1868. — *Schütze*, Notwendige Teilnahme, 1869. — *Geyer*, HH, II, 319, IV, 141. — *Klein*, Schriften, 161. — *V. Kries*, Z, VII, 521. — *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter, insbesondere die Teilnahme und mittelbare Täterschaft, 1888. — *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgericht, 1890. — Contre lui, *Löffler* (Grünhüt, XIX, 511 ainsi que *V. Buri*, GS, XLV, 1 (Beiträge 389). — *Foinitzky*, Z, XII, 55. — *Kohler*, I, 92, 106, III, 232. — *Forke*, Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, 1890. — *Minz*, Die Lehre von der Beihilfe, 1892. — *Hauft*, Z, XV, 202, 569 (contre lui *V. Buri*, GS, LII, 63). — *Tjaden*, GA, XLII, 218. — *V. Helldorf*, Thèse Halle, 1895. — *Helmer*, Thèse Strasbourg, 1898. — *Bintz*, Thèse Erlangen, 1895. — *Wilhelm Meyer*, Thèse Erlangen, 1897. — *Löwenheim*, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, 1897 (*Beling*, 9, Heft). — *Haas*, Thèse Fribourg, 1898. — *Yamakawa*, Thèse Göttingen, 1900. — *Neuweisker*, Thèse Greifswald, 1900. — *Jakobsohn*, Thèse Erlangen, 1900. — *Freudenthal*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (*Beling*, 17, Heft) 1901. — *Heilborn*, Der Agent provocateur, 1901. — *Dopffel*, Thèse Tubingue, 1899. — Sur le droit allemand, *Brünner*, II, 565. — *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896.

I. — Il résulte de la conception de la cause (cf. plus haut § 29) que tout individu qui, en suscitant une con

dition du résultat survenu, participe à la production de celui-ci, a causé le résultat ; que, d'autre part, toutes les conditions du résultat étant de même valeur, il n'existe pas de différence théorique entre les individus divers qui ont participé à la production du résultat ; que, par suite, la différenciation de leur châtiement ne se justifie que dans l'application d'un même cadre pénal.

Le droit impérial en vigueur n'a pas suivi ces déductions. Il oppose au contraire, en contraste théorique très net, l'action principale (*Thäterschaft*) d'une part, l'instigation (*Anstiftung*) et l'assistance (*Beihilfe*) d'autre part ; il considère l'action principale seule comme cause du résultat, et par contre l'instigation et l'assistance seulement comme **participation à l'exécution du résultat accomplie par l'auteur** ; il demande par principe une punition plus légère pour l'auxiliaire (mais non pas à la vérité pour l'instigateur) que pour l'auteur.

Cependant le droit impérial n'a pas appliqué son point de vue sans admettre des exceptions, notamment dans deux sens (abstraction faite du § 50, C. P. I.).

1. Lorsque certaines règles ne s'imposent qu'à des personnes déterminées, ces règles dans cette mesure ne sont applicables qu'à l'auteur, et jamais au participant (*Teilnahme*) (1).

(1) Cf. plus haut, § 43, note 6 et v. LISZT, *Pressrecht*, 69. Ces exceptions doivent faire l'objet d'un examen sévère. KLÖPPERL, 257, qui compte ici toutes les prescriptions réglementaires s'appliquant à des personnes déterminées, va beaucoup trop loin. Contestable aussi R, xxv, 38 qui dans tous les délits formels (*Formaldelikte*) cf. § 36, note 6) exclut la participation de toutes les personnes autres que celles nommées dans la loi. L'examen subtil de NAGLER est manqué au point de vue méthodique. Son assertion, qu'à côté de l'obligation primaire du cercle particulier des personnes visées, il existe une seconde obligation générale pour toutes les autres, n'est appuyée par aucune preuve.

2. La législation la plus récente de l'Empire tend à sacrifier complètement la distinction entre l'action principale et la participation et par suite à faire une application absolue des règles posées au début de ce paragraphe. C'est le cas pour la loi sur le rapt d'esclaves de 1895 qui punit de la même peine « toute collaboration à une entreprise ayant pour but le rapt d'esclaves ». De même, les §§ 45 et 48 n° 2 de la loi sur l'émigration de 1897. Il y a lieu de signaler, comme d'une importance particulière en ce sens, que le C. C. I. considère lui aussi, comme égaux entre eux, l'auteur et le participant (2).

II. — **Historique.** L'opposition de l'action principale et de la participation est le résultat d'une évolution historique lente et incertaine.

Le droit romain prononça des peines contre tous ceux qui prenaient part à un crime, *auctores, socii, ministri, fautores, participes*, non seulement par la formule régulière des *leges* du temps de la procédure des questions (*Cujus ope consilio dolo malo id factum erit quive id fieri jusserit faciendumve curavit*), mais encore aussi bien avant qu'après cette époque, sans toutefois faire de distinction théorique entre ces personnes (*Mommsen*, 98). C'est aussi le point de vue du droit romain dans son dernier état. Dans l'Allemagne du Moyen Age, l'instigateur était puni des mêmes peines que l'agent, du moins pour un certain nombre de crimes. Par contre, en ce qui concerne la culpabilité de l'auxiliaire, l'évolution différa complètement dans les diverses infractions. Tantôt l'aide par le conseil et l'action est mise sur le même pied que l'action principale (comme dans la *Landfrieden* de 1235), tantôt c'est souvent le « suppôt nécessaire » (*rechter Volleist*), sans la collaboration duquel la commission n'aurait pas été possible, qui est puni de la même peine que l'auteur, tandis que les autres participants s'en tirent avec des peines moindres. L'instigateur est frappé de la même peine que l'auteur, sinon même d'une peine plus dure.

(2) C. C. I., § 830. A ce sujet v. *Liszt, Deliktobligationem*, 75. — Cf. aussi plus loin § 51, note 10, sur les cas dans lesquels la peine des auxiliaires ne peut être réduite.

La doctrine italienne du Moyen Âge avait adopté, elle aussi, cette dernière conception lorsqu'elle distinguait de l'action principale le *consilium* (aide par le conseil) l'*auxilium* (aide par les actes) et le *mandatum* (instigation), et lorsqu'elle considérait comme égaux à l'auteur, quant à la peine, le *mandans* ainsi que le *socius principalis, qui causam dat delicto*. Mais elle ne parvint pas non plus à des distinctions théoriques. De même, la Carolina, art. 177, se contente de renvoyer aux conseils des juriscultes : « Item quiconque donne sciemment et de manière périlleuse, aide, assistance ou encouragement, ainsi qu'on nomme tout cela, à un malfaiteur dans l'accomplissement d'un méfait, sera puni criminellement, mais lorsqu'il importe dans un cas autrement que dans un autre ; c'est pourquoi dans ces cas les juges... prendront conseil ». L'instigateur est spécialement mentionné dans l'art. 107 (faux serment).

La doctrine et la législation du droit commun ne parvinrent pas non plus à établir une théorie ferme ; les distinctions qu'elles établissent — participation avant, pendant et après l'acte (cette dernière considérée le plus souvent comme un crime à part), participation générale et spéciale, principale et accessoire, physique et psychique, positive et négative — sont dépourvues de netteté théorique aussi bien que d'utilité pratique. La confusion a atteint son apogée depuis que, grâce au Code Pénal Prussien de 1851, la théorie de la nature simplement accessoire de la participation est parvenue à dominer la législation, la doctrine et la jurisprudence (démonstré avec détails par *Bauer*).

III. — L'évolution, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, de la conception de la nature accessoire de la participation, est tout d'abord déterminée par la différence des réponses à deux questions fondamentales (3).

1. La théorie de l'instigation peut être conçue à un

(3) Sur l'histoire dogmatique, cf. BAUER. Cette théorie provient du Code Pénal Français et pénétra en Allemagne avec le Code Pénal Prussien de 1851. Elle est soutenue par SCHÜRZE 1869, BIRKENMEYER 1890. Elle a pour adversaire HÖPFNER (mais qui se trompe lorsqu'il considère la participation comme lésion de normes particulières), KOHLER (qui ignore l'évolution historique).

double point de vue. On peut considérer d'abord l'instigation comme exécution médiate du résultat, comme une causalité dans laquelle l'influence de celui qui agit n'est qu'un chaînon dans la chaîne de cause à effet. L'instigation est alors un acte principal médiat (action par un auteur intellectuel, *intellectuelle Urheberchaft*). Contre cette conception, qui est la seule qui soit fondée en doctrine (4) et susceptible de donner des résultats utiles en jurisprudence, on a objecté que l'agent apparaît alors comme un outil dans la main de l'instigateur, ce qui est inconciliable avec l'admission de la liberté de la volonté. Dans ces conditions, et en bonne logique, il aurait fallu conclure à l'impunité complète de l'instigateur placé hors de tout rapport causal. Mais personne n'eut le courage de tirer cette conclusion inévitable. On arriva donc à admettre, d'une part une « interruption du rapport causal » entre l'action de l'instigateur et le résultat, produite par l'action libre et intentionnelle de l'auteur responsable (cf. plus haut, § 29, IV), la conception de l'instigation comme provocation indépendante médiate du résultat étant repoussée, mais à considérer d'autre part l'instigation comme *participation à l'acte commis par l'agent*. C'est

(4) Ce fut la seule qui régna jusque dans le XIX^e siècle. (Cf. par exemple FEUERBACH et WAECHTER, et aussi la Prusse, 1794 et la Bavière, 1813). Sur le droit canonique, cf. HINSEBIUS, V, 234 ; sur le Moyen Age italien, HEIMBERGER, 31 ; sur le droit allemand ; HARSTER, 53. Parmi les modernes, elle est soutenue entre autres par ORTOLAN, GARBAUD, HAELSCHNER, BINDING, JANKA, HOHLER, FORNITZKY, GETZ. Dans le même sens HAUPT, Z, xv, 569 ; LOEWENHEIM, SCHMID (Bibl. § 43), 63 ; SEUFFERT, L. P. C., I, 23 ; SIEGEL (Bibl. § 40), 50 ; STOOS, *Grundzüge*, I, 226. — Il est malheureusement incontestable, et d'ailleurs à peine contesté, que le C. P. I., considère l'instigation comme complicité à un acte d'autrui. De nos jours la distinction entre l'instigation et l'action principale a été basée sur la nature propre de la « causalité psychique » ; cf. par exemple FRANK, 1^{re} partie, section 3, BERLING, (Bibl., § 28) 56. A. HORN, GS, LIII, 56 ; LIV, 368.

là le point de vue du droit actuel. L'instigation (*Anstiftung*) se voit attribuer ainsi une substance non autonome, sa criminalité devient dépendante de celle de l'acte commis par l'agent (auteur *Täter*).

2. Celui qui a fait naître une condition ayant amené le résultat, est responsable pour ce résultat. Mais précisément lors de la participation de plusieurs à la même infraction, l'opinion dominante prétend distinguer l'exécution de la position d'une simple condition (*von dem Setzen einer blossen Bedingung*). Celui qui exécute, qui cause, est l'auteur; et s'il cause en communauté avec d'autres, il est **co-auteur**. Celui qui fait intervenir seulement une condition, est **auxiliaire** (complice). On fait ainsi de l'assistance également une participation non autonome à l'acte d'autrui. Mais comme la distinction entre la cause et la condition est insoutenable (cf. plus haut § 29, VI), la différence entre l'action principale et l'assistance est, elle aussi, dépourvue d'une base objective solide. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que la doctrine et la jurisprudence, pour pouvoir maintenir cette différence, soient contraintes de suivre les voies trompeuses d'une théorie purement subjective (Cf. plus loin, § 50, note 9) (5).

IV. — La doctrine juridique du XIX^e siècle a été plus heureuse en détachant des modalités de la participation de plusieurs agents à la même infraction, le complot et la bande d'une part, et le fait de favoriser d'autre part, et en contribuant ainsi grandement à

(5) La théorie objective, construite sur la distinction entre des conditions ayant une valeur plus ou moins grande, remonte jusqu'à PUPENDORF, 1672 (HEIMBERGER, 144; elle est fréquemment soutenue au XVIII^e siècle, notamment par KRESS, J.-S.-F. BOEHMER, etc., et plus tard surtout par FEDERBACH et BERNER (1847 à 1861). En cette matière également il a été récemment fait appel à la « causalité psychique » (plus haut, note 3) pour motiver la distinction en question. Cf. FRANK, § 47, II. NAGLER demande pour l'action principale la volonté de causer.

rendre cette conception plus simple et plus claire.

1. Le **complot** est l'entente de plusieurs en vue de commettre un ou plusieurs crimes déterminés; la **bande** est l'association formée en vue de commettre plusieurs crimes non encore déterminés séparément.

L'opinion ancienne (se rattachant à la Carolina, art. 148) avait, ou bien rendu tous les membres responsables du résultat entier en tant qu'instigateurs réciproques, ou bien avait puni l'entente même comme tentative de l'infraction. La doctrine actuelle s'en tient par contre fermement au principe que l'infraction commise ne peut être imputée à chaque individu que dans la mesure où les conceptions de l'action principale, de l'instigation, de l'assistance ont été, le cas échéant, réalisées effectivement par la manière d'agir de chaque individu; qu'en outre il ne peut être parlé de tentative, tant qu'il n'existe pas de commencement d'exécution. Mais la législation reste parfaitement maîtresse de sanctionner pénalement, comme crimes indépendants, l'entente et l'association, ou d'en faire des motifs d'aggravation de peine. La législation impériale a adopté la première solution, quant au complot, dans le C. P. I., § 83, dans la loi sur l'espionnage de 1893, § 5, dans le C. P. Mil. §§ 59, 72, 100, 103, ainsi que pour le complot et la bande dans le § 6 de la loi sur les explosifs de 1884. Au contraire, dans les §§ 146 et 147 de la loi douanière de 1869 et dans les §§ 101 et 105 de la loi sur les gens de mer de 1902, le complot est traité exclusivement comme un motif d'aggravation de la peine, et il en est de même pour la commission en bande d'infractions dans les §§ 243, n° 6, 250 n° 2 du C. P. I., dans le § 135 du C. P. Mil., dans le § 146 de la loi douanière.

2. Le fait de favoriser (*Begünstigung*) n'est pas une forme de la participation de plusieurs agents à l'infraction. Car, étant possible seulement après la

commission de l'acte (6), il lui manque l'unique caractéristique commune à toutes les formes de la participation : la provocation d'une condition ayant amené le résultat survenu. Il constitue par suite une infraction indépendante et relève comme telle de la Partie Spéciale. Cette conception, qui n'est plus contestée dans la doctrine que par quelques auteurs (7), est suivie, contrairement au Code pénal français et au Code prussien de 1851, non seulement par le C. P. I., mais aussi par la majorité des lois étrangères et des projets étrangers.

V. — Le concept de la participation nécessaire (*Schütze* 1869) ou du *concursum necessarium*, fut peu heureux. Il existerait pour les infractions qui, d'après leurs incriminations particulières, exigeraient par définition l'action commune de plusieurs agents. Il faut ranger ici deux groupes d'infractions :

1. Celles dans lesquelles les actes de ceux qui agissent nécessairement ensemble se meuvent les uns vers les autres, le duel, l'achat de votes (délits de rencontre, *Begegnungsdelikte* d'après *Freudenthal*) ;

2. Celles dans lesquelles les actes de ceux qui agissent nécessairement ensemble convergent vers l'extérieur, comme la sédition, la mulinerie (délits de convergence, *Konvergenzdelikte* d'après *Freudenthal*). L'action en commun est alors, tantôt un élément constitutif de l'incrimination particulière (comme dans le C. P. I. (§§ 115, 122), tantôt un motif d'aggravation de la peine (C. P. I., §§ 123, al. 3, 223, a.).

Dans les infractions des deux groupes, est nécessaire le fait d'agir en commun quant à l'acte d'exécution, donc la co-action (8).

(6) Mais il est possible avant la consommation : A a blessé mortellement B ; avant que B ne meure, C favorise la fuite de A.

(7) Par exemple *KONLER*, I, 118 ; *MERKEL*, 153 ; récemment *BELNGL. Contre MEYER*, 5^e éd., cf. *MEYER-ALLFELD*, 559.

(8) En sens différent, *FREUDENTHAL*, 41 et sq., suivi par *FRANK*,

§ 50. — 1. L'acte principal.

BIBLIOGRAPHIE : *Förke*, Distinction fondamentale entre action principale et assistance, 1890. — *v. Helldorf*, thèse Halle, 1895. — *Neumeister*, Thèse Greisswalder, 1900. — *Helmer*, thèse Strasbourg, 1895. — *Haas*, thèse Fribourg, 1898. — *Yamakava*, thèse Göttinger, 1900. — *Riesenfeld*, thèse Rostock, 1902. — *Max Cohn*, thèse Heidelberg, 1904.

L'acte principal est la commission commencée ou achevée de l'acte d'exécution. Il y a lieu de distinguer deux cas principaux.

I. — L'auteur est tout d'abord celui qui exécute seul l'acte d'exécution, qui réalise seul les circonstances de fait de la définition légale de l'infraction (auteur unique) : l'auteur du viol est, par exemple, celui qui contraint une personne et en abuse sexuellement; le voleur à main armée est celui qui emploie la violence et qui vole la chose. Il n'y a pas alors de différence entre le résultat obtenu exclusivement par l'activité corporelle propre et celui qui est amené par l'utilisation des forces naturelles, ou d'un outil ou d'un animal.

II. — L'auteur est également celui qui se sert d'une autre personne (peut-être de la victime elle-même) comme d'un instrument et qui commet au moyen de celle-ci l'acte d'exécution (1). Cette proposition subit une limitation importante par la conception de la participation en droit positif (Cf. plus loin, § 51). Mais tant que cette conception n'intervient pas, la règle générale s'applique sans restriction (2). On

v. avant § 47. Mais le duel avec un paralytique est aussi peu concevable que la sédition d'un maître d'école avec 30 enfants de 10 ans.

(1) Sur l'utilisation du propre corps cf. plus haut, § 37, III.

(2) L'erreur sur la question de se connaître comme auteur ou comme participant, reste sans effet (cf. plus haut, § 39, III, 3). Celui qui ne sait pas que celui qu'il décide ou soutient est un malade

parle alors d'acte principal médiate (indirect) (fictif) ou d'action intellectuelle (3). Il en est ainsi :

1. Lorsque celui qui a été l'instrument de l'auteur n'est pas responsable. Celui qui, par exemple, met un couteau dans la main d'un épileptique pour que ce dernier tue une autre personne, est coupable comme auteur du meurtre. Et non seulement l'enfant, mais aussi le mineur pénal est absolument assimilé à l'insensé (cf. plus haut, § 33, notes 2 et 4). L'incitation d'un hypnotisé à commettre un acte punissable relèverait également du cas présent.

mental, est cependant puni comme auteur ; car l'intention de l'auteur existe même si l'auteur n'est pas fixé à ce sujet. *Contra* (avec BIRKMEYER et NAGLER), R XI, 56. FRANK, 3. Abschu, II, admet ici l'action par imprudence et OETKER, Handbuech des Strafprozesses (1907), 131, remarque 9, la complicité.

(3) 1. Le concept de l'action principale indirecte est aujourd'hui généralement admis par la doctrine et la jurisprudence, par ex. par R. I, 146, III, 96, IV, 256, XII, 67, XVIII, 419. — Cependant, divers auteurs croient que ce concept n'est pas applicable à certains délits. Dans ce sens, BELING, VERBRECHEN, 236 (pour les délits formels), BINDING, GRUNDRISSE, 116 (l'inceste, etc., doivent d'après lui avoir été commis *proprio manu*). BORCHERT, (Bibl., § 49) 99, 106, FRANK, I^{re} partie, III^e section, III, 2, HÖPNER, Z, XXI, 205, KÖHLER, I, 133, LÖNING (Bibl., § 43) 149, 150, NAGLER, 72 (en cas d'absence des conditions préalables juridiques) OLSHAUSEN, I^{re} partie, III^e section, 5. Ainsi serait exclue la responsabilité d'une femme en cas de viol, d'un non-parent ou allié en cas d'inceste, d'un non-fonctionnaire pour un pur délit de fonctions, si les uns et les autres avaient décidé un fou ou contraint un responsable à agir pour produire le résultat. Contre ces restrictions, MEYER-ALLFELD, 153. Les dites restrictions conduisent à l'impunité de celui qui se sert de l'homme comme instrument. C'est pourtant à ce point de vue que le C. P. I., § 160 (incitation au faux serment) doit son existence regrettable. Il en est de même du § 271, C. P. I. — 3. MITTER-MAIER, Z, XXI, 236, va encore plus loin en restreignant par principe l'action principale à la commission de l'acte d'exécution. Cette conception est non seulement inapplicable dans le droit en vigueur, mais encore elle est fautive en doctrine. L'établissement de distinctions théoriques dans l'action primitive conduit nécessairement à des confusions et à des contradictions.

2. Lorsque l'instrument n'a pas agi librement, c'est-à-dire a été contraint ; plus exactement, lorsque les circonstances prévues au § 52 C. P. I. ont existé (4).

3. Lorsque l'instrument a agi sans intention, c'est-à-dire sans prévoir les suites de son acte. Celui qui par tromperie décide la garde-malade à administrer de l'arsenic au lieu de la quinine prescrite par le médecin, n'est pas l'instigateur d'un meurtre qu'en somme l'infirmière n'a pas commis, mais il est lui-même le meurtrier (5). Dans les cas où la conscience de l'illégalité est un élément de l'infraction particulière, son absence est assimilée à l'absence de l'intention.

4. Lorsque l'infraction exige un dessein déterminé (par exemple l'intention de s'approprier dans le vol), mais que ce dessein fait défaut chez l'agent utilisé pour l'acte, tandis qu'il existe chez celui qui a utilisé l'agent (6).

Dans ces quatre cas (7), le jugement à porter sur l'auteur se détermine par la conduite de son instrument, en tant que l'activité de ce dernier est en question (8).

III. — Est en outre auteur celui qui a commencé ou achevé l'acte d'exécution en collaboration consciente avec d'autres (*co-action* (*Mittäterschaft*) d'après le § 47, C. P. I.).

(4) R, xxvi, 242, d'après qui chaque intervention illicite suffirait, va beaucoup plus loin (trop loin en présence du § 48 C. P. I.).

(5) De même R, xxxv, 332, xxxix, 298.

(6) Dans le même sens R, xxxi, 80 ; dans le doute FRANK avant § 47 (à cause de « l'instrument dolosif). En sens différent WACHENFELD, 272.

(7) Cf. plus-haut, § 35, I. De même FINGER, I, 337) GIRGINOFF (Bibl. § 35) 106, WACHENFELD, 272. — R, xxviii, 109 va très loin (un fonctionnaire a décidé un non-fonctionnaire à falsifier un document à lui confié ; R, admet l'action principale du fonctionnaire).

(8) Ainsi : 1. Si l'auteur décide avec succès, même par un mot, plusieurs individus à lui servir d'instruments, il n'existe pour lui

1. La co-action suppose donc la participation à l'acte d'exécution. Elle se distingue ainsi objectivement de l'assistance.

Est donc co-auteur, dans l'assassinat, celui qui a porté un coup mortel ; dans le vol, celui qui a enlevé la chose dans l'intention de se l'approprier ; dans l'escroquerie, celui qui a pris part à la tromperie. Dans les crimes dits composés (cf. plus haut § 31, 1) est co-auteur qui a commis même un seul des actes d'exécution composant le crime. Ainsi A et B (leur collaboration consciente étant admise) sont co-auteurs lorsque A fait violence à la femme C ou menace D d'un danger présent pour le corps et la vie, et que B abuse de la femme C ou enlève le portefeuille de D ; car la violence et la menace sont des éléments constitutifs de l'incrimination particulière du viol et du vol à main armée. Mais si A faisait le guet, tandis que B exécutait un vol avec effraction, A n'est jamais un co-auteur, mais un auxiliaire, car faire

qu'une seule infraction, en raison de l'unité de la manifestation de volonté (cf. plus loin, § 54, III, 1). De même, s'il décide le même instrument à commettre plusieurs infractions. — 2. L'auteur reste l'auteur, même s'il semble n'intervenir en apparence que par un acte d'assistance : par exemple, l'adulte A maintient la victime, pendant que le garçon B porte le coup de poignard. — 3. Si la loi exige une action corporelle déterminée (par exemple, celle de monter dans le § 243, n° 2), cette action doit être entreprise par l'instrument pour pouvoir être imputée à l'auteur. *Contra* R, xxiv, 86. — 4. L'action de l'instrument fixe le temps et le lieu de la commission (cf. plus haut, § 31, IV, 3). *Contra*, MEYER ALLFELD, 117. — 5. Il y a tentative achevée dès que la suite des événements est transmise à l'activité propre de l'instrument (donc avec l'éveil de la résolution chez le malade mental). Cf. plus haut, § 46, note 7. — 6. Par suite, le désistement de la tentative n'est à partir de ce moment, possible à l'instigateur que sous la forme du détournement du résultat (d'après le § 46, n° 2). — 7. Si l'instrument n'exécute pas l'action, il y a infraction manquée et non tentative (non-punissable) d'instigation. — 8. Le moment de la détermination décide de la responsabilité (cf. plus haut, § 37, III).

le guet n'est pas un acte d'exécution du vol (9).

2. L'intention du co-auteur comprend : 1° La conscience des éléments constitutifs particuliers de l'infraction ; 2° La conscience d'agir en commun avec

(J) Etat des opinions : 1. S'appuyant sur la déclaration expresse des motifs, le *Reichsgericht* (Trib. d'Empire) soutient, dans une série de décisions, le point de vue également très défendu en doctrine, d'après lequel la différence entre la co-action et l'assistance serait purement subjective et située dans la tendance de la volonté de l'auteur, c'est-à-dire d'après lequel le co-auteur doit avoir l'*animus autoris* (*dominateur*), tandis que l'auxiliaire a l'*animus socii* (*subordonné*), le premier voulant l'acte comme sien propre, et le second comme acte d'un autre. En admettant qu'il y ait eu une collaboration extérieure quelconque, c'est seulement la tendance de volonté qui importe, et non pas la participation objective ; peuvent donc être aussi considérés comme co-action les faits de procurer des instruments, d'écartier les obstacles, d'encourager l'agent direct, de faire le guet pendant que les autres délinquants exécutent l'infraction projetée en commun, même d'encourager par sa seule présence sur le lieu de l'acte. Dans ce sens R, en dernier lieu xxvi, 345 ; xxvi, 351 ; xxviii, 304, lxxxvii, 92 ; R. MIL, G., x, 86. C'est en somme le réveil évident de la vieille théorie du complot (plus haut, § 49, iv, 1). Le point de vue de R est partagé par BELING, 94. Verbrechen, 403 (toutefois une action préparatoire ne suffirait pas), BIERLING (Bibl., § 28), III, 148, BORCHERT, (Bibl., § 49), 44, KÖHLER, I, 96, NAGLER (Bibl., § 49), 76, 124 (volonté de provoquer), 93 ; OLSHAUSEN, § 47, 5 (avec un groupement très arbitraire des opinions). — 2. Dans le sens l'opinion du texte, l'ancienne jurisprudence de Berlin et de Munich ; BERNER (depuis 1861), 160, FINGER, I, 339 ; FRANK, § 47, II (plus haut, § 49, note 5) ; HAELSCHNER, I, 377, 420 ; LILIENTHAL, 45 ; LOENING, 93, 99 ; MERKEL, 144 ; MEYER ALLFELD, 197 ; WACHENFELD, 272, mais surtout BIRKMEYER. — 3. Une opinion intermédiaire est représentée par HAUPT, Z, xv, 578 ; MAX COHN et TJABEN, GA, XLII, 226. D'après eux, il existe entre les actes indubitables d'action principale et les actes indubitables d'assistance une large zone d'actes, dont le classement dans l'action principale ou dans la complicité ne peut être déterminé que par la tendance de volonté de l'agent. — La théorie « subjective » échoue complètement par le fait qu'elle doit considérer comme auxiliaire celui qui commet l'acte principal (le meurtre par exemple) avec une volonté qui se « subordonne », tandis que d'autre part, elle supprime complètement dans le complot l'idée d'assistance, puisqu'alors toute collaboration devient

les autres co-auteurs. Si cette conscience d'agir en commun fait défaut, la co-action est exclue. Il en est de même lorsque de la part de l'un des deux participants la responsabilité ou aussi l'intention sont absentes (10). Il en est encore de même lorsque le second agent profite de la situation créée par le premier agent sans en avoir une connaissance préalable (lorsque, par exemple, il abuse de la femme enchaînée par le premier).

3. La co-action n'est pas une forme de complicité (dépendante) à l'acte d'un autre, mais une action propre, indépendante. Par suite, chaque co-auteur est, quant à la peine, indépendant de ses co-auteurs; un co-auteur peut donc être condamné comme assassin, l'autre comme meurtrier, un troisième comme auteur d'un vol à main armée, un quatrième comme voleur simple (11). Et réciproquement : qui ne peut être auteur (par exemple le non-fonctionnaire dans un pur délit de fonction) ne peut non plus être co-auteur (12).

IV. — Mais également si plusieurs personnes ont pris part sans collaboration consciente à la venue ou au non-empêchement d'un même résultat, chacune

une action principale. À ce sujet BIERLING, 149, mais aussi (avec moi) MEYER-ALLFELD, 206.

(10) Cf. § 49, note 8. Dans le même sens, FINGER, I, 342, R, xvii, 413, xl, 21; en sens différent R, xix, 192.

(11) Dans le même sens HAELSCHNER, I, 439; *contra* BINDING, *Lehrbuch*, I, 28; FRANK, § 211, II; MERKEL, 307; MEYER-ALLFELD, 192, note 10; OLSHAUSEN, § 50, 5.

(12) Un cas de co-action est la « commission en commun », qui est fréquemment traitée par le C. P. I. comme circonstance aggravante. Exemples : C. P. I., §§ 119, 123, 223 a, 293; loi douanière, §§ 146, 147. L'aggravation n'intervient que s'il y a co-action (et non complicité ou action connexe). *Contra* BINDING, *Lehrb.*, II, 812. FREDENTHAL, 147 qui n'exige, ici aussi, qu'une action avec entente commune effective. Exact R. MIL, G., v, 153, vii, 198. La co-action est également nécessaire pour la commission en bande.

d'elles est responsable comme auteur, étant admis qu'il n'y a pas alors un cas de complicité (voir plus loin, § 51). En l'absence d'une disposition spéciale de la loi, la participation à l'acte d'exécution n'est pas ici nécessaire, d'après la règle générale. Il faut signaler spécialement, comme rentrant dans la présente hypothèse, les cas de coopération par imprudence ; par exemple, lorsque plusieurs démolisseurs jettent en commun, du haut de la maison qu'ils démolissent, une poutre sans prendre la précaution d'avertir les passants, et lorsqu'ils tuent par leur négligence un individu (cf. I. II, 1, D. 9, 2). Il en est de même lorsque les divers auteurs agissant simultanément ou successivement (13), ayant à la vérité chacun son intention, mais n'ayant pas la conscience d'une activité commune, amènent par leur œuvre d'ensemble le même résultat ou ne le détournent pas en commun. De même lorsque l'un agit intentionnellement et l'autre par imprudence. Enfin il faut encore compter ici les cas dans lesquels l'admission de la co-action est exclue par exemple par la maladie mentale de l'un de deux participants (plus haut, note 10). On peut dans ces cas, à la différence de la co-action réglée par la loi, parler d'**action connexe ou accessoire** (*Nebentäterschaft*), comme d'un sous-cas de l'**action plurale** (*Mehrtäterschaft*).

§ 51. — 2 La complicité (*Teilnahme*).

BIBLIOGRAPHIE : *Löwenheim*, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht (Beling Heft 9) 1897. — *Korn*, thèse Göttingen, 1902. — *Mintz*, thèse Dorpat, 1892. — *Tischler*, thèse Wurzburg, 1902.

La **complicité est la participation à un acte d'exécution commencé ou achevé par un autre**. D'après le

(13) Cf., plus haut, § 29, note 7.

droit en vigueur, la complicité est, ou bien une instigation, ou bien une assistance (1).

1. — **L'instigation** (*Austiftung*) est la détermination intentionnelle d'un autre à l'acte d'exécution punissable commis intentionnellement par lui, que cet acte soit un crime, un délit ou une contravention.

1. La loi ne nomme expressément comme moyens d'instigation, dans le § 48, al. 1, que les présents, les promesses, la menace, l'abus de la situation sociale ou du pouvoir, la provocation ou l'encouragement voulus d'une erreur. Mais les mots : « ou par d'autres moyens » laissent facilement reconnaître que cette énumération n'a été faite qu'à titre d'exemple, et que tout autre moyen, soit l'offre d'un pari, soit des prières et des adjurations, soit des railleries au sujet des remords et scrupules, soit même, le cas échéant, le fait de déconseiller en apparence de commettre l'acte, doit être considéré comme suffisant. Il faut seulement remarquer que l'empire exercé et les menaces ne doivent pas dégénérer en « contrainte » (*Nötigung*), et que l'incitation à l'erreur ne doit pas exclure le caractère intentionnel de l'acte effectif, car la commission personnelle médiate remplacerait alors l'instigation (voir plus haut § 50, II).

La détermination peut avoir lieu aussi par l'influence de plusieurs individus, soit que ceux-ci agissent en commun (comme co-instigateurs) ou indépendamment les uns des autres.

2. Un élément essentiel de l'instigation est la détermination intentionnelle d'un autre à l'acte commis par lui, c'est-à-dire l'éveil de la décision d'agir chez autrui. Offrir simplement l'occasion de commettre l'acte (par exemple nommer un témoin disposé au faux serment) ne suffit pas (2).

(1) Le G. P. I. parle de « participer avec un sens différent, dans les §§ 115, 116, 124, 125, 128, 129.

(2) Le § 20 de la loi sur la contrefaçon littéraire de 1870

3. D'après la conception de notre droit positif, l'instigation n'est pas l'acte d'un auteur (*Urheberschaft*) intellectuel, mais une complicité (non indépendante) dans l'acte d'un autre; elle ne porte pas en elle le motif de sa sanction pénale, au contraire cette dernière dérive dudit acte d'autrui (3). Le résultat de l'instigation est donc d'abord l'éveil, chez l'agent, de la décision d'agir. Mais ce résultat n'est pas punissable en soi, il ne l'est que lorsque la décision de l'agent l'a conduit à l'acte punissable, soit consommé, soit seulement tenté.

4. L'intention de l'instigateur consiste dans la conscience que par son intervention volontaire propre, la décision de commettre une action punissable déterminée est éveillée chez celui qu'il veut inciter. Lui-même doit donc concevoir cette action comme devant être commise par l'auteur (4). Si l'auteur provoqué commet une action essentiellement autre que celle provoquée par l'instigateur, l'intention de l'instigateur ne peut être admise quant à cette action (cf. plus loin, § 52, I, 2) (5).

5. La peine de l'instigateur doit être fixée d'après la pénalité qui s'applique à l'acte auquel il a sciemment

(encore en vigueur pour les lois des 9, 10 et 11 janvier 1876), contient une exception (assimilation de l'instigation, de l'action principale médiate et de l'action accessoire); « quiconque donne lieu, intentionnellement ou par imprudence à une autre personne d'organiser une contrefaçon imprimée », etc., est puni, que cet autre ait agi avec intention ou par imprudence ou sans faute de sa part.

(3) Cette conception est cependant contestée *de lege lata* par quelques-uns. Dans ce sens, notamment KOHLER, I, 106, NAGLER (Bibl., § 49) 146 et chez BINNING la même conception dissidente apparaît dans un certain nombre d'objections. En sens contraire, le sens exact, LOEWENHEIM (Bibl. § 49) 12.

(4) En sens très différent LOEWENHEIM (Bibl. § 49). D'après lui, une erreur de l'instigateur sur l'acte commis par l'auteur profané resterait sans importance. Dans le sens du texte, au contraire, KAIZENSTEIN, Z, XXI, 400 et KORN.

(5) Cf. plus haut, § 39, III. Également d'après R, xxxiv, 327

provoqué (6). Si l'auteur n'est coupable que d'une tentative, la peine est également abaissée pour l'instigateur.

II. — L'assistance (*Beihilfe*) est l'appui intentionnel fourni à un autre lors du crime ou délit commis intentionnellement par lui (C. P. I., § 49).

L'assistance, en cas de contravention, reste impunie (7).

1. Il n'y a appui au cours d'une action que si une condition du résultat a été effectivement procurée. Autrement, il n'y aurait que tentative (non punissable) d'assistance (8). L'appui peut être moral ou phy-

l'intention de l'instigateur n'a pas besoin d'embrasser toutes les circonstances de détail de l'acte.

(6) Différent de l'instigateur est le « meneur » (Dans ce sens C. P. I., §§ 115, 125; loi douanière de 1869, §§ 146, 147; loi sur les gens de mer de 1902, §§ 101, 103; loi sur le rapt d'esclaves de 1895, § 1, etc.). Cf. SCHWARZING (Bibl. § 99) 54. Par « meneurs » (*duces factionum* des Romains), nous devons donc comprendre les chefs moraux de la faction (*contubernium*), dirigeant les mouvements de leurs compagnons, mais non pas nécessairement les instigateurs. — Le C. P. I., §§ 128, 129 mentionne spécialement l'« excitateur », le « chef » (*Stifter, Vorsteher*). — La loi sur la contrefaçon littéraire (plus haut, note 2) et la loi sur le rapt d'esclaves parlent de l'« organisateur » (*Veranstalter*). C'est, ici aussi, la direction morale qui est décisive; mais cependant l'organisation ne signifie pas instigation, mais action principale. Sur « donner lieu » (*Veranlassen*), cf. plus haut, note 2. — La sommation ou défi (*Aufforderung*), se distingue de l'instigation en ce qu'elle ne suppose pas le résultat de celle-ci, c'est-à-dire la détermination d'autrui. Il en est de même de l'excitation (*Anreizen*) et du recrutement (*Anwerben*). Par contre, le fourvoiement (*Das Verleiten*) est un sous-cas de l'instigation. Très peu clair et contestable le § 10, al. 2 de la loi sur les explosifs de 1884.

(7) Le § 22 de la loi sur l'impôt de l'eau-de-vie de 1887, le § 47 de la loi sur l'impôt du sucre de 1893, le § 17 de la loi sur les vins mousseux de 1902, le § 18 de la loi sur les cigarettes de 1906, etc., punissent aussi l'assistance en matière de contravention. Cf. WEBER, GS, LVIII, 67.

(8) Prêter aide, secours, assistance (C. P. I. §§ 89, 180, 237) supposent la « stimulation » du résultat. En sens différent, R, VI,

sique (conseil ou acte) ; il peut aussi consister dans une promesse de favoriser ultérieurement, donnée avant l'acte (C. P. I., § 257, al. 3 ; plus loin § 52, IV). Mais lorsque l'intention ou le dessein se rapportent aux circonstances mêmes du fait incriminé, ils ne doivent jamais être une partie de l'acte d'exécution (plus haut, § 50, III). Ils se présenteront dans la plupart des cas comme une action telle que, commise par l'auteur, elle constituerait seulement une préparation (non punissable) à l'acte. L'assistance peut également se commettre par omission, au cas où il existait une obligation juridique d'agir. Mais l'omission de dénoncer ne peut, en raison de la disposition spéciale du C. P. I., § 139, être punie comme assistance, lorsque l'obligation de dénoncer n'est pas indépendante du dit § 139.

2. L'assistance n'est punissable que comme appui intentionnel d'un acte intentionnel (9).

3. L'intention du complice (auxiliaire) embrasse : 1° la représentation de son action propre ; 2° la représentation de l'acte d'un autre ; 3° la représentation que la seconde action est soutenue par la première. Par contre, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait connaissance de l'aide qui lui est fournie.

4. En tant que participation (non indépendante) à l'acte d'un autre, l'assistance suppose inévitablement qu'il existe de la part de l'auteur une infraction, ne fût-ce qu'à l'état de tentative. Réciproquement elle se trouve exclue après l'achèvement de l'acte, si celui-ci n'est pas un délit continu (plus loin, § 54, III, 2 e.).

169. Dans le même sens que le texte, FINGER, I, 356, HAAPT, Z, xv, 569 ; FRANK, § 49, II. Cependant l'assistance psychique tentée peut apparaître comme assistance psychique consommée.

(9) Exception dans le C. P. I., § 121, al. 2 (fait de favoriser par imprudence l'évasion d'un prisonnier). Cependant il n'existe précisément alors aucun acte de complicité, mais un crime indépendant.

5. La peine de l'auxiliaire se détermine suivant la pénalité applicable à l'acte auquel il a sciemment fourni son aide, mais toutefois elle doit être atténuée d'après les principes établis pour la répression de la tentative (cf. plus loin, § 70, 1). S'il y a assistance à une action seulement tentée, il y a lieu de réduire la peine de deux degrés (10).

§ 52. — 2. La complicité. Conséquences.

BIBLIOGRAPHIE : *Binz*, thèse Erlangen, 1895. — *Wilhelm Meyer*, thèse Erlangen, 1897. — *Wuttig*, (*Beling* xl) 1902. — *Weinberg*, thèse Fribourg, 1904. — *Dopffel*, thèse Tübingen, 1899. — *Heilborn*, *Der Agent provocateur*, 1901. — *Kutzenstein*, Z, XXI, 374. — *Korn*, (v. *Bibl.*, § 51).

I. — Seules, l'instigation ou l'assistance intentionnelles à un acte intentionnel sont des faits de complicité au sens de la loi (1).

(10) Dans quelques cas seulement la loi réprime l'auxiliaire de la même peine que l'auteur : C. P. I., § 143, loi impériale sur le timbre de 1894, § 3, C. de Com., § 318. Une échelle pénale spéciale pour l'assistance est contenue dans les §§ 203 et 219 du C. P. I., également dans la loi sur le timbre des effets de commerce de 1839, § 15 et dans la loi sur l'émigration de 1837, § 48. — Il faut observer, en outre, que partout où le législateur assimile, quant à la peine, la tentative et la consommation, ou même, punit déjà le simple fait d'entreprendre de la peine de la consommation (voir plus haut, § 40, VI), en raison de l'impossibilité effective de procéder à la réduction prescrite de la peine, l'auteur et l'auxiliaire tombent sous le coup des mêmes degrés de la peine. Par suite, il y aura lieu, notamment, de punir de la mort, en vertu du § 80 C. P. I. non seulement l'assistance à l'assassinat consommé, mais même à l'assassinat tenté. En sens contraire, R, XII, 64 ; FRANK, § 80, IV ; OLSHAUSEN, § 80, 7. BINDING, *Lehrb.* II, 448, BISOUCRIDES (*Bibl.* § 165), 122, KÖHLER, GA, LI, 136. De même tout naturellement dans le cas où le législateur lui-même a renoncé à la distinction entre l'action principale et la complicité (cf. plus haut, § 49, note 2) ou a fait des actes de complicité des infractions indépendantes (cf. plus loin, § 52, note 6).

(1) Dans ce sens l'opinion commune, et aussi MEYER-ALLFELD, 187. Par contre, admettent la complicité quant aux infractions

1. Donc, ne constitue pas une complicité :

a) La provocation intentionnelle ou l'assistance intentionnelle à un acte commis par imprudence. Il s'agit alors bien plutôt d'un cas d'action principale médiate (voir plus haut, § 50, II) (2).

b) La provocation par imprudence ou l'assistance par imprudence à un acte commis par imprudence. Ici s'applique la règle générale que tout individu qui, par sa conduite, a exécuté une condition du résultat survenu, doit être rendu responsable de ce dernier en qualité d'auteur connexe (*Nebentäter*) (voir plus haut, § 50, IV).

c) La provocation ou l'assistance par imprudence à un fait intentionnel doivent rester impunies. La complicité au sens technique ne peut être admise, parce que l'élément constitutif de l'intention, nécessaire d'après la loi, fait défaut; et il faut aussi écarter la commission personnelle médiate, parce que, par hypothèse d'après l'incrimination, l'action libre et intentionnelle de l'auteur immédiat interrompt le rapport causal (cf. plus haut, § 29, IV).

2. L'instigateur et l'auxiliaire ne sont responsables que pour l'action intentionnellement provoquée ou secondée.

par imprudence : BELING, Z, XVIII, 272, BINDING, Grundriss, 152, BINTZ, BIRKMEYER, Teilnahme, 141, OLSHAUSEN, §§ 48, 18 et 49, 18, WEINBERG, WATTIG.

(2) Dans le même sens, R, XXXIII, 175; KATZENSTEIN Z, XXI, 378. *Contra*, BELING, Z, XVIII, 272; BINDING, Grundriss, I, 127; BIRKMEYER, Teilnahme, 141; VAN CALKER (Bibl. § 122), 248, 258; OLSHAUSEN, § 48, 18, mais surtout BINTZ. D'après eux, celui qui méchamment détermine un individu de bonne foi, ne serait donc responsable que d'imprudence, et resterait en conséquence impuni dans les cas où seule la commission intentionnelle est punissable. Il est vrai que BELING et OLSHAUSEN admettent le concours idéal avec action principale médiate et échappent ainsi à cette conséquence inadmissible : mais le second en partie seulement, car il restreint essentiellement (plus haut, § 50, note 3) le domaine d'application de l'action principale médiate (indirecte).

a) Si l'acte de l'auteur provoqué et l'intention de l'instigateur ne s'adaptent pas en un point essentiel, il n'existe pas sur ce point de provocation (*excessus mandati*). Si l'individu, provoqué à un vol qualifié, a commis un assassinat, si celui qui a été poussé à une escroquerie commet un vol (ou réciproquement), l'action commise ne peut être imputée à l'intention de l'instigateur. Ce n'est que si l'action commise par l'auteur provoqué apparaît constituer un degré plus grave de celle à laquelle il était provoqué, que le degré moindre peut être imputé à l'intention de l'instigateur; ce serait, par exemple, le cas si l'individu provoqué à commettre un vol simple commettait un vol à main armée ou un vol qualifié. Il y a lieu de remarquer ici que l'intention indéterminée embrasse tous les résultats non exclus (voir plus haut, § 39, III) et que le complice se voit imputer le résultat, même non prévu par lui ou non à prévoir pour lui, et cela en quelque mesure qu'il soit fait abstraction de toute faute chez l'auteur (3).

b) Ce qui vient d'être dit s'applique aussi lorsqu'il existe, de la part de l'auteur provoqué, une *error in objecto* ou une *aberratio ictus* (cf. plus haut, § 40, III). Dans ces cas également interviennent les règles générales sur les conséquences de l'erreur. Toutefois, si en raison de ces règles l'intention de l'auteur apparaît comme exclue, l'action personnelle médiate de la part de l'instigateur peut être admise (4).

(3) De même R. MÜL, G, x, 222. Cf. plus haut § 36, note 8.

(4) Cf. un certain nombre d'ouvrages se rapportant à un cas de la pratique (v. LISZT, *Strafrechtsfälle*, 8^e éd., 1906, n^o 44). BOEHLAU, *Der Kriminalprozess Rose-Rosalb*, 1859. GOLTDAMMER et HAELSCHNER, GA, VII, 322; BOEHLAU, GA, VIII, 156; PFOTENHAUER, GS, XIII, 253; GESSLER (Bibl. § 40) SCHÜTZE, 365. GEYER, HH, II, 360, KORN, SIEGEL et LOEWENHEIM (Bibl. § 49). — Rosalb avait, en 1858 près de Halle, incité Rose à tuer Schliebe; Rose prend Harnisch pour Schliebe et le tue d'un coup de feu. L'opinion dominante (plus haut, § 40, note 5) considère Rose comme le meur-

c) Si l'incrimination d'une infraction exige un motif déterminé (par exemple le profit personnel dans le proxénétisme), le complice doit savoir que ce motif détermine l'auteur, mais quant à lui-même, il n'a pas besoin d'être déterminé par ledit motif (5).

II. — La criminalité de la complicité a pour condition la criminalité de l'action principale.

1. L'instigation et l'assistance sont donc impossibles, lorsque l'action principale n'est pas criminelle (cependant il peut y avoir alors action médiate), mais elles ne sont pas influencées par la suppression de la criminalité de l'auteur (motif personnel d'exclusion de peine, motif de suppression de la peine), ou par l'absence d'une condition préjudicielle à l'action judiciaire.

2. a) L'instigation tentée, mais manquée ou non consommée, n'est pas une instigation, car l'infraction de l'auteur fait défaut (6). Elle ne peut pas non plus être punie comme tentative de commission personnelle de l'infraction. Il faut citer également ici l'instigation de l'individu dit *omnimodo factururus*, c'est-à-dire de celui qui est déjà décidé à l'acte avant qu'on agisse sur lui.

b) De même l'assistance tentée, soit non consommée, soit manquée, doit rester impunie (6).

3. a) L'instigation à la tentative n'est pas plus

trier, Rosahl comme l'instigateur à l'assassinat. Sur les conséquences vraiment impossibles tirées de cette opinion, cf. SIEBEL.

(5) Dans le même sens R, xx, 12. Cf. par contre la règle donnée plus haut, § 50, II, 4.

(6) Cependant le législateur peut menacer d'une peine, comme infraction indépendante, l'instigation restée sans résultat. C'est ce qu'il a fait, arbitrairement il est vrai, dans le C. P. I., §§ 49 a, 85, 144, 141, 159, 357; règlement sur les gens de mer de 1902, § 102; C. P. MIL, §§ 99, 100, 110, 116, 149. Loi sur la concurrence de 1896, § 10; loi sur les syndicats dans la teneur de 1896, § 145 a. De même, pour l'assistance tentée, cf. C. P. I. §§ 141, 347, et pour l'assistance à une action impunie en elle-même, cf. C. P. I., §§ 120, 121, 180, 285, 347, 354, 355.

possible que la tentative d'instigation. L'intention de l'instigateur doit, aussi bien que celle de l'auteur, tendre à l'exécution. Si cette intention fait défaut à l'auteur (celui-ci veut par exemple seulement « essayer » si la fausse clef peut ouvrir), il n'y a pas, en somme, de tentative coupable. Si elle manque à l'instigateur (celui-ci veut par exemple que l'auteur soit surpris au cours de la tentative), il ne peut alors être question d'instigation. L'« agent provocateur » n'est donc punissable que s'il pousse l'auteur à l'exécution (consommée), pour le livrer peut-être ensuite au châtement (7). En effet, il y a alors instigation consommée à une infraction consommée.

b) De même l'assistance est exclue, lorsque l'auxiliaire prévoit que le résultat ne se produira pas ou ne peut nullement se produire (8).

III. — De la non indépendance de la complicité résulte encore :

1. L'instigation à l'instigation et l'instigation à l'assistance se présentent comme une complicité médiate dans l'action principale ; la première doit être punie d'après l'échelle pénale primitive fixée pour l'action principale, la seconde d'après l'échelle pénale réduite de l'assistance. L'assistance à l'assistance et l'assistance à l'instigation sont aussi une complicité

(7) En sens exact BIRKMEYER, *Teilnahme*, 166 ; FINGER, I, 35t, FRANK, § 48, III, KATZENSTEIN, Z, XXI, 374 ; KOHLER, I, 121, WACHENFELD, 274. Mais surtout R, xv, 315. LÖRVENHEIM (Bibl. § 49) 50 ; OLSHAUSEN, § 48, 14, admettent la culpabilité également pour l'instigation à la tentative. HEILBORN (Bibl. § 52) est aussi partisan de la culpabilité de l'agent provocateur. GEYER, HH, II, 349, IV, 161 ; MEYER-ALLFELD, 188 prétendent distinguer entre la consommation formelle et la consommation matérielle (apparition d'une « lésion réelle », plus haut, § 46, I). Cf. note 8.

(8) L'auxiliaire sait par exemple que la substance abortive ne peut avoir d'effet. Dans le même sens ici l'opinion commune, et surtout OLSHAUSEN, § 49, 21, ainsi que R, xvi, 25, xvii, 377.

médiatedans l'action principale; en conséquence, dans le premier de ces deux cas, il y a lieu de ne procéder qu'une fois à la réduction de la peine imposée par le § 49 C. P. I. (9).

2. L'instigation plurale à une seule et même action principale ne constitue toujours qu'une seule infraction; cependant il peut y avoir action plurale quant à l'instigation d'un même auteur par plusieurs personnes. Si, par un seul et même acte, par exemple par un propos irritant, il y a instigation à plusieurs actions principales, l'unité d'action existe en raison de l'unité de la manifestation de volonté et malgré la pluralité de résultats (voir plus loin, § 54, III, 1) (10).

3. L'instigateur, de même que l'auxiliaire, reste impuni si lui-même empêche, soit par son influence morale, soit par son concours matériel, la réalisation de l'action punissable (le « désaveu » ne suffit pas). Le complice s'assure personnellement l'impunité s'il empêche l'achèvement de l'acte d'exécution § 46, numéro 1, C. P. I. De même, lorsqu'il y a tentative achevée, l'instigateur, de même que l'auxiliaire, peut s'assurer par le détournement volontaire du résultat (C. P. I., § 46, n° 2; voir plus haut, § 48) un motif personnel de suppression de peine.

4. Lorsque le législateur réprime les actes de tentative ou de préparation comme des infractions indépendantes (plus haut, § 46, VI), auteur et complices sont alors soumis aux mêmes degrés de peine (plus haut, § 51, note 10). Cette règle s'applique également lorsque des actes de complicité sont punis par la loi comme des infractions indépendantes (voir plus haut, note 6).

(9) Dans le même sens R, XXIII, 300 et BINDING, *Grundriss*, I, 28. *Contra*, FRANK, § 49, III.

(10) Donc, pas de concours réel. En sens exact, BÜNGER, Z, VIII, 712; FRANK, § 73, III; KOHLER, I, 116; MEYER-ALLFELD, 193. OL-SHAUSEN, § 73, 19. *Contra* R, XI, 37, XIV, 92; en outre, BIRKMEYER, *Teilnahme*, 181; MERKEL, 147. Cf. plus haut, § 50, note 7.

IV. — En cas de participation plurale de la même personne à la même infraction, la forme subordonnée (complicité) ou plus légère (assistance) de la participation est absorbée par la forme indépendante (acte principal) ou plus grave (instigation) (plus loin, § 56, II.) Lorsque l'instigateur prend ensuite part à l'exécution de l'infraction comme auteur ou aussi comme auxiliaire, le droit pénal le traite, dans le premier cas, seulement comme auteur, et, dans le second, seulement comme instigateur (11).

Favoriser n'étant pas un mode de complicité (voir plus haut, § 49, IV, 2), l'instigateur à une action punissable ainsi que l'auxiliaire pourraient, en soi, se rendre coupables (en concours réel) du fait de favoriser par rapport à l'objet obtenu par l'auteur. Cette possibilité est exclue par la prescription formelle du C. P. I., § 257, al. 3 (voir plus loin, § 183.)

V. — L'application des principes concernant la complicité est soumise à certaines restrictions.

1. La personne, dont les intérêts sont protégés par une sanction pénale, ne peut être punie pour complicité d'une infraction commise contre cette prescription de la loi. Par exemple, la jeune fille enlevée ne peut être punie pour avoir aidé à l'enlèvement, l'écolière ne peut être punie pour avoir incité le professeur à commettre l'infraction du § 174, al. 1, du C. P. I. ; le mineur dupé n'est pas punissable d'après les §§ 301, 302, et il en est de même de la victime de l'usuré d'après le § 302 a.

2. Lorsque la loi frappe d'une peine spéciale des actes de complicité comme infractions indépendantes, tandis que l'action principale reste impunie, l'auteur ne peut être puni comme instigateur ou auxiliaire de l'acte de complicité. Celui qui paie le

(11) Dans ce sens R, xxvii, 273 (l'auteur comme instigateur de son auxiliaire); xxxiii, 401 (l'instigateur a déterminé l'auteur et l'auxiliaire) : il n'y a pas lieu d'admettre le concours réel. FREUDENBAL (Bibl. § 49) 49, 67, 79 admet ici la subsidiarité.

proxénète reste impuni, de même que le prisonnier qui détermine une autre personne à l'aider dans son évasion.

3. Si l'impunité de certaines personnes ressort de l'ensemble des dispositions de la loi, ces personnes ne peuvent pas non plus être punies comme complices d'un acte d'autrui (12). Ceci s'applique par exemple au § 243 de la loi sur les faillites (vente de votes).

§ 53. — La complicité. Influence des circonstances personnelles.

BIBLIOGRAPHIE : *Krug*, Die besondern Umstände der Teilnehmer, 1899 (*Beilage*, Heft 24). — *Sananini*, thèse Erlangen, 1897. — *Bull*, thèse Rostock, 1902. — *Koppmann*, thèse Erlangen, 1908. — *Nagler* (v. Bibliog. § 49). — *Kohler*, GA, LI, 169.

I. — De la nature subordonnée de la complicité résulterait : 1° La criminalité de l'action de l'auteur réglerait aussi celle de l'instigateur et de l'auxiliaire, lorsque la criminalité de l'action est motivée, augmentée ou diminuée par les qualités personnelles ou par la situation de l'auteur; 2° les qualités personnelles et la situation des complices ne devraient nullement être prises en considération. Au contraire, il en serait autrement pour les co-auteurs et les auteurs connexes (voir plus haut, § 50, III, IV), dont chacun a une criminalité personnelle indépendante, c'est-à-dire est punissable d'après ses qualités personnelles et sa situation propres.

II. Le droit en vigueur a reculé devant l'adoption absolue de cette conséquence de la nature subordonnée de la complicité et par la disposition du § 50 C. P. L., (1), il a limité lui-même la portée de sa propre conception.

(12) Cf. les explications très justes de FREUDENTHAL (Bibl. § 49) 91, 117. En général, le Tribunal d'Empire a semblé décliner les 2° et 3° règles. Voir la Partie spéciale.

(1) Cette disposition n'existait pas dans le Code pénal prussien de 1851.

4. — D'après le § 50, les **qualités personnelles ou les circonstances qui augmentent ou diminuent la criminalité**, doivent, contrairement à la déduction qui vient d'être faite (sous 1), être constamment imputées à ceux des participants dans la personne desquels elles résident, mais seulement à ceux-là.

Exemples : Si le non-parent B a déterminé le fils A du père C, ou s'il a déterminé la mère A du nouveau-né C, l'un au parricide et l'autre à l'infanticide ; ou si, réciproquement, le fils A ou la mère A ont prêté assistance à l'étranger B dans le meurtre du père C ou de l'enfant C : dans ces deux cas, l'étranger B devra être jugé d'après les dispositions concernant le meurtre ordinaire, le fils A et la mère A d'après celles qui concernent, pour l'un le parricide et pour la seconde l'infanticide. Cela s'applique également aux circonstances telles que la jeunesse, la récidive, les aggravations pénales résultant de la profession ou de l'habitude (2), etc. Et la même application doit être admise également pour les éléments constitutifs de la préméditation, établissant la distinction entre l'assassinat et le meurtre (3).

2. Si, au contraire, il s'agit de **qualités personnelles ou de circonstances qui seules font d'un acte non punissable en soi un acte punissable**, c'est-à-dire qui motivent seules la criminalité, sans l'augmenter ni la diminuer, ces qualités et circonstances doivent être constamment, d'après la règle posée sous 1, imputées aussi aux complices instigateurs et auxiliaires (mais non inversement) (4). Ici, la subor-

(2) Reconnu par R pour ces deux dernières circonstances : Déclaration des Sénats réunis du 18 avril 1894, xxv, 266. Contre l'admission de la récidive, FRANK, § 50, II. Cf. aussi § 149, loi douanière de 1869.

(3) Même sens FINGER, I, 363, HAELSCHNER, I, 438. *Contra*, l'opinion dominante qui punit les complices pour assassinat, s'ils savaient que l'auteur agissait avec préméditation, VON LIEZT, *Rechtsvergleichung*, v, 43. Cf. plus haut, § 50, note 11.

(4) Même sens R, xxviii, 100.

44 § 53. — LA COMPLICITÉ. CIRCONSTANCES PERSONNELLES

dination de la complicité est pleinement reconnue.

Exemples : L'instigation et l'assistance à une pure infraction à des devoirs de fonction doivent être jugées d'après les dispositions existant pour cette infraction, tandis qu'il n'y a même pas d'infraction si le fonctionnaire est instigateur ou auxiliaire, et qu'un non-fonctionnaire est auteur, car le non-fonctionnaire ne peut commettre une infraction à des devoirs de fonction que comme auteur médiateur, et non comme auteur immédiat. Il en est de même pour la complicité de civils à une infraction militaire (5).

III. — Les motifs de suppression de peine, l'absence de conditions préjudicielles à l'action et les motifs personnels d'exclusion de peine n'ont jamais d'influence, conformément à leur essence et sans qu'il soit besoin de disposition expresse à leur sujet, que pour ceux des participants dans la personne desquels ils existent (Cf. plus haut, § 48, note 5).

(5) Même sens HECKER, GA, xxx, 218, M. E. MAYER, *Rechtsvergleichung*, I, 392, MEYER-ALLFELD, 191; NAGLER (Bibl., § 49) 116; en outre R, xxv, 234, xxvii, 128, xxxviii, 417; *contra*, FINGER, I, 364, KOHLER, I, 135, KOPPMANN, SEUFFERT, L. P. C., I, 78, SONNINI. L'application des peines militaires privatives de liberté peut alors conduire à des difficultés. Cf. OLSHAUSEN, §§ 48, 32.

III. — UNITÉ ET PLURALITÉ DES INFRACTIONS

§ 54. — Unité et pluralité des actes.

BIBLIOGRAPHIE. — *V. Buri*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879. — *Merkel*, IH, II, 579, II, 225. — *Hiller*, GS, xxxii, 195. Le même dans *Grünhut*, XIII, 126. — *Schütze*, Z, III, 48. — *Binding*, I, 349, 500, 547. — *V. Liszt*, Z, VI, 694. — *Bünger*, Z, VIII, 520. — *Max Beraer*, Der Grundsatz des Ne bis in idem im Strafprozess, 1891, p. 63. — *Orloff*, GA, xxxii, 395. — *Le même*, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, XLII, 97, 202. — *Habermaas*, Die ideale Konkurrenz der Delikte. Dissertation couronnée à Tübingen, 1882. — *Löwenstein*, Thèse Tübingen, 1883. — *Heinemann*, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893. — *Wachenfeld*, Theorie der Verbrechenkonkurrenz, 1893. — *Kohlrausch*, Thèse Greifswald, 1899. — *Köhler*, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900. — *Höpfner*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901. — *Brunner*, II, 541. — *Schreuer* (Bibl. sur § 4), His, 100. — *Hinschius*, Kirchenrecht, V, 944.

I. — L'infraction est un acte, c'est-à-dire (voir plus haut, § 28) un changement dans le monde extérieur imputable à la volonté humaine. S'il n'existe qu'un acte, il n'existe donc qu'une infraction (1).

(1) Dans le même sens, *Höpfner*. *Contra* *BELING*, Verbrechen 306, le comte de *DOHNA* Z, xxvii, 329, *FINGER*, I, 367, *FRANK*, § 73, II, *KOHLER*, *MEYER-ALLFRED*, 353. Mon opinion est que l'infraction est un acte d'un genre déterminé, que par suite le concept de l'acte représente, pour le concept de l'infraction, le concept de variété. Il va de soi que ce concept est formé par l'unité de but (*Zweckeinheit*), car c'est sans exception la qualité de chaque concept. Le problème à résoudre se pose comme suit :

II. — L'unité d'acte existe en tout cas lorsqu'un résultat unique a été produit par un acte volontaire unique, lorsque, par exemple, un homme a été tué d'un coup de fusil (2).

III. — Il peut, en outre, avoir existé unité d'acte :

1. Par l'unité de l'acte volontaire malgré la pluralité du résultat. Lorsqu'un mot est une injure pour plusieurs personnes, qu'un coup de feu atteint plusieurs oiseaux sauvages, qu'une négligence imprudente fait périr des centaines d'individus, il n'existe toujours qu'un seul acte (cf. plus loin, § 56, note 1). A cela, la diversité même des résultats survenus ne peut rien changer. Si la pierre lancée a tué un homme, puis en a blessé un second et enfin a mis une vitre en miettes, nous ne pouvons parler que d'une action avec plusieurs résultats, mais jamais de plusieurs actes (3).

2. Par l'unité du résultat final survenu, ou même (dans la tentative) seulement représenté, malgré la

Résoudre la question de l'unité d'infraction d'après l'unité d'action, mais résoudre celle-ci d'après les éléments du concept de l'action. Intéressant BIERLING (Bibl. § 28) 128. Celui qui, comme BINDING, définit le délit comme transgression de la norme, doit en arriver à admettre autant d'infractions qu'il y a de normes violées. Également, d'après FINGER, I, 372, l'unité d'infraction est la réalisation en une fois du fait décrit dans une loi pénale positive. Mais FINGER reconnaît lui-même qu'il n'est pas possible de concevoir à ce point de vue les §§ 73, 74, C. P. I.

(2) Même lorsque la production du résultat tombe sous le coup de plusieurs lois pénales. Cf. plus loin, à ce sujet, § 56, surtout note 2.

(3) Dans le même sens très nettement R, XXI, 63. — La conclusion suivante est erronée : l'action est causalité ; plusieurs résultats demandent plusieurs causalités ; donc, il existe plusieurs actions. Dans ce sens (contre l'esprit et la lettre de la loi) v. EURL, *Einheit*, 107 ; *Kausalität* (1885), 80, GS, XLI, 435 ; *contra*, BÜNGER, Z, VII, 608 ; HAELSCHNER, I, 657, note 1 ; HILLER, GS, XXXII, 200 ; MEYER-ALLFELD, 353 ; OLEHAUSEN, § 73, 2. — L'erreur réside dans l'assimilation de l'action et du résultat.

pluralité des actes volontaires (4). Toutefois, pour chaque espèce, il faudra apprécier, d'après les règles suivantes, s'il y a lieu d'admettre l'unité du résultat :

a) Pour les intérêts juridiques qui ne peuvent être lésés ou menacés que dans la personne de leur possesseur (comme la vie, l'honneur, la liberté sexuelle), l'unité ou la pluralité du résultat est décidée par l'unité ou la pluralité des personnes atteintes. Si A tue B d'une série de coups de hache ou l'insulte d'un flot d'injures, l'unité de l'acte existe par l'unité du résultat.

b) La question présente de bien plus grandes difficultés pour les autres biens qui sont accessibles au risque ou à la lésion même lorsqu'ils sont détachés de la personne de leurs possesseurs (ou seulement lorsqu'ils en sont détachés). Il est indubitable qu'il n'existe qu'un seul dommage à une chose lorsqu'une statue de marbre est mise en pièces à coups de marteau répétés, lorsqu'une machine est détériorée et mise hors d'usage par un travail de longue haleine, interrompu peut-être à plusieurs reprises. Mais même l'enlèvement de plusieurs choses emportées séparément, l'endommagement de plusieurs objets par des coups portés à plusieurs reprises, peuvent apparaître comme une seule action, et cela même lorsque les choses enlevées ou endommagées appartiennent à plusieurs propriétaires. L'unité du résultat peut ici exister grâce à la réunion des objets qui se trouvent dans la même devanture, dans le même hôtel ; donc, par l'unité de la surveillance. Si ce rapport de réunion fait défaut (par exemple A a dupé

(4) Il est difficile ici de tracer une démarcation par rapport aux cas traités plus loin, § 55. Etudes très approfondies, mais de résultat à peine satisfaisant chez HÖFFNER, 222 (il demande pour l'« identité de l'action » la continuité dans le temps et un « certain rapport psychique »). Cf. aussi PFEFFERLE, 28, 40. — L'omission apparaîtra probablement constamment comme une manifestation de volonté unique. Mais cf. aussi sous 2 c. .

plusieurs personnes par des propos mensongers concordant tout à fait entre eux), l'unité d'action ne peut être admise, mais bien celle de l'infraction (infraction continue, plus loin, § 55, II).

c) Aux droits de propriété se rattachent les droits d'auteurs ou inventeurs. De toute façon il est inexact de vouloir faire décider ici seulement par le nombre des personnes lésées (5). Que l'on pense aux ouvrages collectifs, constitués par les travaux de différents auteurs.

d) Souvent la loi elle-même rappelle, en se servant d'expressions telles qu'elles embrassent une pluralité d'actes séparés, que la pluralité des actes volontaires doit être, à cause de l'homogénéité du résultat final, conçue comme une unité. Ainsi, les §§ 146 et sq. du C. P. I. ne parlent pas de la contrefaçon de pièces de monnaie prises séparément, mais de monnaie, etc., en général; ainsi le § 177 C. P. I. emploie, comme beaucoup d'autres, le pluriel « actes impudiques »; ainsi, enfin, il existe dans les expressions « duel », « rixe », « mauvais traitements », « exercice d'une industrie », « entreprise d'une loterie » et dans bien d'autres l'idée d'ensemble d'une série d'actes séparés. Cependant, il est inexact ou au moins trompeur de parler ici avec v. Buri « d'unité légale ». Car l'unité n'est pas créée par la loi seulement, mais elle se fonde dans l'homogénéité du résultat final; c'est un cas d'unité naturelle d'action (6).

e) L'infraction continue (infraction durable), (*fortdauernde Verbrechen, Dauerverbrechen*), c'est-à-dire la réalisation ininterrompue de l'état de fait criminel, ne contient, elle aussi, qu'une action, en raison de l'unité du résultat; par exemple, la séquestration prolongée pendant des semaines et des mois, le changement continu d'état-civil, le fait de laisser

(5) En sens différent toutefois l'opinion prépondérante.

(6) *Contra* RATHENAU (Bibl. § 55) 74, ainsi que GS, LVI, 95.

un enfant mourir de faim. Cela s'applique également, bien que pour un autre motif, à ce que l'on nomme l'**infraction instantanée** (*Zustandverbrechen*), dans laquelle, comme cela est le cas pour la bigamie ou la lésion corporelle déterminant une consommation lente, l'état illicite durable créé par l'action une fois terminée n'est plus ensuite pris en considération par le droit pénal.

§ 55. — Pluralité d'actes et unité d'infraction.

BIBLIOGRAPHIE. — Sur l'infraction continue : Travaux anciens de *Krug*, v. *Schwarze*, v. *Woringen* (1842), *John* (1866), *Merkel* (1862). — Puis *Merkel*, HH. II, 573, IV, 225. — v. *Buri*, Beiträge, 144. — *Binding*, I, 540. — *Koch*, GA., xxxix, 245. — *Rathenau*, Thèse Berlin, 1896. — *Le même*, GS, LVI, 81. — *Neuburger*, Thèse Erlangen, 1896. — *Prager*, Zur Lehre von fortgesetzten Verbrechen, 1896. — *Farnbacher*, Thèse Erlangen, 1897. — *Schütze*, Z, III, 48 (pour II, 4). — v. *Bulow*, GS, LIX, 177. — *Höpfner* (Bibl., § 54), 257. — Pour III : *Dochow*, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, 1871. — v. *Lilienhal*, Beiträge zur Lehre vom den Kollektivdelikten, 1879. — *Wahlberg*, Ges. Schriften, I, 136. — *Grennat*, Jahrbücher, I, 54. — *Heinsheimer*, Z, xx, 564. *Schaub*, thèse Marbourg, 1905.

I. — Une pluralité d'actes peut aussi, au point de vue du droit pénal, apparaître comme une **unité d'infraction** (*Verbrechenseinheit*).

Dans ces cas, l'unité doit être considérée et traitée comme telle sous tous les rapports juridiques. L'infraction juridiquement unique est donc commise partout et dans chacun des moments où l'une des actions a été commise ; en cas de changement dans la législation, c'est la loi la plus indulgente qui est appliquée, et en cas de conflit entre le droit national et le droit étranger, c'est le premier qui prévaudra. Si même un seul des actes séparés fait l'objet d'une aggravation, cette aggravation se reporte aussi sur les autres actes, dans la mesure où l'unité n'est pas rompue précisément par l'aggravation d'un acte

séparé. La participation à un des actes est toujours participation à l'infraction homogène. Il en est de même du fait de favoriser. La prescription ne commence pas avant que le dernier des actes se soit produit, et de même le délai pour porter plainte se compte à partir du dernier acte. La décision sur une seule des actions établit la force de chose jugée pour tout le groupe unique, etc. (1).

II. — Les cas les plus importants de cette unité d'infraction créée par la loi sont :

1. **L'infraction continue** (*fortgesetzte Verbrechen*), c'est-à-dire la réalisation, interrompue et reprise par à-coups, du même état de fait criminel; une pluralité d'actes (jusqu'à non frappés de condamnation), tenant juridiquement ensemble par leur caractère similaire, lequel doit être fondé non seulement sur leur direction contre le même bien, mais surtout sur la similitude du mode de commission (2).

(1) Dans le même sens en ce qui concerne la plainte R., xv, 370, en ce qui concerne la prescription R., x, 204, xiv, 145. Cf. plus loin § 77, note 4. — En sens différent KOHLER, GA, LII, 162, RATHEAU, 106, R., xvii, 227, concernant la participation de tiers aux actions séparées.

(2) Déjà frappé d'une peine unique dans le droit commun (ENGEL, KOCU, etc.), comme *delictum continuatum*, le délit continu a été mentionné expressément à partir de 1813 par la plupart des codes allemands, bien que dans des termes divers. Le silence du C. P. I. ne fournit aucun motif de rejeter la conception du délit continu, car il ne traite pas non plus expressément les autres cas de l'unité juridique de l'action. Il faut, au contraire, conclure du § 74 que plusieurs actions subordonnées doivent être appréciées d'après le § 73. Dans le même sens, avec l'opinion commune et une jurisprudence constante, R. — Mais même parmi les partisans de la conception de l'infraction continue, le désaccord règne par suite des efforts sans cohésion déployés pour ramener la pluralité naturelle d'action à une unité naturelle d'action. Il y a lieu de distinguer sur ce point deux tendances principales : 1° La théorie subjective demande, avec la similitude de forme de la commission et l'unité du bien attaqué, tantôt l'unité de la résolution et tantôt l'unité de l'intention. Dans ce dernier sens

Exemples : Les relations adultères entre A et C conduisent à une série d'actes de concubinage; D se livre pendant plusieurs nuits consécutives à des actes contre nature avec le même garçon; E émet par montants partiels la fausse monnaie fabriquée en une fois; le domestique prend chaque jour un cigare dans la boîte de son maître. Par contre, il ne pourrait plus être question d'infraction continue si l'homme adultère, après avoir rompu ses premières relations, en nouait plus tard d'autres avec une autre femme, ou si le voleur de cigares forçait violemment la boîte primitivement ouverte, et plus tard fermée à clef. Même en cas d'atteinte à la liberté, à la vie, à la santé de personnes diverses, mauvais traitements infligés à des soldats, la pluralité des actes (plus haut, § 54, III, 2°), peut être conçue comme unité d'infraction.

2. D'autre part, une pluralité d'actions naturelles peut se grouper en une unité d'infraction **par une condition de criminalité commune à toutes** (plus haut, § 44, III) (3). Mais il ne peut être posé à ce sujet de règle générale. La garantie de la réciprocité, par

R., en dernier lieu R., xxii, 235, xxiii, 300. De même MILLG., II, 264, III, 67, v, 129, vi, 216 (qui, comme R. xxvii, 19, nie la possibilité d'une infraction continue en cas de lésion de « droits personnels individuels » de personnes diverses). *Contra*, avec raison, FARNBACHER. Le délit par imprudence permet aussi la commission continue. Même sens, FRANK, § 74, V. MEYER-ALLFELD, 348. 2° La théorie objective attache le plus grand poids à l'unité du résultat, mais elle efface ainsi la ligne de démarcation par rapport aux cas traités plus haut, § 54, III, 2. Dans ce sens MERKEL, SCHWARZE, WACHENFELD, 94. — 3° L'OPINION DU TEXTE (pluralité d'actions similaires) est partagée entre autres par BELING, 103, FRIEDLANDER, Z, xi, 412, HÖPFNER, 257, LÖNING, 90, et aussi MEYER-ALLFELD, 343. — La peine homogène (unique) est une nécessité pour la jurisprudence; par contre, la possibilité d'une aggravation pénale profitable serait désirable. — Est exclu le groupement d'actions entre lesquelles s'interpose une punition; R., xx, 316.

(3) *Contra*, BELING, *Verbrechen*, 375.

exemple (C. P. I, §§ 102, 103) ne peut certainement pas motiver une unité d'infraction. Mais, au contraire, celle-ci pourra très bien être admise en cas de banqueroute, s'il s'agit de la même suspension de paiements (voir plus loin § 137).

3. Un cas de l'unité d'infraction est constitué par le **délit composé** (*zusammengesetzte Verbrechen*), s'il n'existe pas déjà d'après le § 54, III, 1, une unité naturelle d'action. Ce délit existe lorsque la loi constitue un concept criminel unique à l'aide de deux actions illicites en soi, dirigées contre des intérêts juridiques différents. C'est ainsi que la notion du vol à main armée (*Raub*) comprend le vol et la violence, et celle du viol la violence et l'attentat contre l'honneur sexuel féminin.

4. Il faut, en outre, citer ici les deux cas suivants :

a) L'acte délictueux, qui a servi de **moyen pour commettre une autre infraction** (Exemple : le dommage à une chose dans le vol par effraction), doit être lié avec cette commission en une unité, s'il appartient aux éléments de la définition donnée par la loi de ladite commission, ou si le législateur suppose tacitement qu'il est l'un des moyens répondant au cours habituel des événements dans la commission considérée. Seule, la seconde infraction (le vol avec effraction) est donc punie en ce cas.

b) L'acte délictueux, qui apparaît comme la **réalisation du dessein nécessaire à la conception d'une autre infraction** (Exemple : l'appropriation de la chose obtenue par le vol ou l'escroquerie), doit être conçu comme formant une unité avec celle-ci, lorsque le législateur admet tacitement que cette réalisation répond au cours naturel des événements. Seule, la première infraction (vol ou escroquerie) est alors punie (4).

(4) Dans le même sens, pour l'essentiel, R., XXIV, 64, XXXIX, 239. — Comme il n'y a pas unité d'action, le § 73 ne s'applique pas. *Contra*, il est vrai, l'opinion dominante.

III. — Dans la conception de l'unité juridique d'action rentre enfin ce que l'on nomme le **délict collectif** (*Kollektivdelikt*) au sens étroit, dans lequel une série d'actions séparées, issues de la même tendance vitale (*Wachsfeld*), est sanctionnée d'une seule peine. Appartiennent à cette catégorie :

1. L'infraction **devenue exercice d'une industrie** (*gewerbmässiges Verbrechen*). Elle se caractérise par le dessein de l'auteur de se procurer, par la commission répétée de cette infraction, une source de revenus (distincte de l'obtention en une fois d'un profit patrimonial), même si cette source n'est pas de production régulière ou continue.

2. L'infraction **dérivant des occupations ou s'y assimilant** (*geschäftmässiges Verbrechen*). Elle partage avec la précédente la résolution tendant à la répétition fréquente, mais elle s'en distingue en ce que le dessein de s'ouvrir une source de revenus n'a pas besoin d'être présent.

3. L'infraction **d'habitude** (*gewohnheitsmässiges Verbrechen*). Elle existe lorsque, par suite de la commission répétée, la force impulsive de l'entraînement criminel est renforcée, et que la force de résistance est amoindrie. L'habitude est donc le penchant, éveillé par la commission répétée d'une action déterminée, de commettre à nouveau ladite action (5).

La législation impériale emploie le concept du délit collectif en partie comme circonstance motivant la peine, de telle sorte que la commission simple reste impunie, et en partie comme motif d'aggravation pénale, par opposition à la commission simple passible d'une peine plus légère (6). La Partie

(5) En concordance, R., xxxii, 394.

(6) Cf. 1^o INFRACTION EXERCICE D'UNE INDUSTRIE : C. P. I., §§ 260, 284, 294, 302 *d* et *e*, 361, chiffre 6. Loi sur la monnaie de 1873, art. 13 ; Loi sur la Banque d'Empire de 1875, § 57, al. 2 ; Loi sur les objets contenant du plomb et du zinc de 1887, § 4 ; Loi sur les couleurs nuisibles à la santé de 1887, § 12 ; § 145 *b* de la

Spéciale traitera de ces matières d'une façon plus détaillée.

Dans les trois cas, il suffit pour la criminalité que, les autres conditions préalables étant données, une seule action punissable soit soumise à l'appréciation judiciaire. Il est vrai qu'alors, il n'y a plus, en somme, de délit collectif, et la criminalité plus élevée de la seule infraction soumise au jugement se justifie uniquement par la résolution dirigée vers la répétition ou par le penchant produit par la répétition (7).

Par contre, il existe toujours un délit collectif, lorsque réellement plusieurs actes sont soumis à l'appréciation judiciaire et que, malgré la pluralité

loi sur les syndicats de 1896; § 45, al. 1 de la loi sur l'émigration de 1897; § 108 de la loi sur les assurances de 1901. Par contre, il s'agit dans le § 4 de la loi sur les brevets de 1891, et cas similaires, de la violation de la loi par un acte commis dans l'exercice de l'industrie. De même R., xxxvii, 369, et à ce sujet *Schaub*, 33. — 2° INFRACTION RÉSULTANT DES OCCUPATIONS OU S'Y ASSIMILANT : C. P. L., § 144; § 145, al. 2 de la loi sur l'émigration; § 108 de la loi sur les assurances privées de 1901. — 3° INFRACTION D'HABITUDE : C. P. L., §§ 150, 188, 181 a, 260, 302 d et e; Loi sur la monnaie de 1873, art. 13; loi sur les bourses de 1896, § 78; loi sur les syndicats de 1896, § 145 b. Loi sur la protection des enfants, de 1901, §§ 23-23. — La conception et le traitement du délit collectif ont été fréquemment et vivement combattus, surtout par *Dochow*, 96, V. *LIENTHAL*, 112. Ces attaques sont justifiées dans la mesure où la punition de plusieurs actions effectivement présentes est plus légère que celle d'un assemblage de plusieurs infractions.

(7) Si cette résolution ou ce penchant se déduisent d'actions passées, peu importe la criminalité de celles-ci; des actes prescrits ou ayant fait l'objet d'une mesure gracieuse ou d'une condamnation, ou qui ont été commis à l'étranger, ou même qui ne sont pas illicites, peuvent être pris en considération. Le Tribunal d'Empire est hésitant. En sens exact R., v, 397; inexact R., v, 370. — Dans le sens du texte l'opinion commune contre *BINDING*, I, 249, 550, note 12. Contre la prise en considération d'actes prescrits, *BINDING*, I, 826, note 7, V. *RISCH*, Z, ix, 268, note 53.

des actes, il faut admettre seulement une seule infraction devenue exercice d'une industrie, etc.

Mais c'est en matière de procédure que la nature propre du délit collectif apparaît le plus clairement. Les débats et le jugement ont pour objet tous les actes appartenant à l'unité donnée, même s'ils ne sont connus que partiellement; la poursuite complémentaire de l'une ou l'autre de ces actions ultérieurement connues est exclue par le jugement, passé en force de chose jugée, du délit collectif (8).

§ 56. — Le traitement juridique de l'unité d'infraction.

BIBLIOGRAPHIE. — Les ouvrages cités §§ 54 et 55.

I. — Le traitement juridique de l'unité d'infraction (*Verbrechenseinheit*) est identique, qu'il s'agisse d'une unité d'acte ou d'une pluralité d'actes. A une infraction unique correspond une peine seule et unique. Ceci s'applique également sans exception lorsqu'il existe une pluralité de résultats de même nature, c'est-à-dire relevant de la même loi pénale : la loi pénale plusieurs fois transgressée ne s'applique qu'une seule fois, et la pluralité des résultats ne peut être prise en considération que pour mesurer l'application de la peine dans les limites légales (1). Mais il se produit des difficultés si l'unité d'infraction tombe, au premier regard, sous le coup de plusieurs lois pénales, si, comme le dit le C. P. I., § 73, « une seule et même

(8) Tout à fait exact R., xxvi, 299. De même, en principe, mais avec des restrictions contestables, R., xxiv, 419.

(1) L'opinion dominante parle ici de « de concours idéal d'infractions identiques » (*Gleichartige ideale Verbrechen konkurrenz*) et veut appliquer le § 73 C. P. I. « par analogie ». Cette conception est tout à fait fautive. Elle est d'ailleurs en contradiction avec la loi, à laquelle un « concours idéal identique » est absolument inconnu. Exact. v. KWIET, 207 (qui se base avec raison sur Proc. Crim., § 415), WACHENFELD, 57. Mais cf. aussi BÜNGER, Z., VIII, 689.

action blesse plusieurs lois pénales » (2). Ainsi qu'il résulte des explications précédentes, dont la clarté n'est pas douteuse et qui s'appuient sur le texte même de la loi, il ne s'agit pas ici de la recontre de plusieurs infractions, mais bien de celle de plusieurs lois pénales transgressées. Il n'y a pas concours d'infractions, mais concours de textes. Et la question qui se pose est celle-ci : Comment résoudre ce concours ? Laquelle des lois transgressées faut-il appliquer ? Dans la solution de cette question qui, considérée strictement, n'appartient pas à la théorie de l'infraction, mais à celle de l'application des lois, il y a lieu de distinguer deux cas.

II. Premier cas. Concours apparent de lois. — Si, parmi plusieurs lois qui semblent transgressées, l'une d'elles embrasse une action punissable suivant toutes les directions de celle-ci, il va de soi que cette loi seulement s'appliquera à la dite action (3).

Il y a lieu de distinguer les cas suivants :

1. La disposition spéciale prime la disposition générale. La lèse-majesté relève toujours du § 95 C. P. I., et jamais du § 185 ; la falsification d'une pièce d'identité dans le but de mieux assurer son existence doit toujours être traitée d'après le § 363 C. P. I., et

(2) Il y a lieu de distinguer ici aussi les deux cas déjà présentés § 54 : 1° Unité de l'acte volontaire avec unité du résultat (plus haut, § 54, II) ; par exemple l'adultère incestueux ; 2° Unité de l'acte volontaire avec pluralité du résultat (plus haut § 54, III, 1) : par exemple, le même coup blesse un homme et brise une vitre. Le traitement juridique des deux cas est d'ailleurs le même.

(3) MERKEL sépara déjà ces cas du concours idéal et les désigna comme concours de lois. Cette expression est trompeuse. Dans la vérité il ne s'agit pas de « concours de plusieurs lois », puisqu'il est hors de doute que l'une seule de ces lois peut revendiquer son application. Sur les divers cas, cf. FREUDENTHAL (Bibl., § 49), 64. KÖHLER, 62, qui a eu le mérite de tenter une délimitation plus exacte entre le « concours de lois » et le « concours idéal ». FRANK, § 73, VII, MEYER-ALLFELD, 351, ROSENFELD (plus haut, § 43, note 6).

jamais comme faux en écritures publiques ou authentiques dans le sens du § 267 (**Spécialité**).

2. La criminalité de la complicité est exclue par l'action principale, celle de l'assistance par l'instigation (cf. plus haut, § 52, IV), celle de la tentative ainsi que des actes préparatoires par la consommation, celle de la menace ou du risque causé par la lésion (**Absorption, Konsumption**).

3. Les sanctions pénales qui, par disposition expresse ou tacite de la loi, ne sont applicables que subsidiairement par rapport à d'autres sanctions, sont exclues par ces dernières (**Subsidiarität**). Des exemples en sont offerts par le C. P. 1, §§ 49 *a* et 207.

4. Les infractions dont les définitions se contraignent (assassinat et meurtre, vol et détournement) s'excluent mutuellement (**Alternativität**).

11. Deuxième cas. Concours apparent d'infractions.

— Il résulte des lacunes inévitables de notre législation que la première règle est vouée à un échec dans des cas nombreux, parce que nous ne trouvons pas de texte embrassant l'acte dans tous les sens. Lorsqu'aucune des lois pénales transgressées ne traite l'action « à fond », il ne reste plus, d'après le droit en vigueur, qu'un expédient, à la vérité violent et peu satisfaisant : nous appliquerons la loi pénale qui, par l'extensibilité de son échelle pénale, nous permettra, au moins approximativement, une pleine appréciation de l'action considérée (4). Ainsi, le viol

(4) L'opinion dominante parle ici, surtout depuis KLEIN et FEUERBACH de « CONCOURS IDÉAL NON IDENTIQUE D'INFRACTION » (*Ungleichartiger idealer Verbrechenskonzurrenz*); une action, plusieurs infractions. La même idée s'exprime par les termes : concours par définition (*Begriffliches Zusammentreffen*), concours parfait unique (*Einhätlicher Zusammenfluss*) *concursum formalis*. Cette conception n'est pas seulement en contradiction visible avec le sens et la lettre du § 73, elle conduit encore, en matière d'instruction criminelle, à des monstruosité, car il faut qu'elle admette plusieurs revendications pénales (cf. BENNECKE BELING,

par un père de sa propre fille qui relèverait aussi bien du § 173 que du § 177 C. P. I., sera puni d'après ce dernier article. Cette règle, qui n'est qu'un expédient, et rien de plus, est exprimée par le § 73 C. P. I., d'après lequel est seule applicable la loi qui prononce la peine la plus grave, et, en cas de catégories pénales inégales, la loi qui prononce le genre de peine le plus grave (5).

Dans ce cas, il y a nécessité pour le juge d'établir par jugement (le cas échéant par question aux jurés) que l'action relève des deux lois pénales, et quels sont les motifs qui l'ont décidé dans son choix. Mais la condamnation se produit exclusivement en raison de l'infraction la plus gravement sanctionnée, et dans l'évaluation de la peine, il ne doit en aucune façon être tenu compte de la loi pénale la moins grave. Précisément pour ce même motif, si la loi la plus sévère a un minimum moindre que celui de la loi la moins sévère, il est possible, dans l'évaluation de la peine, de descendre au-dessous du minimum

395). — D'accord, dans l'ensemble, avec le texte : BELING, VERBRECHEN, 303, HILLER, G. S., xxxii, 195 et dans GRUNHUT, XIII, 126, V. KRIES, 207, KRUG (Bibl., § 53), ORTLOFF, G. A., xxxii, 400, RATHEAU, 72, WACHENFELD, 57, mais surtout HEINKMANN et HÖFFNER. D'accord également BINDING, I, 349, mais qui est en contradiction complète avec BINDING, I, 568 (Je ne puis voir pourquoi la pédérastie du professeur avec son élève doit être traitée autrement que l'adultère incestueux). Dans le même sens également BRUNGER, Z, viii, 696, bien que pour d'autres motifs. D'après FREUDENTHAL (Bibl., § 49), 57, il y a concours de lois, mais précisément pour ce motif, il y a aussi concours d'infractions. — Il y a lieu de remarquer que, d'après le § 135 de la loi douanière et d'après plusieurs autres lois fiscales, il peut intervenir une peine multiple malgré l'unité de l'action; cf. R., xxii, I.

(5) Le § 73 doit être toujours appliqué, tant que le cas ne rentre pas dans I. Par suite, il n'y a aucun intérêt à rechercher, comme le font MEYER, OLSHAUSEN et autres, la possibilité, pour chaque délit pris à part, d'un concours idéal avec toutes les autres infractions possibles.

de la seconde loi (6). Une peine accessoire que comporterait éventuellement la loi pénale la moins sévère ne peut être ordonnée lors de l'application de la loi la plus sévère, qui ne la connaît pas. Mais les mesures de police (par exemple, la confiscation) sont admissibles et l'action en réparation (*Bussanspruch*) de la partie lésée ne peut être diminuée par l'application de la sanction pénale la plus grave. Toute poursuite ultérieure en raison de l'infraction la moins grave est exclue par l'autorité de chose jugée du jugement; pourtant, plus tard, l'admission d'une récidive peut être motivée par la constatation de cette infraction (7).

Il faut observer que, d'après leur gravité, les catégories de peines se classent dans l'ordre suivant : la mort, la réclusion, l'emprisonnement, la détention dans une enceinte fortifiée, la détention simple, l'amende (*Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft, Geldstrafe*); que c'est toujours la peine la plus forte qui peut être prononcée qui décide, soit, à peine égale, le plus haut maximum (malgré l'admission éventuelle de circonstances atténuantes), et, seulement si ce maximum est égal, le minimum le plus élevé; que les peines accessoires doivent être considérées en troisième ligne seulement, mais que les modes de l'action privée ou les questions préjudicielles ne doivent jamais être prises en considération (8). Si l'une des infractions consta-

(6) Dans le même sens avec l'opinion dominante R., VIII, 84, XVI, 302 R., MILB., VIII, 79. FRANK, § 43, v, MEYER-ALLFELD, 358.

(7) Dans ce sens l'opinion commune, avec R., XVIII, 193, XXVI, 86. En sens différent, les précédentes éditions du présent ouvrage,

R., XVIII, 193, XXVII, 86 (en contradiction avec ses propres explications sur l'*exclusivité absolue* de la loi la plus sévère).

(8) Dans le même sens R., XVI, 302 (L'amende toujours moins grave que la peine privative de liberté), en sens différent XXIV, 58 (la sanction facultative d'une peine grave d'emprisonnement

tées est seulement tentée, il faut, lors de la comparaison, prendre en considération la peine réduite.

§ 57. — La pluralité d'infractions.

BIBLIOGRAPHIE. — *Olshausen*, Einfluss von Vorbestrafungen, 1876. — *Rosenblatt*, Strafenkonkurrenz, 1879. — *Hälschner*, I, 653.

Plusieurs infractions commises par un même auteur ne sont pas nécessairement en rapport juridique entre elles. Nous devons, au contraire, abstraction faite de toute disposition spéciale de la loi, traiter les diverses infractions du même auteur indépendamment les unes des autres, et comme étant plusieurs actions commises par des auteurs différents. Seule, la nécessité, en politique criminelle, d'aggraver ou d'atténuer la peine encourue en soi fait naître une relation juridique pénale importante entre les diverses actions d'un même auteur. D'après le droit en vigueur, cette relation peut être :

I. — **Récidive** (*Rückfall*), c'est-à-dire la commission d'une infraction semblable ou de même nature après l'exécution totale ou partielle ou la remise de la peine prononcée en raison d'une infraction semblable ou de même nature précédemment commise, à supposer que depuis l'exécution ou la remise de la peine précédente jusqu'à la commission de la nouvelle infraction il ne s'est pas écoulé un certain laps de temps qui fait apparaître comme rompue la relation juridique pénale entre les deux actions (prescription de la récidive).

Dans le droit impérial, la récidive n'est admise

ou d'une amende est moins grave que la sanction exclusive d'une peine d'emprisonnement plus légère); xxiv, 58. R., xvii, 193, ne veut pas prendre en considération la surveillance de la police, parce que son intervention ne dépend pas de la volonté du tribunal; *contra*, avec raison, MEYER-ALLFELD, 356, note 32

que dans quelques cas comme motif d'aggravation pénale (cf. plus loin, § 69).

II. — **Concours réel** de plusieurs actions coupables indépendantes (C. P. I., § 74) (1). Si celles-ci sont de même nature, on parle de **réitération** (*Wiederholung*) et si elles ne sont pas de même nature, de **cumul** (*Häufung*). L'application logique de l'idée qu'en cas de commission de plusieurs infractions par le même auteur, chacune des infractions doit être frappée de la peine qui lui est afférente, et que, par suite, la somme de ces actions doit être frappée de la somme de ces peines, conduit, d'après la conception aujourd'hui dominante dans la législation, à des sévérités intolérables dans l'exécution des peines temporaires privatives de liberté (plus loin, § 73). Pour que la loi prenne des dispositions pour atténuer ces sévérités, il est indispensable qu'elle fixe les hypothèses dans lesquelles il sera dérogé au principe posé, et l'on arrive ainsi à établir le concept du concours (2). Les données de ce concept sont, d'une part, la possibilité juridique, même effectivement éludée, d'une mise en jugement simultanée, et, d'autre part, la possibilité effective de prendre ultérieurement en considération cette possibilité juridique. Pour s'exprimer avec plus de précision : le concours (réel) de plusieurs infractions est la commission de plusieurs actes criminels par le même auteur.

(1) Les principes posés § 54 devront s'appliquer pour apprécier quand il existe une seule action, et quand il en existe plusieurs. — Lorsqu'un imprimé est répandu de plusieurs points à la fois, il y a concours réel d'autant d'actions coupables : dans ce sens le 15^e congrès des juristes allemands I, 71, II, 350 sur le rapport de v. LISZT ; R., v, 311, OLSHAUSEN, § 73, 19, STENGLEIN, GS., xxxv, 24. *Contrà* BINDING, I, 585, note 45 ; MEYER-ALLFELD, 360, 444, note 11, prétend décider d'après les actes accomplis dans chaque espèce.

(2) C'est ainsi que HAELSCHNER, I, 654, ROSENBLATT, 4 et autres parlent, non des concours d'infractions, mais de concours (cumul) de peines.

1. Si ces diverses actions ont été commises avant que le jugement ait été prononcé sur l'une d'elles (la force de chose jugée du jugement n'est pas nécessaire).

Exemple : Les infractions *a*, *b*, *c*, ont été commises le 1^{er} janvier, le 1^{er} février, le 1^{er} mars ; il y a concours, si le jugement pour *a*, *b*, *c*, intervient le 15 mars ; mais il y a aussi concours si le 15 mars il a été exclusivement question de l'infraction *a*, et que les infractions *b* et *c* n'apparaissent qu'ultérieurement. Par contre, l'infraction *d* commise le 15 mars n'est plus en « concours » avec *a*, *b* et *c* (C. P. I., § 74).

2. Si les peines encourues sont simultanément mises à exécution. Ceci est d'abord le cas lorsque toutes les infractions ont été l'objet des mêmes débats et de la même décision. En cas de jugement non simultané, le concours n'est admissible que si la décision supplémentaire sur l'infraction ultérieurement découverte intervient tant qu'une rectification du jugement précédent est encore possible, donc tant que la peine prononcée dans le jugement précédent n'est pas encore complètement accomplie, ou n'est pas prescrite ou remise (C. P. I., § 79).

Exemple : Si le délinquant a été condamné le 15 mars, pour le fait *a*, à trois mois de prison, le concours de *b* et de *c* avec *a* n'est admissible que si *b* et *c* viennent en jugement avant le 15 juin, mais il ne l'est pas si, au jour où le jugement concernant *b* et *c* sera rendu, la peine prononcée par *a* est déjà exécutée, prescrite ou remise. Dans ce cas, le jugement ultérieur devra prononcer une peine supplémentaire (*Zusatzstrafe*) en tenant compte de la peine totale précédemment prononcée (3).

(3) Mais ce sera aussi lorsque quelqu'un aura été condamné, sans tenir compte du § 79, C. P. I., à plusieurs peines par divers jugements ayant force de chose jugée, que les peines prononcées pourront être ramenées ultérieurement, par décision judiciaire, à une peine totale. Proc. Crim., §§ 492, 494.

DEUXIÈME LIVRE

LA PEINE

I

§ 58. — La notion de la peine.

BIBLIOGRAPHIE. — Pour I, 1 : *Meyer*, 2. — *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, I, 57. — *Heinze*, HH, I, 337. — *Binding*, Normen, I, 270. — *Thiel*, Thèse (Éna, 1901. — Pour I, 2. — *Nissen*, Die Einzichung, 1887. — *Köbner*, Die Massregel der Einzichung nach dem RStGB. und der Nachdrucksgesetzgebung, 1892. — *Vorberg*, Thèse Rostock, 1895. — *Grüter*, Thèse Göttingen, 1896. — *Herschel*, Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einzichung und Unbrauchbarmachung, 1899 (*Beling*, Heft. 23). — *Glücksman*, 1898 (*Beling*, Heft. 15). — *Friedländer*, Das objektive Verfahren nach dem Reichsstrafprozessrecht, 1895. — *H. Seuffert*, W. V., I, 313. — *Kronecker*, GA, xxviii, 16. — *Binding*, I, 489. — *Engels*, Z, xii, 127. — *Haimann*, Thèse Munich, 1892. — *Rochoel*, Thèse Erlangen, 1899. *Baummann*, Thèse Zurich, 1907. — *Leverkühn*, GA, xxxviii, 290. — *Oker*, Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach Messischen Rechtsquellen. Festgabe für Ihering, 1892. — *Le même* dans les ouvrages cités, § 43. — *Reusc*, Thèse Würzburg, 1900 (se rattache à *Oker*). — Pour II, 3 : *Anschütz*, Verwaltungsarchiv, 1893, p. 389. — *Isaac*, Z, xxi, 625. — Pour III : *Hinschius*, Kirchenrecht, I, 753, note 9. — *v. Liszt*, HR. « Ordnungsstrafe ». — *Oppenheim*, Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886. — *Glaser*, I, 280. — *Joha*, I, 78. — *V. Kries*, 68. — *H. Seuffert*, WV., I, 47. — *Labes*, Die Disziplinar Gewalt des Staates über seine Beamten, 1889. — *Preger*, Archiv für öffentl. Recht, vii, 265. — *Hiller*, Die Disziplinarstrafen in den österrich. Strafan-

talten und Gerichtsgefängnissen in rechtsvergleichender Darstellung, 1894. — *Rosin* (plus haut, § 17, note 4), 103. — Pour IV : *G. Meyer*, *WV.*, II, 203. — *Friedländer*, *GS*, XLVI, 417. — *Klöppel*, 247.

I. Concept de la peine. (1) — La peine est le mal prononcé par le juge contre le délinquant à cause de l'infraction, pour exprimer la réprobation de la société quant à l'acte et à l'auteur. Deux éléments constituent donc le concept de la peine : C'est 1° une lésion subie par l'auteur dans ses intérêts juridiquement protégés, une intrusion dans la vie, la liberté, la fortune, l'honneur du délinquant ; mais c'est aussi 2° une réprobation tangible de l'acte et de l'auteur. Dans le premier élément réside l'action de la peine au point de vue de la prévention spéciale, et dans le second cette même action au point de vue de la prévention générale.

II. Conséquences du concept. La peine est un mal que subit le délinquant. C'est par là que la peine se distingue essentiellement de la réparation d'un dommage (réparation civile), bien que cependant l'une et l'autre puissent être placées dans le concept supérieur commun des suites juridiques de l'injustice (2). Car la réparation est la suppression de la lésion d'intérêts juridiques ; elle doit guérir la blessure, tandis que la peine cause une nouvelle blessure et assure ainsi le maintien de l'ordre juridique. Donc, ne rentrent pas dans la conception de la peine, parce

(1) Le mot « Strafe » se rencontre seulement au début du XIV^e siècle. Son étymologie est très douteuse. Cf. *GUENTHER, Wiedervergeltung*, I, 5, *LÖNING, Z*, v, 546, note 18. Autres expressions du Moyen Age allemand : *Büssen* (expier), *bessern* (améliorer), *wandeln* (changer), *kehren* (tourner, convertir), et aussi *bein, pön*.

(2) De même l'opinion commune ; *contra HEINZE, Hll.*, I, 337, *MERKEL, Krim. Abhdl.*, 1867, I, 57. Mais il ne faut pas oublier que la peine est aussi pour la partie lésée une satisfaction que l'auteur ressent comme un mal, donc que dans cette question aussi le droit privé et le droit pénal ne peuvent être complètement séparés. Cf. *V. LISZT, Deliktobligationen*, 3.

que servant au but de satisfaction (aussi pour le dommage « idéal ») :

a) La réparation spéciale dite *Busse* (cf. plus loin, § 67) ;

b) L'expédition, à l'usage de la partie lésée, de la décision portant condamnation, ainsi que la faculté de la publier aux frais du condamné (3). Car, ici également, il ne s'agit pas de léser, dans ses intérêts juridiquement protégés, l'auteur de l'injure en l'humiliant, mais de rétablir l'honneur blessé de la victime par une déclaration de la justice. La grâce du condamné reste donc à ce point de vue sans effet.

2. La peine est la lésion d'un intérêt juridique possédé par le **délinquant**. Si la lésion n'atteint pas le délinquant, ou si elle ne l'atteint qu'accessoirement (par contre-coup, etc.), il n'y a pas de peine. Par suite, ne sont pas une peine :

a) Les mesures administratives, dont le but n'est pas de léser un intérêt du délinquant. Rentrent dans cette catégorie : la dissolution d'une réunion, la suppression d'une association, l'éducation protectrice (*Fürsorgeerziehung*), le placement dans un asile d'après le § 362, al. 3 ; puis aussi la confiscation, la

(3) C. P. I., §§ 165 et 200 ; loi sur les brevets de 1891, § 36, loi sur les modèles déposés de 1891, § 18, loi sur les marques de fabrique de 1894, § 19, loi sur la concurrence de 1896, § 13, al. 2. Par contre, la publication du jugement est une peine accessoire dans la loi sur les denrées alimentaires de 1879, § 16, dans la loi sur les vins de 1892, § 10, dans la loi sur la concurrence, § 13, al. 1, dans la loi sur la margarine de 1897, § 20, dans la loi sur les saccharifères de 1898, § 4. — EN SENS DIFFÉRENT DU TEXTE, R a déclaré, dans une série de décisions, notamment le 17 avril 1882 (Sénats réunis) VI, 180, que la mesure en question était une peine. De même R. MIBB, II, 19, VIII, 300. Même sens BERNER, 497, BISCHOFF, GA., XXXIX, 141, note 3, HAELSCHNER, II, 213, MERKEL, 173 et HH., IV, 230, mais surtout GÜNTHER, III, 1^{re} partie, 536 (qui insiste sur le rapport avec l'idée de représailles). — DANS LE SENS DU TEXTE : BINDING, Lehrb. I, 163. Le comte DE DOHNAT, FRANK, § 200 I, LÖNING, 55, MEYER-ALLFELD, 321, OLSHAUSEN, § 200, 4, OETIKER, Z, XVII, 532, note 101.

destruction complète ou la mise hors d'usage d'objets produits par une infraction ou employés ou destinés à la commission d'une infraction, les mêmes mesures à l'égard d'ouvrages imprimés de contenu punissable, etc. (4). Il faudrait ranger ici également les mesures de sûreté, si souvent proposées à l'égard des aliénés dangereux ou des individus de responsabilité atténuée (plus haut, § 15, note 7).

b) La responsabilité de tiers pour les amendes encourues par le coupable, responsabilité qui est exprimée dans beaucoup de lois de l'Empire ou des Etats confédérés (5).

(4) C. P. I., §§ 40, 41, 42, 152, 295, 296 a, 335, 367, 369 ; nombreuses dispositions dans les lois complémentaires. La nature juridique de ces mesures est très discutée et d'ailleurs rendue très douteuse en raison du manque de netteté des pensées fondamentales dominant la loi, et de l'intrusion de points de vue très divers, tant en droit pénal qu'en droit privé. 1° Pour l'opinion du texte, BELING, 58 et Z, XVIII, 271, note 4, NEUMANN, NISSEN, KÖNNER, etc. 2° L'opinion dominante admet qu'il y a peine, lorsque les objets ne peuvent être confisqués qu'à la condition d'être la propriété du condamné. Dans ce sens SCHOETENSACK, *Der Konfiscations progress*, 1905.

(5) La responsabilité est le plus souvent subsidiaire ; mais elle peut aussi être solidaire (comme dans le singulier art. 36, al. 1 du règlement douanier par le traité de commerce germano-égyptien du 19 juillet 1892, RGB., 1893, p. 77) ou cumulative, c'est-à-dire être indépendante. Mais dans ce dernier cas, elle suppose une culpabilité indépendante, donc est une peine proprement dite. — La substance de cette institution particulière, existant déjà depuis le xvii^e siècle, est très contestée. — 1. A mon avis, il s'agit d'une RESPONSABILITÉ DE DROIT PUBLIC pour la faute d'autrui. Dans le même sens BELING (droit ou titre administratif de l'Etat analogue à l'impôt), BINDING, *Normen*, II, 614, note 930, LEONING (Bibl., § 43), 132, note 1, POETSCHE. Pour GOLDSCHMIDT, *Deliktsobligationen* (plus haut, § 26, note 7), 24, la mesure ne s'expliquerait qu'au point de vue du droit administratif. — 2. *Contra* (Pour la conception comme peine), BINDING, I, 489 (contrairement à sa précédente opinion), HAELSCHNER, II, 1008, MEKKEL, 174, MEYER-ALLFELD, 188, note 20, WEBER GS., LVIII, 79. — 3. D'après OETKER, suivi par VORBERG et REUSS, il y a là un cas de la « responsabilité des garants-auteurs » (*Thäter Garanten-*

3. La peine est ordonnée à cause de la lésion juridique commise, et si, par sa destination finale, elle pénètre dans l'avenir, elle est pourtant rattachée comme conséquence du préjudice à un fait situé dans le passé. Elle se distingue par là de la contrainte pénale (comme contrainte d'accomplir) qui

haftung). — La conception de principe est décisive pour toute une série de questions de détail. C'est ainsi qu'il y aurait lieu d'appliquer les principes du droit public pour régler la prescription, les mesures gracieuses, etc. Si le responsable lui-même participe criminellement à l'infraction commise avec l'une des personnes pour lesquelles il est responsable, le paiement peut l'atteindre deux fois : une fois comme peine, et une fois comme garantie pour son consort (dans ce sens R. à plusieurs reprises, en dernier lieu xxv, 294). Il est encore possible que la même personne soit rendue plusieurs fois responsable pour plusieurs de ceux qui ont participé à un même fait, ou que malgré l'accomplissement de l'obligation de responsabilité il soit engagé en plus une poursuite pour complicité, et réciproquement. C'est d'ailleurs par cette conception seulement que l'on peut expliquer que des personnes morales, telles que des sociétés anonymes, entreprises de chemins de fer, etc., dont la responsabilité en droit pénal est par principe exclue dans notre droit positif (plus haut § 28, 1, 2), ainsi que les mineurs et malades mentaux soient expressément soumis à la responsabilité par la loi. — Par contre, il y a peine partout où la responsabilité a pour condition une faute personnelle du responsable (notamment la négligence ou imprudence dans le choix, la surveillance, etc.), c'est-à-dire complètement indépendante de la punition du principal coupable. C'est le cas d'après le § 151 du code sur l'industrie de 1869, § 82 a de la loi sur l'assurance-maladie de 1892, d'après les lois fiscales de 1894 (§§ 28 et 32 de la loi sur les eaux-de-vie, §§ 54 et 55 de la loi sur les sucres), § 43, al. 2 de la loi sur l'émigration de 1897, § 29 de la loi sur la protection de l'enfance de 1903, § 21 de la loi sur l'impôt des cigarettes, 1906. Très particulier le § 29, alinéa 2, de la loi sur les vins mousseux de 1902 (s'il est impossible de faire payer l'amende par le coupable, le fisc peut s'en prendre à des tiers responsables qui font exécuter par le coupable la peine privative de liberté qui se substitue à l'amende). Cf. aussi le § 36 de la loi sur l'impôt des brasseries de 1872. — C'est sur une toute autre idée fondamentale que repose la responsabilité de faute totale (qu'il n'y a pas lieu de commenter ici) pour amendes encourues d'après le § 35 de la loi impériale sur le timbre de 1894.

a pour but de déterminer par des « peines réglementaires » (*Ordnungsstrafen*) la production d'une certaine action ou d'une certaine omission.

4. La peine doit être prononcée par l'Etat agissant par les organes de la juridiction pénale.

a) Il faut donc détacher du domaine de la peine toutes les suites de la condamnation se produisant « d'office » (« de droit », *von Rechtswegen*). Ceci s'applique aussi à l'incapacité permanente de servir dans l'armée allemande et la marine impériale, ainsi que de revêtir des fonctions publiques, incapacité qui, d'après le C. P. I., § 31, est attachée « de droit » à la condamnation à la réclusion. Il faut encore citer ici de nombreuses dispositions dans les lois complémentaires (6).

b) Il faut en détacher, en outre, les peines qui, en vertu d'une disposition de la loi, sont ordonnées par d'autres organes que ceux de la juridiction pénale.

III. — La peine du droit pénal diffère, d'après sa nature :

1. De la peine disciplinaire publique, qui est ordonnée par l'Etat non comme titulaire du pouvoir public de contrainte, mais en raison de sa situation comme maître de ses services, dans l'intérêt du service intérieur (7). Il en résulte qu'il n'est pas du ressort des tribunaux répressifs ordinaires de prononcer cette peine, puisque ce n'est pas une matière pénale ; la même transgression peut entraîner une peine disciplinaire et en plus une peine proprement dite ; si un individu appartient à plusieurs services, il peut être puni plusieurs fois disciplinairement pour le même

(6) Ce sont les « forfaitures juridiques » (*Rechtsverwirkungen*) ; cf. BINDING, I, 328, note 44, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 429. Exemples dans le C. C. I., §§ 1312, 1680, loi sur l'organisation judiciaire, § 176, al. 1 ; C. P. O., § 1032, Ord. sur l'Ind., § 153. Par contre, il s'agit d'une peine réelle partout où la perte d'une faculté est prononcée par une décision de la justice criminelle.

(7) Contre la conception dominante, SEUFFERT, L.P.C., I, 67.

délit (par exemple, comme fonctionnaire et comme officier de réserve); la prescription de la peine n'exclut pas la poursuite disciplinaire, etc.

2. Des peines de procédures, qui ont pour base la non observation d'une règle juridique non impérative (important le § 48 de la loi sur les frais de justice).

IV. — **La peine se distingue seulement par disposition de droit positif** (dans la mesure où ne s'applique pas ce qui a été dit plus haut, II, 4 b).

1. Des petites peines pour des lésions juridiques de peu d'importance, peines que la législation impériale qualifie d'ailleurs de peines réglementaires (*Ordnungstrafen*). Elles se rencontrent surtout dans les lois douanières et fiscales, ainsi que dans le droit des assurances, mais alors il faut mentionner ici aussi les cas de l'inobservation simple des devoirs imposés (*Dingpflicht*).

2. Des condamnations juridiques constitutionnelles, qui sont prononcées par les hautes Cours de justice ou organismes semblables contre des ministres pour violation de la Constitution (8).

V. — Par contre, d'après le droit en vigueur, la **peine de police** n'est pas différente de la peine de droit pénal (cf. plus haut, § 26, III).

(8) Du moins d'après le droit impérial allemand. Cf. v. FRISCH, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, 1904. A noter qu'ici aussi, la conception de la peine disciplinaire (plus haut, III, 1) peut s'appliquer.

II. — LES MODES DE LA PEINE (LE SYSTÈME PÉNAL)

§ 59. — Le système des peines de la législation impériale.

I. — Nous distinguons, dans le système du C. P. I., des peines principales et des peines accessoires. Les premières peuvent être prononcées seules, mais les secondes ne peuvent l'être que concurremment avec une peine principale. Parmi les peines accessoires, il faut désigner comme peines subséquentes (*Nachstrafen*) celles qui ne sont mises à exécution qu'après expiration des peines principales.

Une autre base de classification résulte de la considération des intérêts juridiques du délinquant, que l'Etat se propose d'atteindre dans un but de protection d'intérêts juridiques. Ce sont la vie, la liberté, le patrimoine, l'honneur (1).

II. — Nous obtenons ainsi le système suivant :

A. Peines principales.

1. Frappant la vie : la peine de mort.
2. Frappant la liberté : a) la réclusion (*Zuchthaus*) ;

(1) Les dispositions du C. P. I., sur le système des peines sont absolument de droit commun (cf. plus haut § 20, note 5). Par contre, elles n'ont pas d'effet obligatoire quant aux menaces pénales contre les indigènes des colonies allemandes (plus haut § 22, note 5). Celles-ci comportent la correction corporelle, le travail forcé sans emprisonnement, etc. — Sur le système pénal du C. P. Mil., cf. plus loin, § 204, V. — Parmi les peines accessoires nous ne commenterons que celles qui ont une signification générale.

b) l'emprisonnement (*Gefängnis*) ; *c*) la détention dans une enceinte fortifiée (*Festungshaft*) ; *d*) la détention simple (*Haft*).

3. Frappant le patrimoine : l'amende (*Geldstrafe*) (2).

4. Frappant l'honneur ; la réprimande (*Verweis*) (3).

B. Peines accessoires.

1. Frappant la liberté : *a*) le placement sous la surveillance de la police ; *b*) le placement sous le contrôle de la police d'un Etat confédéré ; *c*) l'expulsion du territoire de l'Empire (4).

2. Frappant le patrimoine : *a*) la perte permanente ou temporaire de la faculté d'exercer une industrie dans la mesure où le juge ordonne cette perte dans le jugement (5) ; *b*) la publication du jugement de condamnation dans les cas exceptionnels mentionnés plus haut, § 58, note 3 (mais qui en même temps est dirigée contre l'honneur commercial de l'intéressé).

3. Frappant l'honneur : *a*) la déchéance de tous les droits honorifiques (*Ehrenrechte*, droits civiques) ; *b*) la déchéance de certains droits civiques ; *c*) les peines accessoires des § 161 et 319 du C. P. I. (6).

(2) L'amende est toujours une peine principale même si elle figure comme sanction à côté d'une peine privative de liberté. — Ceci est important pour le § 45, C. P. I. Dans le même sens l'opinion générale, notamment R., xix, 234.

(3) Considérée comme peine par la plupart des auteurs, et aussi par R., xviii, 116.

(4) Il résulte de ce que nous avons dit § 58 que nous avons à faire dans ces trois cas à des peines accessoires, et c'est d'ailleurs l'opinion générale. *Contra* BEUNG, 124, BINDING, I, 873, FRANK, GROBLEBEN, (Bibl., § 65), § 39, I, § 362, III, FUHR, *Polizeiaufsicht*, 1888, p. 95, R. SCHMIDT (Bibl., § 16) et autres.

(5) Cf. § 30 de la loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887, § 58 de la loi sur l'impôt des sucres de 1891, § 143 du règlement sur l'industrie de 1869.

(6) Pour les cas mentionnés sous *c*, FRANK nie le caractère pénal.

§ 60-1. — La peine de mort.

BIBLIOGRAPHIE. — A citer : Ouvrages de Hepp, 1836, Mittermaier, 1862, Berner, 1863, Kunze, 1868, Geyer, 1869. — Helzel, Die Todesstrafe in ihrer Kulturgeschichtlichen Entwicklung, 1870. — v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875. — Seeger, Abhandlungen, I. 1. — Wahlberg, Kleinere Schriften, II, 138. — d'Olivcronu, Om dödsztraffet, 1^{re} éd. 1866, 2^e éd. 1891 traduit en français par Beauchet 1893. — Kazenstein, Die Todesstrafe in einem neuen R St.-G. B. 1905. Ramlau, Thèse Rostock (1909). Mais surtout Günther n., Hälfte 327.

1. La peine de mort, qui était avec les mutilations corporelles la peine criminelle du droit commun, se trouve, depuis la suppression des modes d'exécution cruels qui l'aggravaient, et depuis sa limitation à quelques cas d'exception, complètement reléguée au second plan dans le système du droit pénal actuel (1).

Le combat, que les écrivains de la période philosophique (surtout Beccaria et Sonnenfels, 1674) engagèrent contre la peine de mort (2) n'eut d'abord que peu de succès : suppression de la peine de mort en Toscane, en fait en 1765, légalement en 1786 (jusqu'en 1790-1793) ; en Autriche en 1787 (jusqu'en 1796 ; elle fut remplacée par la terrible peine de l'internement dans un cachot obscur avec enchaînement et jeûne, et par l'exécution lente par le halage des bateaux). En Russie, elle avait été, dès 1754, limitée aux crimes politiques. Du moins le combat engagé eut-il comme autres ré-

(1) En Allemagne, sur 100 jugements comportant une condamnation, la proportion des condamnations à mort est de 0,01 environ.

(2) Mais les partisans de la peine de mort furent également nombreux à l'époque. Je renvoie à MONTESQUIEU, ROUSSEAU, LINGUET, SODEN, ainsi qu'à KANT et J. MÖSER. Cf. aussi Z, v, 721. Dans la dissertation inaugurale de GOETHE (1771), la thèse 53 est ainsi conçue : *Pœnx capitales non abrogandæ*. Cf. MEISNER, *Goethe als Jurist*, 1885, p. 17. Controverse littéraire dans le *Deutsches Museum*, 1776-1778. BERKE, *Meinungen über die Todesstrafe*, 1798. Dans les Pays-Bas autrichiens la suppression de la peine de mort fut examinée officiellement en 1776.

sultats, concurremment avec l'amélioration des prisons commencée dès 1670 environ, la suppression graduelle des aggravations de la peine capitale (3) et la limitation graduelle de celle-ci à un nombre très restreint de cas criminels.

Comme conséquence du § 9 des Droits fondamentaux des Allemands du 27 décembre 1848 (§ 139 de la Constitution impériale du 28 mars 1849), la peine de mort fut supprimée dans un certain nombre d'Etats allemands (mais non en Autriche, en Prusse ni en Bavière); mais dans la plupart de ces Etats la domination de la réaction amena le rétablissement de la peine capitale; le Hanovre conserva même jusqu'en 1859 la pratique de traîner le patient sur une claie au lieu d'exécution. Seuls, Oldenbourg, Anhalt et Brême maintinrent la suppression; la Saxe fit, encore en 1868, disparaître la peine de mort. Telle était la situation lorsque commença la discussion du Code pénal de la Confédération allemande du Nord. Les durs combats parlementaires qui se terminèrent par le maintien (ou le rétablissement) de la peine de mort, ont été déjà décrits plus haut, § 41, II, 3.

En dehors de l'Allemagne, le mouvement abolitionniste, ayant pour but la suppression de la peine capitale, n'a pas non plus fait de grands progrès. La peine de mort fut supprimée en Toscane (où elle avait été déjà écartée de 1847 à 1852) en 1859, et dans toute l'Italie en 1889, en Roumanie en 1864 (expressément interdite dans la constitution de 1866) en Portugal (où elle n'était plus appliquée depuis 1843), en 1867, en Hollande en 1870, en Norwège (où elle n'était plus appliquée depuis 50 ans environ) par le Code Pénal de 1902. Elle n'existe pas non plus à Saint-Marin (depuis 1848) et dans certains des Etats-Unis de l'Amérique du Nord (Maine, Kansas, Michigan, Rhode Island, Wisconsin); il faut d'ailleurs noter que depuis 1897, les jurés ont, aux Etats-Unis, le droit d'exclure l'application de la peine de mort. On l'a supprimée aussi au Vénézuëla (1864), dans Costa Rica (1180), au Guatemala 1889), en Colombie et au Brésil (1890), au Nicaragua (1892), dans le Honduras (1894). Les grands Etats, et en particulier la France et l'Angleterre, l'ont conservée, mais en la

(3) A Berlin, la dernière exécution par le feu eut lieu en 1823. Le royaume de Hanovre supprima la roue en 1840 (jusqu'alors exécutée avec des masses en fer) et la Prusse en 1851 seulement.

limitant toutes deux à un nombre restreint de crimes, la première depuis 1861, la seconde en 1832 et en 1848. Dans la Constitution fédérale de 1874, la Suisse déclara la peine de mort inadmissible ; depuis le 28 mars 1879, elle n'est plus exclue, de par l'autorité fédérale, que pour les crimes politiques. Les cantons ont ainsi reconquis le droit de rétablir la peine de mort. En ont fait usage jusqu'à présent : Schwyz, Uri, Unterwald ob dem Wald, Appenzell Rhodes intérieures, Zug, Saint-Gall, Lucerne, le Valais, Schaffhouse, Fribourg. Par contre, le projet suisse a renoncé à la peine de mort. Celle-ci n'a plus été exécutée en Belgique depuis 1863, en Finlande depuis 1826 ; cependant ce dernier pays a conservé la peine de mort dans son Code pénal de 1889.

II. — **Domaine d'application de la peine de mort.** Si nous faisons abstraction du C. P. Mil, qui prononce la peine de mort exclusivement dans dix cas, et facultativement dans huit cas (4), la peine capitale figure dans la législation impériale :

1. Comme peine de l'assassinat consommé (C. P. I., § 211).

2. Comme peine de l'assassinat et de la tentative d'assassinat commis sur la personne de l'Empereur, du souverain de l'Etat dont l'auteur est le sujet et du souverain de l'Etat où réside l'auteur (C. P. I., § 80).

3. Comme peine de l'emploi criminel d'explosifs, lorsque l'auteur crée intentionnellement par l'emploi d'explosifs un danger pour la propriété, la santé ou la vie d'autrui, en supposant que l'acte de l'agent a produit la mort d'un individu et que l'auteur a pu prévoir un tel résultat (loi du 9 juin 1884, § 5, al. 3).

(4) Seulement pour des crimes militaires commis en campagne, notamment dans certains cas de trahison martiale et de compromission de la force militaire, pour désertion, pour lâcheté, pour certains actes d'insubordination devant l'ennemi, pour le pillage avec meurtre, pour le manquement au devoir de garde devant l'ennemi, pour la rupture de la parole d'honneur d'un prisonnier de guerre (C. P. Mil., §§ 58, 60, 63, 71, 72, 73, 84, 95, 97, 107, 108, 133, 141, 159).

4. Comme peine des organisateurs et meneurs d'une campagne entreprise en vue du rapt d'esclaves, lorsque cette campagne a causé la mort d'une des personnes contre lesquelles elle était entreprise (§ 1 de la loi du 28 juillet 1895).

5. L'entrée en vigueur du droit martial étend l'application de la peine de mort (plus haut, § 25, 1).

Dans les quatre premiers cas, la peine de mort est la sanction exclusive; dans le cinquième cas, elle est par contre facultative, en concurrence avec d'autres peines (5). Dans tous les cas, elle peut être aggravée par la déchéance des droits civils et civiques reposant sur l'honneur (C. P. I., § 32). Elle est exclue en cas de tentative, d'assistance et de jeunesse de l'auteur (plus loin, § 70).

III. **Exécution de la peine de mort.** — D'après le § 13 du C. P. I., la peine de mort doit être exécutée par la décapitation, et d'après le § 14 C. P. Mil., par le passage par les armes, « lorsqu'elle a été ordonnée à cause d'un crime militaire, et en campagne même lorsqu'elle a été ordonnée à cause d'un crime non militaire » (6). Pour le reste, le mode d'exécution de la peine de mort est réglé par le droit des Etats confédérés (7). D'après la loi impériale de

(5) Cela me semble hors de doute dans la mesure où le droit du temps de paix, comme par ex. le C. P. I., §§ 81 et 88, pose comme sanctions, à côté de la réclusion à vie (que remplace la peine de mort), d'autres peines. Dans le même sens FINNA, I, 455, FRANK, BG., § 4, III, SEEVERT, *Anarchismus*, 1899, p. 139; *contra* HAELSCHNER, II, 763, OLSHAUSEN, EG., §§ 4, 9. Mais il faut admettre la même chose pour le C. P. I., § 90, qui menace de la réclusion perpétuelle, car il admet les circonstances atténuantes.

(6) A la vérité, cette rédaction n'est pas absolument claire: BENNECKE, Z, VII, 728. En temps de paix, la peine de mort pour crimes militaires est exclue. Si en temps de paix la peine de mort a été ordonnée pour un crime de droit commun, l'exécution est assurée d'après le C. P. Mil., § 454, par les autorités civiles (au moyen de la décapitation).

(7) Au temps du droit commun, le glaive, encore employé dans

1900 concernant la situation juridique des colonies allemandes, § 6, n° 5, « un autre mode d'exécution de la peine de mort, ne contenant pas d'aggravation », peut être introduit par Ordonnance impériale dans ces colonies. En conséquence, il fut ordonné (9 novembre 1900), que les exécutions dans ces pays se feraient par le passage par les armes, la pendaison, la décapitation.

les deux Mecklembourg, ou Anhalt, dans la principauté de Reuss ligne aînée, dans Lippe, dans Schaumbourg, à Brême ; dans les vieilles provinces du royaume de Prusse, la hache (ordre royal du 19 juin 1811) ; de même dans Brunswick, Meiningen, Reuss ligne cadette ; la guillotine depuis 1818 dans la province Rhénane, depuis 1841 en Hesse-Darmstadt, depuis 1852 en Saxe, depuis 1854 en Bavière et à Hambourg, depuis 1856 à Francfort, en Bade, en Saxe-Weimar, depuis 1857 en Saxe-Sondershausen, en Saxe-Cobourg, depuis 1860 en Hanovre, depuis 1863 à Lubeck, 1880 en Wurtemberg, 1884 en Oldenbourg. Depuis 1867, la peine de mort s'exécute aussi par la hache dans les nouvelles provinces prussiennes ; seule, le Hanovre et le ressort du tribunal supérieur de Cologne ont conservé la guillotine. Il en est de même pour l'Alsace-Lorraine. — L'Autriche-Hongrie, l'Angleterre, la Russie et les Etats-Unis conservent la pendaison et l'Espagne le garrot. New-York, le Massachusetts et l'Ohio ont adopté l'électricité comme mode d'exécution. Contre elle KRATZER, *Der Tod durch Elektrizität*, 1896. Cf. FRENDETHAL, Z, xxviii, 61. LAUMANN a proposé d'exécuter par l'acide prussique ; cf. V. KIRCHHEIM, *Centralblatt*, XV, 140. — Le nom de guillotine vient du médecin parisien J.-J. Guillotin, mort en 1814, qui avait proposé, le 1^{er} décembre 1789, d'unifier pour les trois ordres le mode d'exécution, en employant un mécanisme simple. Les vers ironiques d'une feuille royaliste exprimèrent la prédiction, qui d'ailleurs se réalise, que ce mécanisme prendrait le nom de l'auteur de la proposition. Cf. KOHN, J.-J. Guillotin, Thèse Berlin, 1891. LENÔTRE, *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, 1893. GÜNTNER, note 706. La première exécution au moyen de la guillotine construite par Louis et Schmitt eut lieu en 1792. L'invention elle-même était d'ailleurs connue depuis longtemps ; une gravure sur bois de L. CRANACH, représente une exécution à la guillotine en Saxe électorale, son introduction n'avait été repoussée en Autriche en 1756 qu'à cause des frais. MAASBURG, *Entstehungsgeschichte der Theresiana*, 1830, p. 40. BÖHMER, *Neues Archiv.*, VI, 65.

Le Code de Procédure criminelle contient diverses dispositions qu'il y a lieu de mentionner ici. C'est ainsi que, d'après le § 485 Proc. crim., il ne peut être procédé à l'exécution de la peine de mort qu'après que celui qui dispose du droit de grâce a déclaré ne pas vouloir faire usage de ce droit. L'aliénation mentale ou la grossesse font obstacle à l'exécution. — En outre, par le § 486 Proc. crim., l'exécution dite *intra muros* (c'est-à-dire dans un espace clos avec publicité restreinte) (8), déjà introduite depuis 1840 environ dans la plupart des Etats allemands (en Prusse en 1851) est devenue de droit d'Empire.

§ 61. — 2. La peine privative de liberté. Son histoire.

Bibliographie pour les §§ 61 et 62. — Avant tout le *Handbüch des Gefängniswesens*, publié par v. *Holzendorff* et v. *Jagemann*, 2 vol. 1888, et *Krohne*, *Lehrbüch der Gefängniskunde*, 1889. — Puis *H. Seuffert*, WV. I, 481. — *Wulff*, *Die Gefängnisse der Justizverwaltung in Preussen*, 2^e édit., 1900. — *Krohne et Uber*, *Die Strafanstalten und Gefängnisse in Preussen*, I, 1901. — *Streng*, *Geschichte der Gefängnisverwaltung in Hamburg von 1622 bis 1872, 1890*. — *Wacher*, *Das Gefängniswesen, die staatliche Zwangserziehung der Jugendlichen und die Arbeitshausstrafe in Baden*, 1899 (*Belting* Heft. 21). *Gennat*, *Das Gefängniswesen in Hambourg*, 1906. — *Appl*, *Der Volzug der Freiheitsstrafe, in Baden* 1905. — *Buernreither*, *Zudenfürsorge und Strafrecht in ... Nord Amerika*, 1905. — *Hoffmann*, *Thèse Giessen*, 1899. *Marcovich*, *Das Gefängniswesen in Ostereich*, 1899 —

(8) Elle est introduite aussi dans la plupart des Etats étrangers (mais non en France). — La non publicité de l'exécution fit déjà l'objet d'études fréquentes en Allemagne à la fin du XVIII^e siècle : travaux de V. *HIEPPEL*, 1797, d'un anonyme, 1798 (*BÖHMER*, *Handbuch der Litt. des Kriminalrechts*, 1816, p. 710). Elle a pour point de départ l'antipathie croissante contre l'exécution publique. Cf. *RUSH* (Pensylvanie), *Enquiry into the effects of public punishments upon criminals and upon society*, 1787. Et, comme suite, *POTTSMANN*, *Sendschreiben an RUSH*, 1792. *GÜNTHER*, note 705.

Lucie, Traité de science et législation pénitentiaire. — *Meggery*, Les Institutions pénitentiaires de la Hongrie, 1905. — *Wichern*, Zur gefangnis reform, 1905. — *Leimeier*, Die österreichische Gefängniskunde mit Berücksichtigung des ausländischen Gefängniswesens, 1890. — *Aschrott*, Strafsystem und Gefängniswesen in England, 1887. — *Le même*, Z, XVII, 1 (sur l'Angleterre depuis 1888). *Hinroger*, Amerikanisches Gefängnis- und Strafwesen, 1900. — *Schnutz*, Thèse Erlangen, 1898. — *Schaffroth*, Geschichte des Bernischen Gefängniswesens, 1898. — *F. H. Wines*, Punishment and Reformation. — An historical sketch of the rise of the Penitentiary System (1895). *V. Hippel*, Z, XVIII, 419, 608. — *Weichert*, Grundzüge der Strafvollstreckung nach Reichsrecht, 1902. — *Link*, Thèse Göttingue, 1902. — *Görtlich* (*Beling*, Heft, 79). — Critiques bibliographiques de *Bennecke*, *Beling*, *Clement*, dans Z. — Congrès pénitentiaires internationaux de Londres, 1872, Stockholm, 1878, Rome, 1885, Saint-Petersbourg, 1890, Paris, 1895, Bruxelles, 1903. — Blätter für Gefängniskunde, publiés depuis 1865 par *Eckert* (actuellement par *v. Engelberg*).

I. — La peine privative de liberté (internement avec ou sans travail forcé) appartient, en tant que peine proprement dite, à l'époque moderne. La « tour » du Moyen Âge et les maisons de travail et de force (*Spinn und Fospelhäuser*) qui lui succédèrent, ne servaient pas au châtimeut, mais à la garde des débiteurs négligents, des prévenus et des contrevenants aux réglemeuts de police. C'est aussi le point de vue de la Carolina. Ce fut donc une idée complètement nouvelle de fonder, à partir de la fin du xvi^e siècle et du début du xvii^e siècle et en concordance avec la réglementation nouvelle de l'assistance, des maisons de travail ou de correction (*Werk- oder Züchthäuser*) pour les vagabonds et les fainéants, pour les mendians et les filles de mauvaie vie, pour les valets et servantes rebelles et pour les enfants dénaturés, afin d'en faire, par une discipline sévère et par l'accoutumance au travail, des membres utiles de la société. Le premier de ces établissements fut celui de Bridewell, fondé en 1555 près de Londres; mais les maisons qu'on cita ensuite comme modèles furent celles fondées à Amsterdam en 1595 et 1597. En imitation étroite de ces institutions furent installés les établissements de Lubeck et de Brême (début du xvii^e siècle), de Hambourg (vers 1620), de Dantzic (vers 1630). Puis de nombreuses maisons de correction (*ergasteria*) s'ouvrirent dans les diffé-

rentes parties de l'Allemagne. C'est ainsi que pour la première fois l'idée de la préservation spéciale (*Spezial prävention*) par la correction, remplaçant la préservation générale (*General prävention*), parvient à une application logique et ouvre une nouvelle voie à l'administration de la justice pénale (1).

Mais déjà dans le cours du xvii^e siècle commença la décadence des maisons de correction. Les tribunaux s'habituerent (pour les motifs indiqués, p. 44), dans un but de sécurité sociale, à leur envoyer aussi des criminels condamnés et à les détourner ainsi de leur destination primitive. Au xviii^e siècle les maisons de correction avaient pour hôtes, dans des locaux trop étroits, sans surveillance suffisante et sans occupation convenable, les catégories humaines les plus diverses (condamnés, indigents, orphelins, incurables, aliénés).

II. — Dès le milieu du xvii^e siècle, Hambourg avait réalisé la séparation nocturne des prisonniers des maisons de correction. Il en fut de même pour la prison cellulaire de Franci, construite à Florence en 1677, ainsi que pour la maison de correction pour garçons difficiles, fondée à Rome en 1704 par Clément XI. La maison de correction de Cassel fut également installée d'après les mêmes principes (1720).

Ce système du travail en commun pendant le jour et de la séparation pendant la nuit fit l'objet d'une application complète et régulière dans la maison de correction de Gand, dont la construction, commencée en vertu d'une ordonnance impériale du 17 janvier 1772, fut achevée (d'après les plans du vicomte Villain XIV) en 1773; cet établissement peut être considéré, quant à la date, comme le premier établissement pénitentiaire au sens moderne.

A peu près vers la même époque (1773), John Howard (né en 1726) entreprit ses recherches sur la situation des prisons anglaises et continentales. En 1777 parut son « *State of prisons in England and Wales* », suivi par d'autres publications relatant les voyages entrepris avec un zèle infatigable par Howard, qui mourut enfin à Cherson (Russie), en 1790, victime de la mission à laquelle il avait voué toute sa vie. C'est à lui que l'on dut l'amélioration du système pénitentiaire an-

(1) C'est le mérite de von HIPPSEL que d'avoir attiré l'attention sur la relation de ces éléments. Cf. aussi ROSENFELD

glais, notamment la construction de plusieurs petites prisons cellulaires (de 1779 à 1781).

III. — Sous l'influence de B. Franklin (mort en 1790), le mouvement avait pénétré dans l'Amérique du Nord ; d'ailleurs, la déportation des criminels anglais constituait déjà une des doléances formulées par les colonies dès 1773. La Société Pénitentiaire de Philadelphie, fondée le 7 février 1776, puis dispersée par la guerre et enfin reconstituée en 1787, parvint à réaliser d'une part la restriction de la peine de mort, et d'autre part, dans la prison construite en 1790 à Philadelphie, l'isolement complet de jour et de nuit (« most rigid and unremitting solitude », avec du moins l'exclusion effective du travail). Dans ce système, l'amendement doit provenir du déchirement moral causé par le remords. Les résultats de ce système imbu du plus pur quakérisme furent aussi défavorables que possible. Aussi remplaça-t-on à Auburn dans l'Etat de New-York le « solitary-system » par le « silent-system » (1823) : isolement pendant la nuit, et pendant le jour travail en commun, au cours duquel les effets démoralisants des communications entre détenus sont évités par la consigne du silence, maintenue avec la plus grande sévérité (à coups de fouet). Par contre, l'isolement triompha en 1829 en Pennsylvanie, après un dur combat ; il fut appliqué, mais avec travail forcé, suivant la plus rigoureuse logique, dans le fameux Eastern Penitentiary de Cherry Hill à Philadelphie, qui fut l'objet des visites et des éloges de voyageurs de tous pays.

IV. — Tandis qu'aux Etats-Unis la lutte des deux systèmes continuait avec un grand acharnement, pour se terminer par une défaite complète de l'isolement, ce dernier commençait sa campagne triomphale en Europe. En 1840 fut posée la première pierre de la prison modèle de Pentonville près Londres qui, ouverte en 1842, atténua dans le « separate-system » le « solitary-system » des Américains. Mais, à la différence du modèle pennsylvanien, l'isolement ne constitua en Angleterre qu'une phase d'un système « progressif » d'exécution de la peine. Après avoir été maintenus pendant dix-huit mois (temps qui fut plus tard réduit) dans l'isolement, afin d'être, non pas amendés, mais mis à l'épreuve, les condamnés étaient déportés dans les colonies d'Australie, où ils étaient repartis, suivant leur conduite, en différentes classes.

Sur le continent, on ne tint pas compte de l'ensemble composé par ce système. On crut suivre l'exemple anglais en demandant, pour l'accomplissement de la peine privative de liberté, l'isolement sans aucune restriction. Bruchsal et Moabit, ouvertes, l'une en 1848 et l'autre en 1849, furent les premières prisons allemandes établies sur le modèle de Pentonville. Malgré le refroidissement assez général qui succéda, après 1850, au premier enthousiasme, les différents Etats rivalisèrent bientôt dans la construction de prisons cellulaires avec bâtiment central et ailes à cellules, avec cabanes d'isolement à la chapelle et dans la salle d'école, petites cours pour promenades solitaires et masques ou cagoules; en même temps, tous les pays procédaient à la réglementation légale de l'isolement. En tête du mouvement, la Belgique entreprenait et réalisait logiquement la transformation complète de ses prisons d'après le système de l'isolement. Par contre, tous les autres Etats se contentèrent d'appliquer ce système d'une part aux peines de courte durée, et d'autre part comme première phase pour les peines à long terme.

V. — La suppression graduelle de la Déportation anglaise en Australie (1843, 1857, 1867) et son remplacement par la servitude pénale conduisirent en Angleterre à une application toujours plus décidée du **système progressif** dans l'application des peines de longue durée. Le système anglais, basé sur la pensée de régénérer peu à peu le condamné et de le replacer progressivement dans les rangs de la société, comprend trois phases, que doit traverser le condamné : 1° Isolement sévère pendant neuf mois ; 2° Travail en commun en quatre divisions échelonnées (*Markensystem*) (système des bons points) ; 3° Libération conditionnelle avec possibilité de révocation de cette faveur (*ticket of leave*). Ce système fut aussi introduit en Irlande avec quelques modifications peu importantes, parmi lesquelles l'intercalation d'une phase préliminaire précédant la libération conditionnelle : séjour dans un établissement intermédiaire (*intermediate prison*), où il était permis au condamné de communiquer plus librement avec le monde extérieur.

C'est cette modification (introduite de 1853 à 1864 par Walter Crofton) qui fournit à Mittermaier, v. Holtzendorff et autres l'occasion de signaler spécialement le **système irlandais** (expression tout à fait inconnue en Angleterre même) et d'en

recommander chaudement l'imitation (1859). On employait même comme ayant la même signification (et on les emploie ainsi encore aujourd'hui) les expressions « système irlandais » et « système progressif », et cependant la pensée primordiale du retour gradué à la liberté, dégagée de détails d'exécution imposés et justifiés par les circonstances locales (soit d'une part le système des bons points et d'autre part les établissements intermédiaires), avait été déjà soutenue au siècle précédent par Wagnitz, puis par Klein (*Annalen*, XXIII, 168), Tellkampff et autres, et réalisée dans plusieurs établissements suisses (notamment à Genève), ainsi qu'en Angleterre même. Le séjour de transition » (*Uebergangsstation*) avait déjà fait l'objet d'études en Allemagne et avait été réalisé en 1851 à Dreierbergen dans le Mecklembourg. Cf. HG, I, 117 (*Wahlberg*), 117 (*v. Litz*). Le modèle irlandais a été suivi le plus strictement en Hongrie, en Croatie, en Bosnie, en Finlande, en Italie.

Par contre, la libération conditionnelle du droit anglais, qui tire son origine des colonies australiennes (1829), rencontre bientôt de nombreux partisans sur le continent. Elle fut introduite en Saxe en 1862 (abstraction faite de l'essai malheureux de Vechta en Oldenbourg, 1860), et plus tard dans de nombreux Etats non allemands.

VI. — C'est sur la même idée fondamentale que repose le *Reformatory-System* appliqué à Elmira dans l'Etat de New-York, ainsi que dans d'autres Etats de l'Amérique du Nord. Ce système a pour but l'amendement par l'éducation pour la vie en liberté. Sont propres à ce système sa combinaison avec une condamnation indéterminée (plus haut, § 15, note 11), ainsi que le renforcement de la culture morale et physique.

VII. — L'exécution de la peine privative de liberté n'est régiee que pour la plus petite part par la législation impériale actuelle, cette réglementation étant laissée pour la plus grande part à la législation des Etats confédérés. Ce n'est que sur l'exécution de l'isolement, sur la libération conditionnelle ainsi qu'en matière d'application de peines frappant de jeunes délinquants, que le C. P. I. a pris des dispositions. Dans cette partie si importante de l'administration de la justice pénale, l'unité fait donc défaut en Allemagne, et dans tous les Etats confédérés, surtout dans les plus grands, les

systèmes les plus contradictoires se rencontrent en un assemblage étrange.

La nécessité d'une réglementation d'Empire avait déjà été exprimée dans l'exposé de motifs du projet du Code pénal de l'Allemagne du nord ; le Reichstag prit à différentes reprises des résolutions dans le même sens (1870, 1875 et 1876) et de même la Société des fonctionnaires des établissements pénitentiaires allemands exposa dans son assemblée tenue en 1884 à Berlin l'urgence de mettre fin à la confusion causée par la nature disparate de l'exécution des peines dans les différents Etats. Cependant le projet d'une loi d'Empire sur l'exécution des peines privatives de liberté, présenté au Bundesrat (Conseil fédéral) le 19 mars 1879, ne fut jamais soumis au Reichstag. Par contre, les gouvernements des Etats allemands s'entendirent en novembre 1897 sur un certain nombre de « principes » applicables à l'exécution des peines privatives de liberté prononcées par les tribunaux (2). Mais la réglementation légale de notre système pénitentiaire ne pourra se réaliser qu'en même temps qu'une transformation d'ensemble de tout notre système pénal.

§ 62. — Les peines privatives de liberté dans la législation impériale.

1. — Le C. P. I. distingue quatre modalités de la peine privative de liberté :

1. La réclusion (*Zuchthaus*), comme peine grave, infamante, impliquant le travail forcé ;

2. L'emprisonnement (*Gefängnis*), comme peine de gravité moyenne, non infamante en soi, impliquant le travail forcé ;

3. La détention simple (*Haft*), comme peine légère, non infamante, régulièrement sans travail forcé ;

4. La détention dans une enceinte fortifiée (*Festungshaft*), comme peine grave, non infamante, sans travail forcé.

(2) Accord reproduit dans Z, XVIII, 400. A ce sujet ASCHROTT, Z XVIII, 384, ainsi que MITTEILUNGEN, VII, 237.

II. — D'après les dispositions du C. P. I., ces quatre sortes se différencient par les points suivants (1) :

1. **Application.** La réclusion est la peine des crimes, la prison celle des délits, et la détention simple celle des contraventions. Cependant la détention simple est aussi appliquée exceptionnellement à certains délits (C. P. I., §§ 140, n° 2, 185, 186, et comme autres exemples le § 147 de la loi sur l'industrie et les articles II et III de la loi de 1888 concernant les débats judiciaires à huis clos). La détention dans une enceinte fortifiée doit remplacer aussi bien la réclusion que l'emprisonnement et elle est, facultativement avec ces deux peines, la sanction d'un certain nombre de crimes politiques (aussi pour C. P. I., § 130 *a* et 345), et exclusivement la sanction du duel.

2. **Durée.** La réclusion et la détention dans une forteresse sont des peines à vie ou à temps, l'emprisonnement et la détention simple sont toujours des peines temporaires. Le maximum pour les deux premières, lorsqu'elles sont temporaires, est de quinze ans; celui de l'emprisonnement est de cinq années, et celui de la détention simple de six semaines. Le minimum est une année pour la réclusion, de telle sorte que les fractions d'une année doivent être transformées en emprisonnement; un jour pour les autres peines privatives de liberté (C. P. I., §§ 14 à 18) (2).

3. Le calcul de la réclusion s'effectue par mois pleins, celui des autres peines privatives de liberté par jours pleins (C. P. I., § 19). Le jour est alors compté pour vingt-quatre heures, la semaine pour sept jours, le mois et l'année d'après le temps du calendrier.

(1) D'autres distinctions sont contenues dans les « principes » mentionnés plus haut § 61, note 2.

(2) Exceptionnellement les maxima du C. P. I., peuvent être dépassés en cas de concours réel de plusieurs infractions (plus loin § 73); cela s'applique aussi aux jeunes délinquants quant à l'emprisonnement (plus loin § 70, 1).

4. Le **travail forcé** est nécessairement entraîné par la réclusion (C. P. I., § 15), le travail à l'extérieur est permis avec séparation des ouvriers libres. Les détenus condamnés à l'emprisonnement *peuvent* être occupés d'une façon conforme à leurs capacités et à leur état (C. P. I., § 16); sur leur demande, ils *doivent* être occupés de cette façon; le travail à l'extérieur n'est alors possible qu'avec leur consentement. Avec la détention dans une enceinte fortifiée (C. P. I., § 17), l'obligation au travail est exclue sans exception; elle n'a lieu que tout à fait exceptionnellement dans la détention simple (C. P. I., §§ 362, 361, nos 3 à 8 contre les vagabonds, les mendiants, les désœuvrés, les fainéants, les prostituées, les gens sans métier); le détenu peut être tenu à des travaux répondant à ses capacités et à son état, et cela tant à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire qu'à l'extérieur, à la condition, dans ce dernier cas, de supprimer tout contact avec les travailleurs libres.

5. La réclusion entraîne d'office la **perte de certains droits honorifiques** (C. P. I., § 31); la déchéance complète de tous ces droits peut accompagner la réclusion et (sous certaines conditions) l'emprisonnement; la déchéance partielle peut accompagner l'emprisonnement et (dans certains cas) la détention dans une enceinte fortifiée (C. P. I., §§ 32 et sq.); la déchéance est exclue dans la détention simple.

III. — **Exécution des peines privatives de liberté** (3).

1. **L'isolement** (C. P. I., § 22). Les peines de réclusion et d'emprisonnement peuvent être accomplies, tant pour leur durée totale que pour une partie de

(3) Sur l'exécution des peines ordonnées par la juridiction militaire, cf. v. JAGEMANN, *UG.*, 1, 157, ainsi que l'Ord. pour la Proc. crim. Mil., du 1^{er} déc. 1898, §§ 450 à 464. — Pour le reste cf. Proc. crim., § 483, loi sur l'organisation judiciaire, §§ 163 et 164. — Les peines prononcées par le Tribunal d'Empire s'exécutent suivant une convention entre la Prusse et l'Empire.

cette durée, dans l'isolement, de telle sorte que le prisonnier soit, « sans interruption » (donc aussi à la chapelle, à l'école, à la promenade) (4) maintenu séparé des autres prisonniers. L'isolement ne peut dépasser la durée de trois ans sans le consentement du détenu (5).

2. La libération conditionnelle. D'après les §§ 23 à 26 du C. P. I., les condamnés ayant à subir une peine (temporaire) de réclusion ou d'emprisonnement d'assez longue durée, peuvent, avec leur consentement, être libérés provisoirement, s'ils ont accompli les trois quarts, mais au minimum un an, de la peine qui leur a été infligée, et si pendant ce temps leur conduite a été bonne. Si le temps fixé par la condamnation s'est écoulé sans qu'il y ait eu révocation de la libération provisoire, la peine privative de liberté est considérée comme accomplie. Par contre, la révocation (possible en cas de mauvaise conduite du libéré, ainsi qu'en cas d'infraction de sa part aux obligations qui lui sont imposées) a pour effet d'empêcher l'imputation, sur la durée fixée de la peine, du temps écoulé depuis la libération jusqu'à la réincarcération. La libération et sa révocation sont décidées par l'administration supérieure de surveillance judiciaire (*Justizaufsichtsbehörde*) ; il peut aussi être procédé à l'arrestation provisoire de libérés par la police locale, pour des motifs urgents de sécurité publique.

3. Les peines prononcées contre des mineurs doivent être accomplies dans des établissements ou des locaux spéciaux, destinés à ce seul usage (C. P. I., § 57, dernier alinéa) (6).

(4) *Contrà*, LINK (Bibl., § 61), 88.

(5) L'isolement « ininterrompu » est par suite exclu pour la détention de forteresse et pour la détention simple. Même sens LINK, 10.

(6) D'après une loi prussienne du 29 mai 1870, les peines privatives de liberté prononcées contre les étudiants des universités

§ 63. — 3. L'amende.

BIBLIOGRAPHIE. — *Stooss*, *Zür Natur der Vermögenstrafen*, 1878.
 — *V. Buri*, *Zür Natur der Vermögenstrafen*, 1878 (Beiträge 90).
 — *Kronecker*, GA, xxvii, 81 et xxviii, 9. — *Wahlberg*, *Klein. Schriften*, II, 231. — *Seidler*, dans les *Conrads Jahrbücher*, nouvelle série, XX, 241. — *Reinhardt*, Thèse Halle, 1890. — *Kohler*, GA, XLIX, 177, *Jacobi*, *Bibl. du § 27*.

I. — L'amende est, dans le système pénal de la législation impériale, la seule **peine principale dirigée contre le patrimoine**. Elle y est largement employée, sans cependant l'être suffisamment et méthodiquement (voir plus haut, § 15, note 6). Elle y figure tantôt seule, tantôt liée à la peine privative de liberté comme seconde peine principale, tantôt en option avec la peine privative de liberté (1) et elle est en ce cas prescrite quelquefois en première ligne, et quelquefois en seconde ligne.

II. — Le **minimum** de l'amende est de 3 marks (2) pour les crimes et délits, et de 1 mark pour les contraventions (C. P. I., § 27). On ne peut aller au-dessous de ce minimum même en cas de tentative et

prussiennes et de certaines académies (établissements d'enseignement supérieur) jusqu'à concurrence de deux semaines, peuvent être, sur requête des autorités judiciaires, accomplies dans les prisons universitaires (*akademische Karzer*). Cf. à ce sujet STEIN, *Die akademische Gerischtbarkeit in Deutschland*, 1891, p. 144. — La valeur juridique de cette loi est très douteuse vis-à-vis du droit d'Empire, qui ne connaît pas les établissements pénitentiaires spéciaux pour certaines castes. Pour la validité FRANK, § 16, III, MEYER-ALLFELD, 290.

(1) D'après le C. P. Mil., § 29, il ne peut en ce cas être prononcé d'amende, lorsque par l'infraction une obligation de service militaire a été aussi transgressée.

(2) Cependant dans la loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1895, § 42, V, d, figure une amende de un à trois cents marks (par contre le § 26 de la loi du 8 juin 1891 ne parle que de « peines réglementaires »).

d'assistance. Le **maximum** de l'amende n'est pas indiqué dans la Partie Générale du C. P. I. Il ne dépassait pas originairement 6.000 marks dans la Partie spéciale de ce Code, mais depuis l'intercalation du § 302 *d* par la loi sur l'usure de 1880, il peut atteindre 15.000 marks. L'amende doit toujours s'évaluer en marks pleins.

L'amende est perçue par l'Etat et employée à des usages publics. L'exécution de cette peine s'effectue conformément aux prescriptions concernant l'exécution des jugements civils (Proc. crim., § 495); cf. aussi § 37 de la loi impériale sur le timbre de 1894 (3).

III. — L'amende a une bien plus grande importance dans les lois complémentaires, où elle comporte (comme dans le C. P. I., § 145) dans de nombreux cas un multiple ou une partie des droits ou taxes fraudés. Mentionnons comme exemples, en dehors de nombreuses lois fiscales ou douanières : la loi concernant les valeurs au porteur avec primes de 1871, § 6 (amende égale à la cinquième partie du montant nominal des valeurs faisant l'objet de l'infraction, mais qui doit être d'au moins 100 thalers (300 marks); la loi sur les banques de 1875, § 53 (amende égale au décuple des titres (*Wertzeichen*) ou coupures indûment émises, mais qui est de cinq mille marks au moins); la loi de 1874 concernant l'émission des banknotes, art. II, § 2 (amende : le quadruple des banknotes illégalement émises, mais au moins mille marks). Le Code de Commerce, §§ 312 et sq., prescrit à plusieurs reprises des amendes pouvant atteindre 20.000 marks; la loi sur l'espionnage de 1893 va jusqu'à 15.000 marks, et la loi sur le rapt d'esclaves de 1893 monte même à 100.000 marks. — La loi de 1902 sur les gens de mer compte dans les §§ 96 et 97, les amendes d'après le montant du salaire mensuel.

Sur l'emploi des amendes, cf. par exemple la loi sur

(3) L'amende est dirigée également contre la personne du condamné. Il faut, par suite, repousser le paiement par des tiers. Cf. Partie spéciale, § 183 (actes favorisant l'auteur de l'infraction). Sur les voies d'exécution dirigées contre la succession du condamné, cf. plus loin § 74, II.

l'état civil de 1875, § 70, qui attribue les amendes qu'elle fixe aux communes qui ont la charge matérielle des offices d'état civil; la loi sur les denrées alimentaires de 1870, § 17, la loi sur le vin de 1892, § 40, la loi sur les substances saccharifères de 1898, § 4, lesquelles autorisent à recevoir les amendes, les caisses qui ont la charge de l'entretien des organisations destinées à l'examen technique des denrées alimentaires et autres; la loi sur l'industrie, § 146 (Caisse de secours, autres caisses existant pour le bien-être des ouvriers, éventuellement les caisses locales de bienfaisance); la loi sur la poste de 1871, § 33 (caisse d'assistance des postes); la loi sur les gens de mer de 1902, § 132 (Caisse des gens de mer ou au besoin caisse locale de bienfaisance du port d'attache du navire); la loi sur l'assurance-maladie de 1892, § 82 c (Caisse de maladie); d'après les lois fiscales et douanières, l'amende est le plus souvent attribuée au fisc de l'Etat confédéré dont les autorités ont prononcé cette peine. — L'Ordonnance du 13 juillet 1888, § 11, attribuait les amendes qu'elle fixait à la caisse de la Compagnie de la Nouvelle-Guinée (4).

§ 64. — 4. La réprimande.

BIBLIOGRAPHIE. — *Ellinger*, Der Verweis im deutschen Reichsstrafrecht, 1899. — *Nordschild*, Thèse Tubingue, 1900. — *Koltencher*, GA. XLVII, 270. *Bock*, Thèse Wurzburg, 1906.

I. — Le C. P. I (§ 57, n° 4) ne connaît la réprimande que pour les délits et contraventions d'un mineur, et seulement pour des cas de très peu de gravité (1).

(4) D'après le § 34 de la loi prussienne sur le vol forestier de 1878, l'amende est même attribuée, dans certaines conditions, à la partie lésée. Il est douteux en ce cas qu'il puisse encore s'agir d'une amende. La question est importante quant aux mesures gracieuses.

(1) Certaines lois pénales des Etats confédérés n'emploient pas la réprimande. Cf. loi prussienne sur le vol forestier du 15 avril 1878, § 10. — La condamnation à la réprimande motive l'aggravation entraînée par la récidive; dans ce sens R., XIV, 421;

II. — La réprimande étant une peine (plus haut, § 59, note 3), elle ne peut être infligée que lorsque le jugement qui la prononce a acquis force de chose jugée.

Les dispositions expresses sur l'exécution de cette peine font défaut (même dans Proc. crim.); il y a donc lieu d'y procéder en se référant aux autres dispositions du Code de Proc. crim. (§ 483) (2).

§ 65. — 5. Peines accessoires frappant la liberté.

BIBLIOGRAPHIE. — v. supra, § 15, notes 8 et 9. v. *Conti, Die Ausweisung aus dem Deutschen Reich und aus dem Staat und der Gemeinde in Preussen*, 1904. *Grobbeben GS*, LXX, 201 (Thèse Würzburg, 1906). *Hesse*, Thèse Göttingue, 1903.

I. — Le prononcé judiciaire du **renvoi sous la surveillance de la police** (*Zulassung von Polizeiaufsicht*) est, à côté de la peine privative de liberté, laissé à l'appréciation du juge, et cela régulièrement en cas de réclusion, exceptionnellement en cas d'emprisonnement, dans un cas unique en cas de détention dans une enceinte fortifiée, mais toujours dans des cas expressément prévus par la loi (1).

cf. plus loin § 69. — Sur la prescription de la réprimande, cf. plus loin §§ 77, 78.

(2) De même, R., XIII, 403; ELLINGER, 81, HAELSCHNER, I, 605. MEYER-ALLFELD, 306. *Contrà* BIRKMEYER, 1139, OLSHAUSEN, § 57, 16, BINDING, *Grundriss*, I, 204 (6^e éd.), NORDSCHILD, qui demandent l'exécution par le juge. Cf. aussi, Loi d'Introduction du (P.I. en Alsace-Lorraine, art. 42.

(1) Bibliographie plus haut § 15, note 8. A ma connaissance le Code pénal Joséphin de 1787 (II, 32) est le premier qui admet la surveillance de la police (pour le vol). Pourtant, vers la fin du XVIII^e siècle, elle était assez généralement en usage en Allemagne et figure dans la plupart des codes pénaux allemands de ce temps. Son développement nouveau en Prusse (loi du 12 février 1850) repose sur le Code pénal français, art. 44 et sq. (Sénatus-consulte du 28 floréal an XII; renvoi sous la surveillance

Les cas expressément prévus par le C. P. I., dans lesquels le renvoi sous la surveillance de la police peut être ordonné, sont : C. P. I., §§ 115, 116 (sédition et émeute), 122 (mutinerie de prisonniers), 125 (rupture de la paix publique), 146, 147 (crimes de fausse monnaie), 180, 181 (proxénétisme), 181 *a* (Vagabondage spécial), 248 (vol et détournement), 256 (vol à main armée et chantage), 262 (recel), 294 (braconnage de profession), 325 (une série de crimes de droit commun) 49 *a* (l'invitation ou l'offre de commettre un crime) ; en outre, la tentative d'un crime puni de mort ou de réclusion à perpétuité (2) et l'assistance (3) à un crime de cette nature (C. P. I., §§ 44 et 49). Il faut y joindre, parmi les lois complémentaires, la loi sur les gens de mer de 1902, § 105, la loi sur les denrées alimentaires de 1879, § 13, la loi sur les explosifs de 1884, § 11 ; la loi sur l'espionnage de 1893 (§ 6, le cas où le renvoi sous la surveillance de la police accompagne la détention dans une forteresse) et même, pour terminer, la loi sur le rapt d'esclaves de 1895, § 3.

1. Si la surveillance de la police est facultative à côté de la peine du crime ou délit consommé, il en est de même avec la peine de la tentative (C. P. I., § 45) ainsi qu'avec celle de la complicité ; si elle est encourue à cause de l'une de plusieurs infractions en cumul, elle peut être prononcée en même temps que la peine totale (C. P. I., § 76).

de la police). Hors d'Allemagne, la législation s'est en partie abstenue.

(2) Si, à côté de la réclusion à perpétuité, une autre peine s'offre au choix du juge, la surveillance de la police est possible en cas de tentative, si le juge se décide pour l'application du groupe pénal le plus sévère.

(3) *Contra FUCHS* (plus haut § 15, note 8), 197. Cependant l'assimilation, voulue par la loi, de la tentative et de l'assistance, tranche la question. *EXACT MEYER-ALLFELD*, 341.

La surveillance de la police est exclue à l'égard des mineurs (C. P. I., § 57, chiffre 5).

2. Par la décision prononçant le renvoi, l'administration supérieure de la police d'un Etat confédéré reçoit la faculté de placer, après consultation de l'administration pénitentiaire, le condamné sous la surveillance de la police pour une durée de cinq années au plus. — Ce laps se compte du jour où la peine privative de liberté est accomplie, prescrite ou remise (C. P. I., § 38).

3. Effets de la surveillance de la police (C. P. I.;

a) L'Administration supérieure de la police d'un Etat confédéré peut interdire au condamné le séjour de certains lieux déterminés (localités ou locaux tels qu'auberges et restaurants, théâtres, gares, etc.), et, en particulier, celui de sa localité d'origine;

b) Cette Administration a la faculté d'expulser le condamné étranger du territoire fédéral (pour une durée de cinq ans au plus);

c) Les perquisitions domiciliaires ne subissent aucune restriction quant au temps où elles peuvent avoir lieu (4).

II. — **Le renvoi à l'Administration de la police d'un Etat confédéré** peut être prononcé en même temps que la condamnation à la détention simple entraînée par les contraventions du § 361 C. P. I., nos 3 à 8 (à l'égard des vagabonds, mendiants, désœuvrés, prostitués, fainéants, gens sans métier), ainsi qu'avec la condamnation à l'emprisonnement frappant les souteneurs en vertu du § 181 a. La police du lieu de condamnation reçoit ainsi la faculté, soit de placer le condamné dans une maison de travail pour un laps de 1 à 2 ans, soit de l'employer pendant le même laps à des travaux d'intérêt public. Toutefois, dans le cas du § 361 n° 4 (mendicité), cette mesure n'est possible que si le condamné a encouru pour cette

(4) Cf. C. P. I., § 361, n° 1 et Proc. crim., §§ 103, 104, 106, 113.

contravention, au cours des trois dernières années, plusieurs condamnations ayant acquis force de chose jugée (même s'il n'a pas accompli les peines), ou encore s'il a mendié avec menaces ou avec armes. A l'égard des étrangers, l'expulsion hors du territoire fédéral peut intervenir à côté ou à la place de l'internement dans une maison de travail (C. P. I., § 362). Cette mesure est aussi qualifiée de « postdétention correctionnelle » (*Korrektionnelle Nachhaft (Anhang)*) (5). Depuis la loi du 25 juin 1900, l'administration de la police peut placer les prostituées dans un établissement de correction ou d'éducation ou dans un asile, au lieu de les interner dans une maison de travail (6) ; le placement dans une maison de travail est impossible lorsque la condamnée n'a pas encore accompli sa dix-huitième année (au moment de la condamnation).

III. — L'expulsion du territoire de l'Empire peut intervenir comme peine accessoire (7) contre les étrangers :

(5) V. HIPPEL, *Die korrektionnelle Nachhaft*, 1889. LE MÊME, *Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitscheu*, 1895. — La postdétention était déjà très en usage au XVIII^e siècle ; Suarez (Stroelzel (Bibl.) 79, 245, 301) la fit apparaître en Prusse, où elle fut adoptée dans la Coutume générale, puis élargie par une disposition de 1799 ; mais elle tomba ensuite dans l'oubli. Sa nouvelle évolution a pour base une loi prussienne de 1843, imitée du Code pénal français, puis modifiée en 1856. Important : La décision du Conseil fédéral du 28 juin 1889 (dans v. HIPPEL, *Bettel*, 70). — La postdétention doit suivre immédiatement la peine principale. Dans ce sens BENNECKE, Z, x, 339 ; v. HIPPEL, *Nachhaft*, 113 ; *Bettel*, 86. *Contra* SEUFFERT, WV, II, 258, avec l'usage en Prusse et dans les Etats de l'Allemagne du Sud. Sa durée doit se compter de la date de l'incarcération effective et non du moment de l'expiration de la peine principale.

(6) Remarquer la faculté très large laissée à la police (et refusée au juge).

(7) Qui diffère de l'expulsion comme mesure administrative de la police des étrangers. Cf. v. LASZT, *Volkerrecht*, § 25, II. — L'expulsion de nationaux allemands hors du territoire de l'Em-

1. En cas d'exercice professionnel des jeux de hasard (C. P. I., § 284).

2. A la place de la surveillance de la police (C. P. I., § 39, n° 2) (8).

3. A la place ou avec l'internement dans une maison de travail (9) (C. P. I., § 362, al. 4).

§ 66. — 6. Peines accessoires frappant l'honneur.

BIBLIOGRAPHIE. — v. *Wick*, Ehrenstrafen und Ehrenfolgen, 2^e éd., 1853. — *Wahlberg*, Ehrenfolgen der strafgerichtlichen Verurteilung, 1864. — *Züschwerdt*, Schärfungen der Freiheitsstrafe, 1865. — *Glaser*, Studien zum österr. Entwurf, 1870. — *Gross*, Ueber die Ehrenfolgen bei strafgerichtlichen Verurteilungen, 1874. — *Köhne*, Z, VIII, 439. — *Marcuse*, Die Ehrenstrafe, 1899 (*Belting*, Heft, 19).

I. — Les peines accessoires frappant l'honneur ne consistent pas, d'après la législation impériale, dans un anéantissement ou dans une diminution du bien qu'est juridiquement l'honneur, mais dans la déchéance totale ou partielle, prononcée par le juge pénal (1), de certains droits de l'honneur civique, exactement spécifiés par la loi, du *jus suffragii et honorum*, des *droits civiques*.

II. Déchéance de tous les droits civiques. — Elle comprend :

pire figurait dans la loi du 14 mai 1874 sur l'exercice illégal de fonctions cultuelles, abrogée le 6 mai 1890. La question de l'expulsion des sujets allemands hors d'un des Etats confédérés est réglée par la loi du 1^{er} novembre 1867 sur la liberté de la circulation ; cf. aussi la loi sur les socialistes du 21 octobre 1878 (abrogée).

(8) Donc avec le maximum fixé pour celle-ci :

(9) Donc avec le maximum de deux ans. *Contra* v. *HIPPEL*, *Bettel* (mendicité), 175, qui considère, avec l'usage dominant, l'expulsion comme perpétuelle. — Cf. C. P. I. § 361, chiffre 2.

(1) C'est ce qui distingue la peine frappant l'honneur des conséquences juridiques de la condamnation (forfaiture, plus haut, § 586). *Contra*. *MARCUSE*.

1. La perte totale :

a) Des droits du condamné résultant d'élections publiques ;

b) Des fonctions publiques (fonctions d'Etat immédiates et médiates), des dignités, des titres, des ordres et décorations (C. P. I., § 33) (2).

2. L'incapacité temporairement limitée d'exercer les droits suivants :

a) De porter la cocarde nationale d'un Etat confédéré (3) ;

b) D'entrer dans l'armée allemande ou dans la marine impériale ;

c) D'obtenir des fonctions publiques, des dignités, des titres, des ordres et décorations ;

d) De voter dans les affaires publiques, d'être électeur ou éligible ou d'exercer d'autres droits politiques (4) ;

e) D'être témoin dans la rédaction d'actes authentiques (5), lorsque la validité du document ou la force

(2) Parmi les fonctions publiques sont également comprises celles d'avocat, d'avoué (Anwalt), de notaire, de juré, d'échevin (C. P. I. § 31, al. 2) ; quant aux fonctions culturelles, elles le sont seulement si leur exercice embrasse celui d'un service d'Etat (Cf. FRANK, § 31, II, *contra* OLSHAUSEN, § 31. 7). Parmi les dignités se placent les grades universitaires reconnus par l'Etat. Sont seulement perdus les droits provenant de l'Empire ou d'un Etat confédéré (y compris l'autorisation de porter des décorations étrangères. Cf. aussi Neumeyer, Z, xxvii, I. — La loi n'a pas compris, et avec raison, la perte de la noblesse parmi les sanctions frappant l'honneur, car ce serait une diminution de la situation juridique de famille de l'intéressé, en contradiction avec la conception fondamentale actuelle de la peine frappant l'honneur.

(3) Lorsque la cocarde de l'Empire se porte avec la cocarde nationale (ce qui n'est pas le cas pour la flotte militaire et les troupes coloniales), elle disparaît avec celle-ci.

(4) La loi électorale pour le Reichstag du 31 mai 1869, § 3, chiffre 4, al. 2, est écartée par le C. P. I.

(5) Nouvelle rédaction d'après art. 34 de la loi d'introduction au Code civil. — Le Code civil a produit une modification radicale des dispositions mentionnées sous e) et f). Celui qui est dé-

juridique du document authentifié dépendent de la présence de témoins);

f) D'être tuteur, subrogé-tuteur, gardien (*Pfleger*), conseil à la mère, conseil judiciaire ou membre d'un conseil de famille ou curateur, à moins qu'il ne s'agisse de parents en ligne descendante et que l'autorité contrôlant la tutelle ou le conseil de famille n'en donne l'autorisation (C. P. I., § 34).

La durée de l'incapacité s'élève, pour la réclusion à temps, à deux ans au moins et à dix ans au plus, pour l'emprisonnement, à un an au moins et à cinq ans au plus (C. P. I., § 32). Elle est prononcée sans limite de temps avec la peine de mort et la réclusion à perpétuité. L'effet de la déchéance se produit lorsque le jugement a force de chose jugée; la durée de l'incapacité se compte à partir du jour où la peine privative de liberté, avec laquelle la déchéance a été prononcée, est accomplie, prescrite ou remise (C. P. I., § 36).

La déchéance de tous les droits civiques est régulièrement laissée à l'appréciation du tribunal; elle n'est prescrite obligatoirement que dans les §§ 161 (Faux serment), 181 (Proxénétisme grave), 302 *d, e*, (usure professionnelle ou habituelle) du C. P. I., ainsi que dans le § 48 de la loi sur l'émigration de 1897.

Elle peut être prononcée sans autre formalité avec la peine de mort et celle de réclusion; avec la peine d'emprisonnement, elle ne peut l'être (C. P. I., § 32) que si la durée de la peine infligée atteint trois mois,

claré déchu des droits civiques, ne *devra* pas, d'après le § 1781, être nommé tuteur, ne *devra* pas, d'après le § 2237, figurer dans la confection d'un testament, ne *devra* pas, d'après la loi du 20 mai 1893 sur la juridiction gracieuse (*freiwillige Gerichtsbarkeit*), prendre part à l'établissement d'un document authentique. L'incapacité se trouve ainsi écartée (Emploi dans le texte allemand de *soll*, qui marque une obligation relative, au lieu de *darf* ou *kann*, avec lesquels on traduirait: ne *pourra* pas). Cf. aussi Loi d'introd. C. Civ., art. 40.

et si la loi permet expressément de prononcer la perte des droits civiques ou si la peine d'emprisonnement a été, à la suite de circonstances atténuantes, prononcée à la place de celle de réclusion.

Les cas dans lesquels la loi permet expressément la déchéance des droits civiques sont les §§ 49 *a*, 108, 109, 133, 142, 143, 150, 160, 161, 164, 168, 173, 175, 180, 181 *a*, 183, 184, 248, 256, 262, 263, 266, 280, 284, 289, 294, 302, 302 *a*, *b*, *c*, 304 ; 329, 333, 350 ; autres cas dans diverses lois complémentaires.

En cas de tentative (C. P. I., § 45) et d'assistance, la déchéance est facultative ou obligatoire, lorsqu'elle l'est en présence de la peine de l'infraction consommée (la peine de la tentative doit donc atteindre trois mois en cas d'emprisonnement) ; il en est de même avec une peine totale, si la déchéance est possible ou obligatoire même avec une seule des diverses peines infligées (C. P. I., § 76). La déchéance ne doit jamais être prononcée contre l'auteur mineur (C. P. I., § 57, n° 5). D'après le C. P. Mil., § 46, les peines frappant l'honneur militaire sont encourues avec la peine de la tentative, lorsqu'elles sont possibles ou obligatoires avec la peine du crime ou délit consommé.

III. Déchéance de quelques droits honorifiques. — Il y a lieu de distinguer plusieurs cas :

1. En même temps qu'une peine de prison, à laquelle la déchéance aurait pu être complètement jointe (mais ne l'a pas été), l'incapacité de revêtir des fonctions publiques peut être ordonnée pour une durée d'une à cinq années. La déchéance entraîne d'office la perte perpétuelle des fonctions occupées (C. P. I., § 35).

2. La perte perpétuelle des fonctions publiques occupées et des droits résultant d'élections publiques peut être prononcée dans les cas des §§ 81, 83, 84, 87 à 91, 94, 95 C. P. I., ainsi que dans celui du § 6 de

la loi sur l'espionnage de 1893, soit, d'après ce dernier paragraphe et d'après le § 95 C. P. I., en même temps que la peine d'emprisonnement, et dans les autres cas en même temps que la détention dans une forteresse, qui peut alors être exceptionnellement unie à une diminution des droits civiques.

3. D'après les §§ 128, 129, 358 C. P. I., la perte de la capacité de revêtir des fonctions publiques peut être prononcée pour une durée d'une à cinq années (Cf. Partie spéciale, §§ 178, 188). Le § 35, al. 2, C. P. I., s'applique aussi dans ce cas.

Le calcul de la durée de l'incapacité temporaire s'établit d'après ce qui a été dit plus haut sous H.

IV. — Si un Allemand a été puni à l'étranger pour un crime ou délit qui, d'après les lois de l'Empire allemand, entraîne ou peut entraîner la perte de tous ou de certains droits civiques, l'ouverture d'une nouvelle procédure pénale est possible pour ordonner cette sanction contre celui qui est déclaré coupable dans cette procédure (C. P. I., § 37 ; plus haut § 22, IV, I b) (6).

(6) La « punition » embrasse, en même temps que l'accomplissement de la peine, la prescription et la remise de la peine. Sur la réhabilitation, cf. plus haut, § 15, note 10.

APPENDICE

§ 67. — La Busse (a).

BIBLIOGRAPHIE. — *V. Vächter*, Die Büsse, 1874. — *Dochow*, Die Büsse, 1875. — *V. Weinrich*, Die Haftpflichtwegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen, 1883, p. 122. — *Le même*, Z, xviii, 849. — *Glaser*, II, 13. — *Hilse*, GA, xxxvi, 26. — *Kronecker*, GA, xxvii, 97. — *Reinhardt* (Bibl. § 63). Merklingshaüs, Thèse Göttingen, 1891. — *Rücker*, Thèse Fribourg, 1901. — *Strauss*, Thèse Fribourg, 1901. — Comte de *Dohna*, Die Stellung der Büssi im reichsrechtlichen System des Immaterialgüter-schützes. Abhdlgn. des Krim. Sem., Berlin, N. F. I., Heft. 4, 1902. *Hölscher*, Thèse Leipzig, 1904.

I. Application. — La *Busse* figure aussi bien dans le C. P. I. lui-même que dans certaines lois complémentaires. Les cas, dans lesquels elle peut être prononcée, sont les suivants :

1. C. P. I. § 188. Diffamation et propos calomnieux (§§ 186 et 187), lorsque l'injure entraîne des conséquences préjudiciables pour la fortune, la profession ou métier et le progrès matériel de l'injurié. Maxi-

(a) Comme on l'a vu plus haut, l'auteur ne considère pas la *Busse* comme une peine (p. 358, I, 1, a). On serait donc tenté de confondre théoriquement la *Busse* avec les dommages-intérêts ; mais pratiquement, cette confusion est impossible (à cause du maximum imposé à la *Busse*). *Busse* est de même famille que *Büssen*, expier, *verbüssen*, purger sa peine, *Busstag*, jour de pénitence, en somme, le premier sens de *Busse*, c'est la « pénitence » (Note du trad.).

mum, 6.000 marks. — 2. C. P. I. § 231. Lésions corporelles dans tous les cas. Maximum, 6.000 marks. — 3. Loi sur la contrefaçon des ouvrages imprimés de 1870, § 18. Maximum, 6.000 marks; encore en vigueur pour la loi sur les modèles d'art du 11 janvier 1876, § 14. — 4. Loi sur les brevets de 1891, § 37. Maximum, 10.000 marks. — 5. Loi sur les modèles déposés de 1891, § 11. Maximum, 10.000 marks. — 6. Loi sur les marques commerciales de 1894, § 18. Maximum, 10.000 marks. — 7. Loi contre la concurrence déloyale de 1896, § 14. Maximum, 10.000 marks. — 8. Loi sur les droits d'auteur (littérature et musique) du 19 juin 1901, § 40. Maximum, 6.000 marks. — 9. Loi sur le droit d'édition du 19 juin 1901, § 9. — 10. Loi sur des œuvres d'art du 9 janvier 1907, § 35. Maximum 6 000 mark. La législation des Etats confédérés peut admettre la *Busse* dans les matières qui lui sont renvoyées; cf. par exemple la loi forestière pour l'Alsace-Lorraine du 9 juillet 1888, § 75 (1).

Dans tous ces cas s'appliquent les règles suivantes : l'attribution de la *Busse* est subordonnée à la demande que la partie lésée doit faire au cours de la procédure pénale (Proc. crim., § 443 à 446); elle doit être payée à la partie lésée; lorsqu'elle est prononcée, elle exclut la revendication de toute autre compensation; les condamnés à la *Busse* sont responsables comme débiteurs solidaires pour le tout (bien que le § 188, C. P. I., ne le dise pas expressément); la somme fixée pour la *Busse* ne doit pas excéder le montant qui a été demandé (Proc. crim., § 445); la réclamation de la partie lésée ne peut être élevée ou continuée par ses successeurs juridiques (C. P. O., § 444, al. 4); les voies d'exécution sont celles de la procédure civile (Proc. crim., § 495).

(1) Le C. C. I., § 847, fait une très large application de l'idée, mais non du mot de réparation. Cf. à ce sujet v. Liszt, *Deliktobligationen*, p. 64.

II. — La substance de la Busse est contestée ; tantôt elle est considérée comme une peine, tantôt comme une compensation (dommages-intérêts), tantôt comme une institution composée de ces deux éléments. Comme la conception de dommage-intérêt n'est pas épuisée par le dédommagement du préjudice pécuniaire, mais qu'elle implique en soi la satisfaction due à la partie lésée pour l'envahissement qu'elle a subi dans sa sphère juridique (voir plus haut § 58, I, 1 b), la Busse rentre donc aussi dans le concept de la compensation, ou mieux : de la satisfaction (2). Ce point de vue n'empêche pas que l'action en Busse ne soit très strictement personnelle à la partie lésée, et n'appartienne pas à ses héritiers. Il trouve une confirmation immédiate dans les lois complémentaires (« au lieu de la compensation peut être ordonnée la Busse »). Partant de ce point de vue, nous pouvons résoudre la plupart des controverses se rattachant à la question. C'est ainsi que l'origine de l'action n'est subordonnée ni à la preuve d'un dommage patrimonial, ni en somme à un préjudice de cette nature (3) ; la Busse sera accordée en cas de concours apparent d'infractions (C. P. L., § 73), même si la loi qui la prescrit n'est pas prise en considération lors de la fixation de la peine, comme étant la moins sévère ; l'action à fin de Busse se prescrit d'après les principes du droit civil (4), bien que

(2) Dans le même sens (bien que le plus souvent avec restriction au dédommagement du dommage pécuniaire), la plupart des auteurs ; avec eux, R, II, 224 ; xv, 352 (Busse pour la perte de la capacité de procréer), xvii, 190 ; xxiv, 398. Cf. le comte DE DOHNA, I, 252. La Busse est considérée comme peine civile par HEINZE, tandis que MERKEL, MERKLINGHAUS, HALSCHNER, STROOS, v. WAECHTER y distinguent deux éléments, un civil et un pénal. FRANK, III, devant § 13 préfère le terme (Entschädigung) (dédommagement).

(3) Cependant partiellement en sens différent C. P. L., § 188.

(4) Dans le même sens DOCHOW, HH, III, 376 ; FRANK, § 70, III ; MEYER-ALLFELD, 305 ; OLSHAUSEN, § 70, 6 ; contra BINDING, I, 854 ; HALSCHNER, I, 704.

sa poursuite dans une procédure criminelle soit effectivement rendue impossible par la prescription pénale de l'infraction ; la *Busse* obtenue reste entière malgré la grâce, tandis que l'abandon de l'action publique (*Niederschlagung des Strafverfahrens*, plus loin § 75, II) empêche cependant de faire valoir effectivement l'action en *Busse*.

III. — LA MESURE DE LA PEINE DANS LA LOI ET LE JUGEMENT

§. 68 — La fixation de la peine par le juge.

BIBLIOGRAPHIE. — *Merkel*, HH, II, 545, IV, 207. — *Wahlberg*, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, 1869; Kl. Schriften, III, 101. — *Medem*, Z, VII, 135; GS, XL, 173. — *v. Holtzendorff*, HG, I, 432. — *Hölschner*, I, 634. — *Durchholz et Sorof*, GA, XXXV, 261, 286. — *Samter*, GA, XXXV, 381. — *Finger*, Der objektive Thatbestands Strafzumessungsgrund, 1888. — *Hügel*, Straffälligkeit und Strafzumessung, 1897. — *Claussius*, GS, LVII, 401. — *Meyer* bei Aschaffenburg, III, 309. — *Körner* (Statistische und national ökonomische Abhlg. Heft, 3).

I. — Il résulte de la nature du droit pénal de l'Etat, en tant que limitation volontaire du pouvoir de l'Etat, illimité en soi (voir § I, note 1), que la loi pénale ne doit pas fixer seulement la condition préalable de la peine (le fait constituant l'infraction), mais aussi le contenu de la peine : son mode et sa mesure.

L'examen historique nous apprend que cette fixation donnée une fois pour toutes — donc absolue — dans la loi pénale n'a fait place que graduellement, au cours de l'évolution, à la fixation de la peine par le juge. C'est ainsi que la législation des XII Tables aussi bien que la période de la procédure des questions ne connaissent que la condamnation à la peine irrévocablement prescrite par la loi, et c'est seulement la période impériale qui, en étendant la conception de

la *cognitio extraordinaria*, donne au juge la faculté de fixer la peine d'après les circonstances de l'espèce.

Dans le Moyen Age allemand nous ne trouvons de même, aussi loin que domine le droit écrit, que des sanctions pénales absolues, qui toutefois sont complétées par le « jugement gracieux » (*Richten nach Gnade*). Il en est encore ainsi, pour l'essentiel, dans la Carolina. Ce n'est que dans le droit commun ultérieur, lorsque le domaine de la punition arbitraire reçut une extension toujours plus grande, et que de nouveaux modes de peine remplacèrent ceux de la Carolina, que la fixation de la peine par le juge gagna en importance. Les prescriptions légales sur la fixation de la peine faisant défaut, aussi bien que les principes doctrinaux sur son évaluation, la jurisprudence tomba dans un arbitraire qui ne connut pas de bornes. Les écrivains de la période philosophique (voir plus haut § 17, I, et surtout le Code pénal français de 1791) soutinrent le point de vue opposé avec une rudesse extrême, et sans reculer devant aucune conséquence ; ils voulaient que le juge soit lié à la lettre de la loi. De cette lutte sortit le système des sanctions pénales relativement déterminées, des peines allant d'un minimum à un maximum, système qui domina la législation du XIX^e siècle. Cependant, encore aujourd'hui, il manque au juge la latitude nécessaire pour fixer le mode de la peine encouru par une infraction particulière. Cette latitude ne peut lui être fournie que par l'idée de la préservation spéciale (*Spezial prävention*, voir plus haut, § 13, III). L'équivalence entre la faute et la peine, exigée par les théories absolues, met le juge en présence d'une tâche impossible à résoudre.

II. — Dans la législation impériale, les sanctions pénales déterminées absolument sont en nombre et d'une importance presque infimes : elles n'ont ce caractère que dans les cas où la peine de mort est applicable (voir plus haut § 60, II, mais cf. aussi note 5 ; en sens différent le C. P. Mil. §§. 58, 60, 63, 95, 97, 133, 141) et lorsque l'amende doit être calculée comme fraction ou multiple d'une somme d'argent déterminée (voir plus haut § 63, II et III).

Le système des « cadres pénaux » (*Strafrahmen*),

c'est-à-dire des sanctions pénales déterminées relativement, domine donc également la législation impériale. Cette relativité peut consister :

1. En ce que le législateur laisse au juge, dans l'intérieur du même mode de peine, une latitude entre un minimum et un maximum. Dans ce cas il y a lieu de considérer non seulement l'écart entre la limite inférieure et la limite supérieure, mais aussi le nombre des unités pénales (*Strafgrößen*) qui se trouvent entre ces limites, nombre qui est fixé par le mode de calcul et en particulier par l'unité de calcul pour les peines privatives de liberté (voir plus haut § 62, II, 3). C'est ainsi que la « réclusion jusqu'à quinze années contient 169 unités pénales ; l'emprisonnement jusqu'à cinq années en contient environ 1.826 (en raison des années bissextiles), et la détention dans une forteresse jusqu'à quinze années environ 5.478 ; enfin, la détention simple jusqu'à six semaines contient 42 unités pénales.

2. En ce que le législateur laisse au juge le choix entre deux ou même plusieurs modes de peine (eux-mêmes limités par un minimum et un maximum). Cf. C. P. I., § 185. La loi sur la presse, § 21, laisse même au juge le choix entre quatre peines différentes (l'amende, la détention simple, la détention dans une forteresse, l'emprisonnement). Dans ce cas le juge devra choisir pour les espèces les moins graves le mode de peine le moins sévère ; lorsque la réclusion et la détention dans une forteresse devront faire l'objet d'un choix (1), la réclusion ne devra être prononcée qu'en cas de dépravation morale constatée de l'auteur (C. P. I. § 20).

3. En ce qu'il est laissé à l'appréciation du juge de prononcer une ou deux peines principales, ou aussi

(1) C'est le cas pour : C. P. I. §§ 82 à 86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105 et 106 ; C. P. Mil. §§ 2 et 62.

une peine accessoire en même temps que la peine principale.

III. — Dans l'intérieur du cadre pénal de la loi, le juge doit mesurer la peine pour chaque infraction prise spécialement, c'est-à-dire résoudre pour le cas particulier la tâche que le législateur a dû résoudre en général. Cette détermination de la peine à l'intérieur du cadre pénal s'appelle **mesure, détermination ou fixation de la peine** (*Strafzumessung*) ; les éléments d'appréciation qui guident alors le juge sont nommés motifs d'augmentation ou de diminution de la peine (*Strafmehrungs- und Strafminderungsgründe*). Ils ne peuvent être trouvés que dans l'intensité plus ou moins grande de la mentalité antisociale, dans la présence ou dans l'absence de la capacité d'adaptation sociale. Il faut apprécier à sa juste valeur, dans sa signification symptomatique pour la nature psychique de l'auteur, le fait extérieur avec le résultat produit par lui.

IV. — Bien que le législateur ait établi les cadres pénaux pour chaque mode d'infraction avec assez de latitude pour qu'il puisse être tenu compte de la gravité différente de chaque cas particulier, il peut cependant se produire des exceptions en présence desquelles les cadres pénaux réguliers se trouvent être trop étroits, dans lesquelles il semble par suite indiqué de dépasser d'une part le maximum, et d'autre part de descendre au dessous du minimum. Le législateur établit pour ces cas des cadres pénaux spéciaux, soit plus, soit moins graves. On parle alors, avec une exactitude qui n'est pas parfaite, de **modification de la peine** (comme s'il s'agissait d'une initiative judiciaire et non d'une œuvre du législateur) (2), se divisant en aggravation de la peine et atténuation

(2) Contre le concept de la modification de la peine, Cf. HUECKEL, Bibl. § 69). En sens exact, MEYER-ALLFELD, 330.

de la peine (*Strafänderung, zerfallend in Strafschärfung und Strafmilderung*).

V. — L'impossibilité matérielle ou juridique d'appliquer les modes de peine applicables en soi conduit à la **transformation de la peine** (*Strafums wandlung*); le concours de décisions antérieures avec d'autres décisions devenues ultérieurement nécessaires dans la même affaire, ou d'une peine à prononcer avec d'autres peines déjà subies par le délinquant conduit à l'**imputation de peine**. Enfin il y a encore lieu de considérer les dispositions spéciales que le législateur a prises pour le cas du **concours de plusieurs infractions**.)

§ 69. — Modification de la peine. — 1. Aggravation de la peine.

BIBLIOGRAPHIE. — En général : *Liepmann*, Historisch-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungshauptguts, 1863. — *Hückel*, Der Begriff « Strafänderung » und das StGB, für das deutsche Reich, 1892. — Sur la récidive, cf. plus haut § 15, note 8. Cf. en outre *Kohlhaas*, Thèse Tubingue, 1896. — *Härtig*, Thèse Erlangen, 1901.

I. — L'extension normale des cadres pénaux déterminés par la législation permet de limiter à un champ relativement petit l'établissement de cas spéciaux d'aggravation. Le C. P. I. n'a pas admis de circonstances aggravantes générales (il n'en est pas de même dans le C. P. Mil, §§ 53, 55). Dans certains délits pris isolément, sont considérés comme aggravant la peine : la commission professionnelle ou habituelle (plus haut § 55, note 6); la commission en commun ou la commission publique, l'emploi d'une arme, la lésion commise sur un parent en ligne ascendante, la participation comme meneur, le projet dans un but intéressé, la venue d'un résultat grave (voir plus haut § 36, note 7) et autres. La récidive (voir plus haut § 57, I) n'est prise comme motif d'ag-

gravation que pour quelques infractions peu nombreuses. Il suffira donc de renvoyer ici à la Partie Spéciale.

II. — La récidive, admise comme motif d'aggravation seulement pour quelques infractions, notamment pour le vol (le *ter furatus* est assimilé au *grassator*), dans le droit romain, dans le droit allemand du Moyen Age et de même dans la Carolina, art. 161, 162, fut sensiblement développée et généralisée dans le droit commun, qui se basa sur la théorie italienne de la *consuetudo delinquendi* et de la *iteratio delicti*. Plus spécialement, les conceptions de la récidive, du cumul, de l'habitude furent déterminées plus nettement et délimitées plus exactement. La pluralité des codes allemands du XIX^e siècle — y compris le Code prussien — pose la récidive comme motif général d'aggravation, mais avec de nombreuses dérogations de détail. La législation étrangère est hésitante.

La législation impériale n'emploie la récidive que dans les cas suivants : Tout d'abord dans le C. P. I. lui-même, §§ 244, 245 (vol), 250, n° 3 (vol à main armée), 261 (Recel), 264 (escroquerie). Cf. aussi §§ 362, al. 2. En outre, dans certaines lois complémentaires, notamment douanières et fiscales : par exemple, la loi sur l'impôt du sel de 1867, § 12, la loi douanière de 1869, §§ 140 à 143 ; la loi sur la poste de 1871, § 28 ; la loi sur l'impôt des brasseries de 1872 §§ 33, 34 ; la loi sur l'impôt du tabac de 1879, §§ 37 à 39 ; la loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887, § 23 ; la loi sur l'impôt du sucre de 1891, § 48 ; la loi impériale sur le timbre de 1894, § 20 ; la loi sur la concurrence de 1896, § 4 ; la loi sur la margarine de 1897, §§ 14, al. 2, 18, al. 2 ; la loi sur le pavillon de 1899, § 20. (Par contre, loi sur la contrefaçon des ouvrages imprimés du 11 juin 1870, § 23.) Il faut encore citer les dispositions du C. P. Mil (§§ 13, 70, 71, 114, 122).

70. — Modification de la peine — 2. Atténuation de la peine.

BIBLIOGRAPHIE. — *Morris*, Geschichte und System der mildernden Umstände im deutschen Strafrecht und Prozess, 1887. — *Götze*, Die mildernden Umstände, Thèse, 1893.

I. — Les **circonstances atténuantes générales** de la législation impériale (1) sont : 1° la minorité ; 2° la tentative ; 3° l'assistance.

1. Quant à la minorité (plus haut § 38, I), le C. P. I., § 57 (2), décide :

a) Si la peine encourue est la mort ou la réclusion à vie, le cadre pénal réduit comporte l'emprisonnement de trois à quinze ans.

b) En cas de détention perpétuelle dans une enceinte fortifiée : détention de même nature de trois à quinze ans.

c) Dans tous les autres cas, la peine doit être fixée entre le minimum légal du mode de peine encouru et la moitié du maximum de la peine en question. Ceci s'applique également aux cas dans lesquels (plus haut § 63, II et III) l'amende frappant l'adulte se calcule comme un multiple d'un montant déterminé, de telle sorte que les minima portés § 27 C. P. I. sont, ici aussi, décisifs. La réclusion est remplacée par l'emprisonnement de même durée.

d) Pour les délits ou les contraventions, la réprimande peut être ordonnée dans des cas particulièrement peu graves.

e) La perte de tous ou de certains droits civiques, ainsi que la mise sous la surveillance de la police, ne doivent pas être prononcées. Par contre, le renvoi à

(1) Les législations des Etats confédérés ne sont pas liées sous ce rapport dans le domaine qui leur est laissé (voir plus haut, § 20, note 1).

(2) Si, pour l'infraction en question, la loi prévoit des circonstances atténuantes, il faut d'abord décider sur celles-ci avant de procéder à la réduction de la peine. R. VI, 93.

l'Administration de la police d'un Etat confédéré est permis, mais la maison de travail est exclue pour les prostituées mineures (voir plus haut § 65, II).

2. Pour le cas de tentative le C. P. I., § 44, décide :

Si le crime consommé entraîne la mort ou la réclusion à vie, la peine applicable est la réclusion qui ne pourra descendre au dessous de trois années, et avec laquelle (généralement) la mise sous la surveillance de la police pourra être prononcée. La détention perpétuelle dans une forteresse est remplacée par la détention dans une forteresse qui ne peut être moindre de trois années. Dans tous les cas, la peine peut être réduite jusqu'à un quart du minimum de la peine privative de liberté ou de l'amende entraînées par le crime ou délit consommé (3). Si la peine ainsi obtenue est la réclusion de moins d'un an, il faut transformer celle-ci en emprisonnement d'après les règles du § 21, C. P. I.

Toutefois, si, à côté de la peine du crime ou délit consommé, la déchéance (totale ou, d'après le § 35, partielle) des droits civiques est possible ou ordonnée, ou si le renvoi sous la surveillance de la police est possible, il en est de même également avec la peine de la tentative (C. P. I., § 45).

Si un jeune délinquant s'est rendu coupable de tentative, il faut procéder à la réduction d'abord d'après le § 44, puis d'après le § 57 (4).

3. La peine de l'auxiliaire doit être, elle aussi, réduite d'après les principes posés pour la punition de

(3) Si le minimum de la peine pour l'infraction consommée est d'un mois de prison, le minimum de la peine de la tentative est de sept et non de huit jours. Dans le même sens FRANK, § 44, L; OLSHAUSEN, § 44, 6, contre R, v, 442.

(4) Un cadre pénal avec un an de réclusion comme minimum donne alors un jour d'emprisonnement comme minimum pour la tentative d'un jeune délinquant. D'accord dans ce résultat; FINGER, I, 519; MEYER ALLFELD, 338; OLSHAUSEN, § 57, 9. Ceci s'applique de façon correspondante au cas où il y a lieu de punir un jeune délinquant pour assistance.

la tentative (C. P. I., § 49). Si l'on est en présence d'assistance à tentative, il faut procéder deux fois à la réduction. Par contre, l'assistance à assistance n'entraîne la réduction qu'une seule fois (voir plus haut, § 52, note 9). La réduction disparaît lorsque la loi sanctionne la tentative de la peine de l'infraction consommée (plus haut, § 51, note 10).

II. — Puis nous trouvons, pour certaines infractions, toute une série de motifs spéciaux d'atténuation, par exemple : la provocation de l'adversaire en cas de coup mortel, § 213 ; l'excitation provoquée par l'attaque de l'adversaire en cas d'injure et de lésion corporelle (C. P. I., §§ 199, 233 ; voir plus loin, § 72, III) ; les cas des §§ 157 et 158 dans le faux serment, etc. (5). Mais surtout, pour de nombreuses infractions, le législateur impérial a prévu une punition atténuée dans le cas des « circonstances atténuantes », qui, au cours de la procédure devant le jury, doivent être constatées par question posée aux jurés (Proc. crim., § 297) (6). Dans la plupart des cas, l'atténuation est obligatoire ; au contraire, dans certains cas (C. P. I., §§ 187, 216, 263, 333, 340, al. 1, mais non 340, al. 2 et 228), le juge a la faculté, malgré la constatation de la présence de circonstances atténuantes, de choisir entre l'atténuation et la non

(5) Voir Partie Spéciale. Lorsque le mineur pénal doit bénéficier des motifs d'atténuation des §§ 157, 158, il faut d'abord réduire le cadre pénal régulier d'après le § 57, puis déterminer la peine « encourue en soi », et enfin seulement procéder à la réduction d'après les §§ 157, 158. En sens différent R, IX, 245, ainsi que FRANK, § 157, II, MEYER-ALLFELD, 331, note 6 ; OLS AU-SEN, § 157, 4.

(6) L'adoption des circonstances atténuantes en droit français (notamment par la loi du 28 avril 1832) était justifiée par la dureté des peines du Code pénal français. Le C. P. I. les a recueillies, sans aucun motif intrinsèque, du Code pénal prussien. — Adversaires de cette institution : entre autres, GEIB, GEYER, GÖTZE, HÄBERLIN, HAELSCHNER, JOHN, KÖSTLIN, MERKEL, MORRIS, SCHÜTZE, v. WAECHTER. Partisans : BERNER, 286, et MEYER-ALLFELD, 339.

atténuation de la peine. Ces « circonstances atténuantes » (*mildernde Umstände*), que le législateur ne caractérise pas davantage, peuvent résider non seulement dans l'acte lui-même, mais aussi dans la conduite antérieure ou ultérieure de l'auteur. C'est en cela qu'elles se différencient des cas « particulièrement légers, » ou « moins graves » du C. P. I., §§ 57, al 4, 94, 96.

§ 71. — Transformation de la peine.

La transformation de la peine est le remplacement par équivalence d'un mode de peine par un autre. Ce remplacement devient nécessaire dès que l'application de la peine considérée en première ligne est impossible pour des motifs matériels ou juridiques. Il est prescrit dans les cas suivants :

1. — Une amende irrecouvrable doit être transformée en une peine privative de liberté (C. P. I., §§ 28, 29, 78; Proc. crim., §§ 491, 495).

D'après le § 28 C. P. I., l'amende est remplacée :

1. Régulièrement par l'emprisonnement.

2. Par la détention simple pour les contraventions, en outre, d'après l'appréciation du juge, pour les délits menacés de l'amende seule ou en première ligne ou au choix avec la détention simple, à supposer que la peine prononcée ne dépasse pas le montant de six cents marks et que la peine privative de liberté qui la remplace n'excède pas une durée de six semaines.

3. Par la réclusion. Si, avec l'amende, la réclusion a été ordonnée, la peine d'emprisonnement qui remplacerait l'amende doit être transformée en réclusion.

Mesure pour le calcul de la transformation (C. P. I., § 29) : Pour les crimes ou délits, toute quotité entre trois et quinze marks, et pour les contraventions entre un et quinze marks doit être considérée comme

égale à une peine privative de liberté d'une durée d'un jour.

Limite de la peine privative de liberté. Son minimum est d'un jour (1), son maximum de six semaines pour la détention simple, d'une année pour l'emprisonnement. En cas de cumul (voir plus loin, § 73), le maximum s'élève jusqu'à deux ans d'emprisonnement ou trois mois de détention simple (C. P. I., § 78, al. 2). Si le choix est laissé ou aussi en cas de circonstances atténuantes) entre une amende et une peine privative de liberté dont la durée n'atteint pas le maximum qui vient d'être mentionné, le maximum de ladite peine ne devra pas être dépassé par la peine de liberté subsidiairement substituée à l'amende (C. P. I., § 29, dernière phrase). Les peines de liberté subsidiaires ne doivent jamais être réunies en une peine totalisée.

Le condamné peut se libérer de la peine subsidiaire de liberté par le paiement du montant de l'amende, dans la mesure où celle-ci n'est pas encore amortie par la peine privative de liberté à laquelle elle a donné naissance (C. P. I., § 28, al. 4).

Les lois complémentaires contiennent fréquemment des dispositions dérogeant à ce qui vient d'être dit. C'est ainsi qu'en partie elles excluent toute transformation en peine privative de liberté : par exemple, la loi sur le timbre des effets de commerce de 1869, § 15 ; la loi sur la contrefaçon des ouvrages imprimés de 1870, § 14 ; la loi impériale sur le timbre de 1894, § 37. Ou bien elles admettent un autre calcul pour la transformation : par exemple, la loi sur la contrefaçon des ouvrages imprimés de 1870, § 18, al. 3, les lois douanières et fiscales, etc. Fréquemment aussi, le mode de la peine privative de liberté est déterminé de façon différente : par exemple, l'ordonnance sur l'industrie, § 146 (toujours l'emprisonnement) et § 147 (toujours la détention simple). Ou enfin le maximum de la peine privative de liberté est spécialement

(1) Les fractions de journées qui résultent du calcul de transformation, disparaissent donc.

fixé, comme dans le § 60 de la loi sur l'impôt des sucres de 1891 ; il est très notablement diminué dans la loi sur les objets d'art de 1907, §§ 32 à 34.

II. — La transformation d'une peine privative de liberté en une autre est nécessaire pour différents motifs.

1. Le minimum légal de la réclusion étant d'un an, la transformation en emprisonnement est nécessaire dès que, dans les cas des §§ 44, 49, 157, 158 C. P. I., une peine de réclusion de moins d'une année serait encourue d'après le cadre pénal réduit.

2. Lorsque, en cas de concours de la réclusion avec la détention dans une forteresse ou l'emprisonnement, la peine totale est formée d'après le C. P. I., § 74, al. 2 (voir ci-après § 73), ces peines doivent être transformées en réclusion.

3. Si la réclusion a été prononcée en même temps qu'une amende, la peine subsidiaire d'emprisonnement (mais non la détention simple) doit être transformée en réclusion (C. P. I., § 28, al. 3).

Mesure pour le calcul de la transformation dans les trois cas (C. P. I., § 21) : huit mois de réclusion équivalent à douze mois d'emprisonnement ; huit mois d'emprisonnement équivalent à douze mois de détention dans une forteresse.

III. — On rencontre aussi, isolément, la transformation de la confiscation en une amende. Cf. par exemple, loi du 9 juin 1895 (lois douanières austro-hongroises), § 4 (2).

(2) La confiscation arrive ainsi effectivement à la qualité d'une peine, qualité qui juridiquement lui fait défaut (plus haut, § 58, note 4). Par contre, il ne faut pas ranger ici les dispositions d'après lesquelles le paiement de la valeur de l'objet à confisquer peut être ordonné au lieu de la confiscation (Par exemple, C. P. I., § 335 ; loi sur la presse, § 16).

§ 72. — Imputation sur la peine infligée.

BIBLIOGRAPHIE. — Pour III : Geyer, GS, xxvi, 321. — Kronecker, GS, xli, 192. — *Beling*, Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen, 1894 (*Bennecke*, Heft. 5). — *Steinitz*, Diesogenaunte Kompensation im RStGB, 1894 (*Bennecke*, Heft. 4). — *Günther*, III, 1, Hälfte, p. 283.

I. — La détention préventive subie peut être assimilée à l'accomplissement de la peine et, lors du prononcé du jugement, être imputée (C. P. I., § 60) totalement ou partiellement sur la peine ordonnée (qui doit être indiquée dans le jugement d'après son montant plein). L'imputation est possible dans les mêmes limites que la transformation ; elle est donc permise avec la peine privative de liberté et l'amende, elle ne l'est pas avec la réprimande ou la peine de mort, elle ne l'est jamais avec les peines accessoires (1). L'imputation peut avoir pour résultat que le reste de la peine infligée descende au-dessous du minimum du mode de la peine ; dans ce cas, une transformation n'a pas lieu.

II. — Une peine accomplie à l'étranger doit être imputée sur la peine à prononcer, lorsque pour la même action une condamnation intervient à nouveau sur le territoire de l'Empire allemand (C. P. I., § 7 à rapprocher des §§ 3 et 4). Ici aussi s'applique ce qui a été dit sous I quant à la possibilité et au résultat de la transformation.

III. — La rétorsion ou compensation (*Erwiderung oder Aufrechnung*) (C. P. I., §§ 199 et 233). Lorsque de légères violences corporelles ont pour riposte des lésions semblables (§ 232, C. P. I.), qu'il est répondu à des insultes (§§ 185 à 189) par de légères violences, ou

(1) De même, FINGER, I, 523 ; FRANK, § 60, III ; MEYER-ALLFELD, 344. — Il n'est pas nécessaire que la détention préventive soit subie sans culpabilité.

aux dernières par les premières, dans tous ces cas sur le champ (c'est-à-dire aussi longtemps que dure le mouvement d'humeur provoqué par la vexation) et par la victime elle-même (et non par un de ses proches) (2), le juge peut prononcer une peine atténuée, quant au mode ou à la mesure, pour les deux prévenus ou pour l'un d'entre eux, ou bien déclarer absous (*straffrei*) l'un des deux ou tous les deux. Si, par contre, il est répondu par une insulte à une insulte (C. P. I., § 199), le juge n'est pas autorisé à atténuer la peine, mais uniquement à déclarer absous les deux insulteurs ou l'un d'eux.

Il s'agit ici d'une extension de la latitude donnée au juge dans la fixation de la peine ; cette extension va jusqu'à permettre la transformation de la peine, et même l'exonération de toute peine. Les deux racines historiques de cette institution (3), la compensation du droit civil d'une part, la considération par le droit pénal du *justus dolor* d'autre part, constituent encore aujourd'hui sa force vitale. L'occasion doit être fournie au juge de pouvoir prendre en considération, de la façon la plus complète, d'une part l'excitation de celui qui a été d'abord attaqué, d'autre part le fait que celui-ci s'est déjà fait justice. Bien que pour un motif différent, la lésion déjà subie par chacune des parties se compense donc avec la peine. C'est précisément en cela que l'application du droit donné au juge par les §§ 199 et 233, suppose qu'il existe des deux parts des actions punissables ; par suite, en cas d'acquiescement pour un motif quelconque, ne serait-ce que d'une des parties, il ne peut plus être question de compensation. Celle-ci est donc exclue dès que, par défaut d'illégalité, la criminalité de l'action d'une des deux parties est supprimée. Par contre, elle est possible en soi, lorsqu'il a

(2) Ni par la personne qui l'accompagne : R, xxix, 240.

(3) Elle n'a pas été étrangère au Moyen Age allemand (KLEINFELLER, KVS, xxxviii, 132), mais elle a été formée seulement par la doctrine italienne du Moyen Age. Cf. GÜNTHER, I, 214 ; LÖNING, Z, v, 573, mais surtout BELING et STEINITZ. Pour la nouvelle législation, l'influence de la nécessité de la plainte et de la poursuite civile ne peut être méconnue.

existé du côté d'un des deux auteurs un motif personnel d'exclusion de peine (4).

§ 73. — Concours de plusieurs infractions
(« Concours réel »).

BIBLIOGRAPHIE. — Cf. les ouvrages cités au § 57. — En outre, *Katz*, GS, xxxvi, 576. — *Reiffel*, GS, xxvii, 470, xl, 217. — *Bränner*, II, 541. — *Schreier* (Bibl., § 4, 1). — *Kohler*, III, 292.

I. — Lorsque plusieurs infractions indépendantes du même auteur sont soumises à l'appréciation de la justice pénale, la conséquence logiquement nécessaire de l'indépendance de ces diverses actions serait l'indépendance des diverses peines qui leur correspondent, et qui, par suite, devraient toutes être exécutées en entier simultanément ou l'une après l'autre. Mais, de même qu'au temps de la prédominance de la peine de mort, il était impossible d'exécuter autrement qu'au figuré plusieurs peines de mort sur le même auteur, de même, dans le droit actuel, la prépondérance des peines privatives de liberté conduit à de profondes dérogations au cumul des peines encourues pour toutes ces diverses infractions. La gravité de la peine privative de liberté croît avec sa durée : si donc l'exécution pénale, en cas de concours d'infractions, doit produire seulement la somme vraie des diverses calamités pénales, elle doit faire perdre à celles-ci en étendue ce qu'elles gagnent en gravité par le cumul. Nous arrivons ainsi à la nécessité d'une atténuation du principe du cumul en cas de concours d'infractions, atténuation qui, dans la vérité, est cependant une restauration de l'équivalence originaires entre l'action isolée et la peine isolée, et

(4) Cf. plus haut, § 24. Dans le même sens *BINDING*, I, 676, note 14 ; *FRANK*, § 199, II ; *KRONECKER*, GS, xli, 213 ; *MEYER-ALLFELD*, 344 ; *SCHWEDLER* (Bibl. § 24), 28 ; *STEINITZ*, 49 ; *Contra*, R, IV, 14 ; *HAELSCHNER*, II, 214 ; *MERKEL*, 283 ; *OLSHAUSEN*, § 11, 5.

qui n'est appropriée que dans les cas et dans la mesure où le cumul dérange cette équivalence originare. Telle est l'idée fondamentale des dispositions contenues dans les §§ 74 et sq. C. P. I.

II. — L'atténuation du cumul a trouvé son expression dans le C. P. I. sous la forme de la peine commune (*Gesamtstrafe*). Mais elle s'applique seulement lorsque, par plusieurs crimes ou délits (de même qualification ou de qualification différente), plusieurs peines temporaires privatives de liberté ont été encourues; car c'est alors seulement que, dans l'opinion du législateur, l'exécution intégrale de toutes ces diverses peines représenterait une aggravation de chacune d'elles, aggravation non voulue par lui.

La peine commune consiste en une augmentation de la peine la plus grave encourue (*Asperationsprinzip*). Chacune des diverses peines est d'abord dégagée. La plus grave d'entre elles (si elles sont de même mode, la plus grave par la durée, et si elles sont de modes différents, la plus grave par le mode) constitue la peine fondamentale (*Einsatzstrafe*), qui doit être maintenue dans son entier; les autres peines sont abrégées proportionnellement, puis ajoutées à la peine fondamentale (1). La peine commune ne doit pas atteindre le montant des diverses peines encourues et ne doit pas dépasser quinze ans de réclusion, dix

(1) Dans le cas du § 79 C. P. I., il y a lieu de prononcer une peine complémentaire. — Si la constatation de plusieurs infractions diverses est repoussée par la juridiction de revision, la peine commune, qui forme une unité constituée de parties (non indépendantes, tombe d'elle-même. En sens contraire, les Sénats criminels réunis, 18 avril 1894, xxv, 298, ainsi que FRANK, § 74, IV. — Si la constitution de la peine commune n'est pas possible, l'augmentation de la peine fondamentale ne doit pas avoir lieu. Si donc l'une des peines particulières s'élève à une semaine d'emprisonnement et l'autre à un jour, la condamnation ne peut être de plus d'une semaine. Dans ce sens R à plusieurs reprises, en dernier lieu xxx, 141.

ans d'emprisonnement ou quinze ans de détention dans une enceinte fortifiée (C. P. I., § 74). Malgré son origine, mais surtout au point de vue de la prescription, la peine commune doit être conçue comme une peine unique.

III. — Dans tous les autres cas, le **cumul des diverses peines** se produit par principe. Il en est ainsi dans le concours de contraventions entre elles ou avec des crimes et délits, et aussi lorsque des peines privatives de liberté temporaires concourent non pas ensemble, mais avec d'autres modes de peine, ou que d'autres modes de peine concourent entre eux. Ceci s'applique notamment lorsqu'il y a concours de plusieurs peines perpétuelles ou de plusieurs peines de mort entre elles, ou d'une peine de mort avec une peine privative de liberté (2). Cependant, même dans ces circonstances, le principe du cumul n'est pas suivi dans toute sa pureté.

1. C'est ainsi qu'à la vérité, les amendes infligées, soit seules, soit avec une peine privative de liberté, en raison de plusieurs infractions, doivent être prononcées pour leur somme entière; mais, en cas de transformation en peine privative de liberté, il ne pourra être ordonné plus de deux années d'emprisonnement, et si les amendes ne sont prononcées que pour des contraventions, plus de trois mois de détention simple (3) (C. P. I., § 78 à rapprocher du § 29).

2. La déchéance des droits civiques et le renvoi sous la surveillance de la police sont, à la vérité, pos-

(2) Dans le même sens la jurisprudence en Prusse et en Bavière, BINDING, I, 173; FINGER, I, 343; MEYER-ALLFELD, 361; OLSHAUSEN, § 74, 4; SCHÜTZE, Z, III, 93; *contra*; HAELSCHNER, I, 688; LONING, 88; MERRKL, 266; SEUFFERT, L. P. C., I, 25.

(3) Cette limite doit aussi être observée, lorsque les diverses amendes sont ordonnées pour des délits, mais doivent exceptionnellement (plus haut, § 71, I) être transformées en détention simple. Dans ce sens R, v, 372; VII, 368.

sibles ou obligatoires avec la peine commune, même s'ils ne sont possibles ou obligatoires qu'avec la condamnation à l'une des peines en cumul (4) (C. P. I., § 76), mais le maximum prescrit en soi pour ces peines accessoires ne doit pas être dépassé avec la peine commune.

IV. — Mais, même en matière de peines privatives de liberté temporaires, le principe de la peine commune est soumis à de notables restrictions.

1. Si la détention simple est en concours avec une autre peine privative de liberté, elle devra faire l'objet d'une décision séparée. La détention simple encourue plusieurs fois sera ordonnée d'après son montant total, mais sans dépasser une durée de trois mois (C. P. I., § 77).

2. Si la détention dans une forteresse n'est en concours qu'avec l'emprisonnement, il y a lieu de prononcer séparément sur chacun de ces modes de peine. Si la détention dans une forteresse ou l'emprisonnement sont plusieurs fois encourus, il y a lieu de procéder à l'égard des diverses peines de même mode comme si elles étaient encourues seules. Cependant, dans ces cas, la durée totale des peines ne doit pas dépasser quinze années (C. P. I., § 75).

V. — De nombreuses dérogations se rencontrent dans les LOIS COMPLÉMENTAIRES. Cf. par exemple la loi sur les malteries de 1868, § 33, l'ordonnance sur l'industrie, § 150, et autres. Très particulière la loi sur le timbre des cartes à jouer de 1878, qui en plusieurs endroits mesure la peine d'après le nombre des jeux mis en vente, achetés, employés, etc., tandis que la loi impériale sur le timbre de 1894 fixe l'amende de telle sorte qu'elle se monte à vingt marks au moins pour chaque valeur mobilière. D'après le C. Comm., § 318, une

(4) Par suite, la déchéance des droits civiques avec l'emprisonnement, d'après le § 32 du C. P. I., ne peut donc être prononcée que si l'une des diverses peines atteint trois mois. — La durée de la déchéance est, elle aussi, ordonnée en une unité homogène accompagnant la peine commune.

amende de dix à trente marks intervient pour chacune des actions employées illégalement à l'exercice du droit du vote, mais avec un montant total qui ne peut être de moins de mille marks. La loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887 dit dans son § 33 : « En cas d'infractions simultanées ou répétées à cette loi, lesquelles ne sont menacées que d'une peine réglementaire (*Ordnungsstrafe*), cette peine... devra, lorsque les infractions sont de même nature et sont découvertes simultanément, être fixée en une seule fois et en un seul montant ». D'autres lois fiscales sont tout à fait analogues.

IV. — L'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE

(*Wegfall des staatlichen Strafanspruchs.*)

§ 74. — Des causes de l'extinction de la peine en général

BIBLIOGRAPHIE. — *Binding*, I, 808. — *Hinschius*, Kirchenrecht, IV, 758. — Pour II : *Geyer*, GA, xii, 461. — *Walther*, GS, xix, 268. — *Lüder*, GS, xxix, 401. — *Kronecker*, GA, xxviii, 20. — *Stoss*, (Bibl., § 63). — *Orloff*, GA, xxxiii, 209. — *Preuner*, De Wollstreckung der Geldstrafen in den Nachlass des Schuldigen, 1897. — *Weber*, Die Wollstreckung von Vermögensstrafe in den Nachlass, 1900 (*Beling*, Heft. 28). — Pour III : *Fornet*, GS, xx, 85. — *Geyer*, GS, xxi, 1 (Kl. Schriften, 318). — *Binding* dans *Grünhüt*, II, 686. — *Lammasch*, Diebstahl und Beleidigung, 1893, p. 34. — *Liepmann*, Z, xxii, 72. — *Thomsen*, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden, 1893, p. 63. — *Stooss*, Gründzüge, II, 83. Congrès de la l'Union intern. D. P., à Christiania, 1894, Mitteil. III. — Mais surtout *Herzog*, Rücktritt vom Versuch, 1889 et *Oetker*, Z, xvii, 554.

I. — Les causes de l'extinction de la peine sont des circonstances intervenant après la commission de l'infraction et anéantissant l'action publique déjà engagée. C'est en cela qu'ils diffèrent des motifs d'exclusion de la peine, qui empêchent d'engager la poursuite pénale (cf. plus haut, § 44, II). La nature propre des motifs d'extinction de la peine se manifeste le plus clairement dans l'accomplissement de la peine, qui apparaît comme une satisfaction (*Leistung*) et par suite comme un amortissement de l'action publique. Ces motifs n'agissent jamais qu'en faveur de celui en la personne duquel ils interviennent,

sans faire disparaître la criminalité de l'acte (exception dans le C. P. I, § 294). Tant que l'extinction (*Tilgung, Konsumption*) de la poursuite pénale est la conséquence d'actes processuels, tels qu'arrangement par réconciliation, retrait de la plainte ou de l'action civile, décision valable en droit sur la poursuite, etc., l'exposé de ces motifs d'extinction de la peine appartient à la procédure criminelle. Sont régulièrement cités comme motifs d'extinction appartenant au droit pénal lui-même : 1° la mort du coupable ; 2° le remords actif (*tätige Reue*) ; 3° la grâce ; 4° la prescription. Mais ces deux dernières seulement peuvent être maintenues comme motifs généraux d'extinction, tandis que notre législation ne prête qu'exceptionnellement un effet extinctif de peine au remords actif et que la mort du coupable ne peut être en somme comptée parmi les motifs d'extinction de la peine, mais seulement parmi les circonstances excluant pour toujours la poursuite et l'exécution (1).

II. — Des buts de la peine résulte la nature hautement personnelle de la poursuite pénale. Tandis que le droit romain, dans son dernier état, le droit du Moyen Age et le droit commun allemand admettaient sans hésitation la poursuite pénale exercée contre le défunt jusqu'à l'exécution de la peine sur le cadavre ou jusqu'à l'exécution en effigie, tandis que la doctrine et la législation de la période philosophique laissaient encore afficher sur la potence ou au pilori le nom du défunt (Code pénal josphin, 1787, § 17), la mort du coupable arrête, d'après notre conception actuelle, non seulement la procédure de jugement, mais aussi celle d'exécution. Il ne pourrait être question d'une extinction de la poursuite

(1) En ce sens exact, BELING, 54, contre l'opinion dominante. Dans le cas décidé par R. xxx, 187 (Impunité d'une atteinte à un brevet à cause de l'anéantissement ultérieur du brevet), il n'existe pas en somme de résolution de peine.

pénale comme suite du décès du coupable, qu'en tant qu'existe aussi l'impossibilité d'exécution. Du but de la peine seulement peut se déduire la nature strictement personnelle de la poursuite pénale et se motiver la prétention de faire atteindre par la peine la personne du coupable. Le droit actuel partageant en général et entièrement cette conception, c'est par une exception, qu'on ne peut guère approuver, que le C. P. I., se rattachant aux législations allemandes, décide dans son § 30 le recouvrement des amendes sur la succession, lorsque le jugement (auquel est assimilé le commandement à fin de peine, *Strafbefehl*) a déjà acquis force de chose jugée du vivant du condamné⁽²⁾.

III. — Le remords actif (c'est-à-dire le fait de détourner ou de réparer le mal causé par l'infraction) qui, au temps du droit commun (Saxe, 1572, IV, 16, Prusse, 1685, etc.), excluait souvent l'application de la peine ordinaire, n'a été reconnu par notre législation, comme motif de résolution de la peine, qu'exceptionnellement et dans des limites tout à fait arbitraires. Elle veut, dans ces cas, laisser au délinquant la possibilité d'une retraite et protéger de toute lésion ou tout au moins d'une lésion plus grave l'intérêt juridique menacé par lui. Il faut citer ici, en dehors du désistement de la tentative, déjà traité plus haut (§ 48) : 1° La rétractation de la fausse déposition faite par imprudence, C. P. I., § 163 ; 2° la renonciation au duel, C. P. I., § 204 ; 3° l'extinction, à temps, de l'incendie déjà commencé, C. P. I., § 310 ; 4° la dé-

(2) Dans le même sens I. 20, D. 48, 2, le droit commun et la plupart des lois récentes. L'hérédité de l'amende est diversement motivée par ses partisans : 1. Le plus souvent on prétend qu'avec le jugement la peine se transforme en une dette d'argent reposant sur le patrimoine ; dans ce sens WEBER avec les auteurs indiqués par lui (BIERLING, JELLINEK, OETTER, WACH et autres). 2. Ou l'on renvoie à la nature impersonnelle de l'amende : dans ce sens HEFFTER, HAELSCHNER, etc. Ces deux conceptions méconnaissent la nature de la peine. Exact PRENER.

nonciation, en temps utile, du crime projeté, d'après le § 5, al. 3 de la loi sur l'espionnage de 1893 ; 5° la dénonciation de la trahison devant l'ennemi (*Kriegsverrat*) ou de la sédition d'après le § 61 du C. P. Mil. Par contre, la législation impériale a refusé l'effet extinctif de peine à la réparation du dommage, c'est-à-dire à la restitution, dans les infractions lésant le patrimoine, effet que lui accordèrent, dans des limites appréciables, d'autres législations (Autriche, en 1852, Saxe, en 1868, ainsi que les projets autrichiens). Le remords actif ne peut donc prétendre à l'importance d'un motif général de résolution de la peine.

§ 75. — La grâce.

BIBLIOGRAPHIE. — *Lüter*, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung, 1. 60. — *V. Arnold*, Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes, 1860. — *Heinze*, HH, II, 629. — *Vassalli*, Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht, 1867. — *Lob*, Begnadigungsrecht, 1881. — *Elsas*, Thèse Strasbourg, 1888. — *Seuffert*, WV, I, 147. — *Le même*, LPG, I, 65. — *Orloff*, GA, XLV, 92. — *Heimberger*, Das landesherrliche Abolitionsrecht, 1901. — *Löning*, Z, v, 227 et *Frauenstädt*, Z, XVII, 887 (Moyen Age Allemand). — *Sternberg*, Thèse, Berlin, 1899.

I. — La grâce est la suppression des conséquences pénales par disposition de la puissance publique, soit donc la renonciation de l'ayant droit à la poursuite pénale à sa prétention. Elle doit servir, en tant que « correctif de la justice par elle-même » (*Selbstkorrektur der Gerechtigkeit*), et que « soupape de sûreté du droit » (*Sicherheitsventil des Rechts*), (v. Ihering), à mettre en valeur, vis-à-vis des généralisations rigides du droit, les exigences de l'équité (mais toujours en faveur du condamné, et jamais réciproquement) ; elle peut servir à réparer une erreur (réelle ou présumée) du juge ou à aider, aux dépens du droit, au triomphe de la sagesse de l'Etat.

Le droit de grâce remonte à l'époque de l'Empire romain.

Il pénétra en Allemagne avec les droits étrangers. Aux xvi^e et xvii^e siècles, il fut revendiqué comme droit régalien par les souverains et traité de plus en plus comme matière de droit public. Les écrivains de la période philosophique, de Beccaria et Filangieri (mais non pas Montesquieu) à Kant et Feuerbach, combattirent la grâce vivement, mais sans succès. Supprimée en France en 1791, elle y fut rétablie en 1801. Aujourd'hui, le droit de la couronne est, en soi, à peine mis en doute par la doctrine allemande, bien qu'une réglementation plus adéquate de son exercice, par voie juridique, doive être reconnue possible et désirable.

II. — La grâce est la **suppression des conséquences juridiques** de l'infraction, mais non de l'acte commis ; cet acte coupable peut donc être, dans la suite, pris encore en considération, notamment pour motiver l'aggravation pénale en cas de récidive ; cf. C. P. I., §§ 245, 250, n° 5, 261, 264. Elle n'écarte que les conséquences pénales, mais non l'obligation de compensation et de satisfaction du droit privé ; elle ne touche donc pas à la *Busse*. Elle peut exclure complètement ou partiellement les suites pénales, c'est-à-dire qu'elle embrasse la remise et l'atténuation de la peine ainsi que la transformation de celle-ci (commutation). Donc, par la grâce, le mode de peine infligé peut être remplacé par un autre (moins sévère). Toutefois le maximum légal d'un mode de peine ne doit pas être dépassé (1), pas plus qu'il ne peut être appliqué de peine étrangère au système du droit impérial (par exemple la correction corporelle). Une peine accessoire (par exemple la surveillance de la police) peut être fixée à la place des peines principales, mais la remise de la peine accessoire est également possible sans remise de la peine principale. C'est ainsi que la déchéance des droits honorifiques peut être remise (« restitution » ou « réhabilitation »),

(1) Car le système pénal du C. P. I. est d'obligation absolue, et c'est en lui que rentrent les maxima et minima légaux. Cf. plus haut, § 20, note 6.

cf. plus haut, § 3, note 10), mais non pas les suites infamantes de la condamnation entraînées d'office, ni les autres effets juridiques. Les mesures administratives, telles que le placement dans un établissement d'éducation ou de correction, ne sont pas touchées par la grâce.

A la grâce au sens strict, ou renonciation à la peine légalement ordonnée, s'oppose l'abandon de la poursuite à fin de peine (*Niederschlagung der Strafverfolgung*, *Abolition*). Ce dernier est la renonciation à la peine non encore définitive, et qui, par suite, peut même ne pas être prononcée et être déjà récusable de ce chef.

III. — Le détenteur du droit de grâce est dans tous les cas (même pour l'infraction nécessitant le dépôt d'une plainte et la poursuite civile) l'Etat ayant droit à poursuivre pénalement, c'est-à-dire tantôt l'Empire allemand, qui l'exerce par les mains de l'empereur, et tantôt les Etats allemands confédérés, qui l'exercent par l'intermédiaire de leurs souverains et des Sénats des villes libres de Hambourg, Brême et Lubeck (2).

1. Le droit de grâce (mais non l'abandon de la poursuite) appartient à l'Empereur dans les cas suivants :

a) D'après le § 484 Proc. crim., dans les affaires dans lesquelles le Tribunal d'Empire a prononcé en première et en dernière instance (cf. Loi sur l'organisation judiciaire, § 136, ch. I; § 12 de la loi du 3 juillet 1893). Rentrent dans cette catégorie non seulement la haute trahison et la trahison simple contre l'Empereur et l'Empire, ainsi que la trahison de secrets militaires, mais aussi les crimes qui, conformément au § 3, Proc. crim., sont « connexes » des précédents, ainsi que la tentative et la complicité, mais non, abstraction du cas de connexité, le fait d'avoir favorisé et l'abstention de dénonciation.

(2) Dispositions particulières dans les §§ 22 et 23 du cartel douanier austro-allemand du 6 décembre 1891 (15 janvier 1905).

b) D'après la loi du 7 avril 1900 sur la juridiction consulaire § 72, dans les affaires dans lesquelles le consul ou le tribunal consulaire a prononcé en première instance. Ceci s'applique également en ce qui concerne les tribunaux coloniaux, d'après le § 2 de la loi du 19 mars 1888.

c) En Alsace-Lorraine d'après le § 3 de la loi du 9 juin 1871 concernant la réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand.

d) En ce qui concerne les condamnations des tribunaux maritimes, ainsi que les décisions pénales prises par les administrations d'Empire.

2. Dans tous les autres cas, les Etats confédérés sont maîtres de l'action publique et par suite du droit de grâce. Cependant, dans la plupart de ces Etats, l'abandon de la poursuite est restreint ou supprimé par des dispositions constitutionnelles (3), et la grâce elle-même ne peut dans bien des cas, par exemple notamment dans ceux de mise en accusation des ministres (plus haut § 58, note 8), s'exercer que sous certaines conditions.

Le C. P. I. ne s'oppose pas à la transmission du droit de grâce quant à son exercice (4).

IV. — Si plusieurs Etats prétendent à l'exercice du

(3) Constitution prussienne, art. 49. al. 3 (Le roi ne peut supprimer une instruction déjà commencée qu'en vertu d'une loi spéciale). — Cf. l'exposé détaillé de HEIMBERGER. L'abandon n'est pas supprimé par la législation judiciaire (comme le prétendent FINGER, I, 569; LOENING, 82); dans le même sens l'opinion commune, notamment, avec les auteurs du droit constitutionnel. — En tout cas le droit d'abandon est arrêté, tant qu'une affaire pénale est pendante au Tribunal d'Empire. Dans ce sens R, xxviii, 419, LABAUD, 4^e éd. III, 495. *Contra* R, xxxiii 204, ainsi que HEIMBERGER.

(4) Cf. Loi d'Empire du 4 juillet 1879, qui autorise l'Empereur, à transférer l'exercice du droit de grâce en Alsace-Lorraine à un Statthalter. En outre, fréquents transferts par des souverains aux chefs de différentes administrations (aussi en Prusse).

droit de grâce, il faut partir de ce point qu'en ce qui concerne l'origine et la poursuite des actions publiques, les Etats allemands sont entre eux dans la même relation que les différents tribunaux d'un même Etat. Cette règle est l'idée fondamentale de l'organisation judiciaire actuelle de l'Allemagne.

1. S'il existe un jugement ayant force de chose jugée, c'est l'Etat dont la justice a prononcé en première instance qui a le droit de grâce.

2. Si une seule infraction motive plusieurs compétences judiciaires également autorisées dans différents Etats, l'ouverture de l'instruction confère, d'après le § 12 Proc. crim., un droit exclusif d'abandon à l'Etat auquel appartient le tribunal qui a ouvert l'instruction (5). A partir de ce moment, l'abandon dans un autre Etat reste sans effet juridique.

3. La réunion de plusieurs affaires pénales connexes devant un même tribunal (§§ 4 et 13, Proc. crim.,) motive, à partir de la réunion, un droit exclusif d'abandon, en ce qui concerne toutes ces affaires, en faveur de l'Etat auquel appartient le tribunal. L'abandon dans un autre Etat est sans effet juridique. En cas de séparation ultérieure, les droits d'abandon revivent dans les divers Etats (6).

V. — La mesure dite **grâce conditionnelle** (*Bedingte Begnadigung*) introduite depuis 1895 dans les différents états allemands par voie d'ordonnance, est en réalité l'octroi d'une suspension de peine laissant espérer la grâce en cas de bonne conduite (7).

(5) Comme il va de soi, seulement dans l'hypothèse que le droit de l'Etat confédéré admet l'abolition.

(6) La question est très contestée. Pour les juridictions « communes » à plusieurs Etats allemands interviennent des conventions spéciales entre les Etats intéressés.

(7) Cf. plus haut, § 15, note 3 et à ce sujet v. LISZT, R. v. D. Allg., t. III, 42.

§ 76. — La prescription en général.

BIBLIOGRAPHIE. — *Dambach*, Beiträge zur Lehre von der Kriminalverjährung, 1860. — *Abegg*, Verjährung rechtskräftig-erkannter Strafen, 1862. — *V. Schwarze*, Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrecht, 1867. — *Heinze*, HH, II, 595. — *Von Risch*, GS, xxxvi, 241 et Z. ix, 235. — *Binding*, I, 816. — *Hälschner*, I, 693. — *Koopmann*, Thèse Göttingen, 1888. — *Rindfleisch*, Thèse Göttingen, 1892. — *Bühler*, Thèse Berne, 1893. — *Vonachten*, Thèse Erlangen, 1895.

I. — Lorsque, par l'écoulement d'un nombre déterminé d'années, l'action civile ou les conséquences juridiques d'une infraction se trouvent éteintes, le motif de ce phénomène, (et en même temps sa justification interne) ne réside pas dans une force mystique du temps, productrice ou destructrice du droit, mais dans le fait que l'ordre juridique, qui a pour mission la réalisation de buts pratiques, et non l'application logique de principes généraux, a tenu compte du pouvoir des faits. La poursuite et la punition même de la plus petite contravention seraient encore concevables, en soi, après une génération, mais l'effet que la peine pourrait produire, même dans ce cas, à l'égard de l'auteur, de la partie lésée et de toutes autres personnes, serait hors de toute proportion avec les difficultés et les incertitudes qu'offre la constatation de l'état de l'affaire, avec le trouble causé dans une situation nouvelle, profondément enracinée et étendant au loin ses ramifications (1).

La législation pénale actuelle accorde donc à la **prescription**, sans aucune exception et à très juste titre, l'effet d'un motif de suppression de peine; elle

(1) Dans ce sens l'opinion commune. *Contra* BINDING, I, 823, qui méconnaît complètement que dans le droit en vigueur les deux modes de prescriptions reposent sur la même pensée fondamentale. Contre lui également FINGER, I, 417 (2^e éd.).

connaît même à côté de la prescription de la peine encourue, mais non encore valablement fixée en droit (« prescription de la poursuite »), une prescription de la peine valablement prononcée en droit (« prescription de l'exécution »). Cf. C. P. I., § 66 (2).

II. — Dans ses deux formes, la prescription est un motif de suppression de la peine. Non seulement elle exclut la poursuite, mais encore elle éteint le droit de punir de l'Etat. Comme prescription du droit d'agir (et non prescription de la plainte), elle appartient d'après son contenu et sa nature propre, non pas à la procédure, mais au droit proprement dit (3).

Mais elle éteint seulement les suites juridiques de l'action commise. Elle ne peut faire disparaître celle-ci elle-même. L'infraction prescrite (comme l'infraction grâciée) peut donc servir de base pour l'admission de la commission professionnelle et habituelle ou de la récidive.

III. — La prescription est inconnue au droit pénal allemand du Moyen Age. La Carolina ne lui consacre de même aucun mot. Le droit romain connaît la prescription criminelle (abstraction faite des délits civils) seulement depuis la

(2) C'est défigurer la prescription dont la substance est la même dans tous les domaines du droit, que de vouloir rattacher l'intervention de l'impunité à d'autres conditions qu'au simple cours du temps. Cf. Compte-rendu du 24^e congrès des juristes allemands (Communications de LANMASCH, II, 104, et HOGEL, II, 134).

(3) D'où éventuellement jugement d'acquiescement. Dans le même sens l'opinion dominante; R, XII, 434. Au contraire, EISLER dans *Grunhut*, XVII, 610; FRANK, § 66, II; OLSHAUSEN, § 66, 4 à 11, v. RIECH voit dans la prescription une institution du droit proprement dit, mais qui, dans la législation en vigueur, a reçu la qualité d'une question préjudicielle négative; ils demandent par suite éventuellement un jugement de cessation de poursuite. Inversement, BINDING, I, 823, ne voit d'abord dans la prescription qu'un obstacle processuel avec effets réflexes de droit proprement dit; GLASER, II, 49, 544; LOWE sur § 259, Proc. crim.; MEYER, 32, etc., accentuent aussi la double nature de prescription. Contre eux parle le § 380, Proc. crim.

lex Julia de adulteriis (736 ou 737 de l'ère romaine), qui introduisit un délai de prescription de cinq ans pour les infractions qu'elle sanctionnait. Ce n'est que plus tard que nous trouvons la reconnaissance expresse du délai de vingt ans pour la prescription de tous les *crimina publica* en général (abstraction faite des infractions charnelles). Même dans le dernier état du droit romain, le *parricidium*, la *suppositio partus* et l'apostasie étaient imprescriptibles.

Ce n'est que dans le cours des xvi^e et xvii^e siècles que la prescription pénétra dans les Etats allemands ; la Prusse la connaît dès 1620, tandis que Bade-Durlach la repousse en 1622 ; en 1656, en Basse-Autriche, elle est indiquée (dans Bratsch) comme une institution tout à fait nouvelle, prise au droit bavarois de 1616. La doctrine du droit commun trouve le fondement juridique de la prescription surtout dans l'amendement présumé du délinquant (prescription acquisitive) qui, à cause d'elle, ne doit ni s'être enfui du pays, ni avoir commis une nouvelle infraction, ni avoir eu dans les mains le profit de son acte. Fréquemment la prescription est complètement exclue pour les crimes les plus graves. La lutte de tous les auteurs de la période philosophique, de S. V. Cocceji et Beccaria à Feuerbach et Henke, contre la prescription criminelle qui leur était inexplicable et qui est encore étrangère au droit anglo-américain (l'Autriche l'avait supprimée en 1787, mais l'avait rétablie en 1803), se termina par l'admission, dans la législation allemande moderne (d'abord la Saxe en 1838, mais non la Prusse en 1851 et l'Autriche en 1852), non seulement de la prescription de l'action publique, mais aussi, d'après l'exemple de la législation française de 1791 et 1808, de la prescription de la peine valablement ordonnée en droit (qui se rencontrait déjà dans la jurisprudence). Cependant pour les crimes entraînant la mort ou une peine perpétuelle privative de liberté, la prescription fut exclue (encore en Autriche 1852). La législation impériale suit le droit français.

§ 77. — La prescription de l'action.

BIBLIOGRAPHIE. — *Aberer*, Thèse Erlangen, 1898. — *Kley*, Thèse Erlangen, 1899. — *Aüg*, Thèse Erlangen, 1899.

I. — Le délai pour la prescription de la poursuite pénale (C. P. I. § 67) est de ;

1. Vingt ans, *pour les crimes*, s'ils entraînent la mort ou la réclusion à vie ; quinze ans, s'ils entraînent au maximum une peine privative de liberté d'une durée de plus de dix ans ; dix ans, s'ils entraînent une peine privative de liberté moindre.

2. Cinq ans ou trois ans, *pour les délits*, suivant qu'ils entraînent au maximum une peine d'emprisonnement de plus de trois mois ou au contraire une peine moindre. Si la sanction est l'amende, le délai est toujours de trois ans seulement, même si la peine privative de liberté correspondant à l'amende dépasse trois mois.

3. Trois mois *pour toutes les contraventions*.

Le calcul se règle d'après le maximum du cadre pénal ; les principes exposés plus haut § 26, IV, s'appliquent ici aussi suivant les espèces. Notamment, pour la prescription de la tentative et de l'assistance, on décide d'après le cadre pénal non réduit (1).

Des délais spéciaux de prescription se rencontrent dans de nombreuses lois complémentaires : loi sur le timbre des effets de commerce de 1869, § 16 (cinq ans) ; règlement sur l'industrie, § 145 (trois mois) ; loi fédérale douanière de 1869, § 164 (trois ans) ; loi sur les malteries de 1872, § 40 (trois ans) ; loi sur la presse de 1874, § 22 (six mois pour les crimes et délits) ; loi sur le timbre des cartes à jouer de 1878 § 20 (trois ans) ; loi sur l'impôt du tabac de 1879, § 45 (trois ans) ; loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887, § 35 (trois ans et un an) ; loi sur l'impôt des sucres de 1891, § 61 (*idem*) ; loi sur les brevets de 1891, § 39 (trois ans) ; loi sur le canal Kaiser-Wilhelm de 1899 (trois ans). Cf. aussi loi d'introduction au C. P. I., § 7, d'après lequel les infractions aux dispositions sur le paiement de l'impôt des eaux-de-vie, de l'impôt sur la bière et des taxes postales se prescrivent par trois ans.

II. — Le délai commence à courir du jour où l'infraction a été commise, sans qu'il y ait lieu de considérer le

(1) *Contra* l'opinion commune.

moment où le résultat est survenu (§ 67, al. 4). Donc, est décisif pour le début de la prescription le moment de l'acte volontaire. Par contre, non seulement l'intervention du résultat final, mais aussi celle d'un « résultat intermédiaire » éventuel n'est pas prise en considération (2).

De même, l'existence d'une condition de la criminalité (plus haut § 44) est sans influence sur le début de la prescription. Cependant l'absence d'une condition de la criminalité peut, suivant les circonstances, avoir pour conséquence de suspendre la prescription.

La prescription des actes d'instigation ou d'assistance commence indépendamment de l'acte de l'auteur principal (3).

D'après les dispositions expresses du § 35 de la loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887 (dans le même sens la loi sur l'impôt des sucres), les peines frappant le « propriétaire de distillerie en cette qualité » (voir plus haut § 58, note 5) se prescrivent en même temps que la peine de l'auteur.

Une série d'actions séparées que le droit considère comme une unité d'infraction (plus haut § 55), doit être traitée comme une unité également en ce qui concerne le début de la prescription. C'est ainsi que dans

(2) Dans l'incendie la prescription commence à courir du moment de la pose du dispositif incendiaire. — Le Tribunal d'Empire semble avoir de plus en plus tendance à calculer le début de la prescription, contrairement au texte non équivoque de la loi, seulement à partir de la venue du résultat et à ne négliger que le « résultat plus éloigné ». Cf. R, XXI, 228, XXVI, 261. Dans le même sens OLSHAUSEN, § 67, 9. Exact BIRKMEYER, 1087; FRANK, § 67, II; KITZINGER (Bibl. § 31) 203; MEYER, 336.

(3) Dans le même sens HAELSCHNER, I, 700; MEYER, 327; v. WAECHTER, 308. *Contra*, la plupart des auteurs, BINDING, I, 840; BORCHERT, *Verantwortlichkeit*, 55; OLSHAUSEN, § 67, 16; R, v, 282; XI, 20, et cela en raison de la nature subordonnée de la complicité, qui pourtant ne peut être prise ici en considération, le résultat restant sans influence.

l'infraction continue, la prescription commence seulement avec le dernier terme de l'activité délictuelle (4); il en est de même en ce qui concerne le délit d'habitude ou professionnel, tandis que pour l'infraction d'état (par exemple la bigamie; mais cf. C. P. I. § 171), l'action délictuelle seule et unique, mais non l'état produit, est décisive.

La prescription des délits de presse commis au moyen du texte d'un imprimé commence avec le début de la mise en vente ou de la distribution (5).

Dans les infractions consistant dans la violation d'une obligation, la prescription débute lorsque cesse l'accomplissement du devoir et de l'obligation.

Dispositions spéciales: d'après le § 124 de la loi sur les gens de mer de 1902, la prescription commence à courir du jour où le navire touche en premier lieu un office des gens de mer. D'après la loi sur les droits d'auteur de 1901, le délai de prescription, en cas de contrefaçon, débute le jour où la mise en vente ou distribution a d'abord eu lieu (§ 50), et en cas de vente illégale, de représentation ou d'exécution illégales, le jour où l'action illégale s'est produite en dernier lieu (§ 51). La prescription des fraudes en matière de timbre des effets de commerce commence, d'après le § 17 de la loi de 1869, le jour de l'émission de l'effet.

III. — La prescription est interrompue par chaque action du juge dirigée contre l'auteur en raison de l'acte commis (C. P. I. § 68). Les §§ 453 et 459 proc. crim.

(4) Dans le même sens en principe R, x, 204 avec l'opinion (commune; *contra* BINDING, I, 837 est *Grundriss*, I, 256 (6^e éd. qui dans les délits collectifs admet la prescription partielle), BEINZE, HH, II, 617; KITZINGER (Bibl. § 31) 249; KOHLER, *Handbuch des Palentrechts*, 1900, p. 900; V. WAECHTER, 509.

(5) Cf. v. LISZT, *Pressrecht*, 206. De même ABERER, mais qui nie la prescription indépendante de la distribution ou vente de « seconde main » ou ultérieure. *Contra* BINDING, *Grundriss*, I, 223; RATHENAU, GS, LIII, 376 (qui considèrent tous deux comme décisif le dernier acte de vente ou distribution); STENGLIN, GS, LIII, 384.

donnent également un effet interruptif à la mesure pénale prise par la police et à la décision pénale des autorités administratives ; la loi sur le timbre des effets de commerce de 1869, § 17, confère le même effet à tout acte émanant de l'autorité. Il faut y joindre, d'après le § 10 de la loi d'introduction à l'organisation de la justice militaire, toute action dirigée, en raison de l'acte commis, contre l'auteur, par le chef de la juridiction militaire (*Gerichtsherr*), par l'officier de justice militaire, le conseiller de conseil de guerre ou le conseiller supérieur de conseil de guerre chargé de l'instruction et par celui chargé de soutenir l'accusation, ainsi que par les supérieurs directs dans les cas du § 3 de la loi d'introduction au C. P. Mil. Ce sont seulement les actions dirigées contre l'auteur en tant qu'auteur d'un fait déterminé, et non pas les recherches préliminaires destinées à retrouver la trace de l'agent, qui interrompent la prescription ; la citation comme témoin ne suffit donc pas, même si l'individu cité se reconnaît alors coupable, et ne prête pas serment pour ce motif. L'interruption n'a lieu qu'à l'égard de l'auteur auquel se rapporte l'action. Avec l'interruption commence une nouvelle prescription.

IV. — La prescription est suspendue (C. P. I. § 69 dans la teneur de la loi du 26 mars 1893) pendant le temps au cours duquel, en vertu d'une disposition de la loi, la poursuite pénale n'a pu être commencée ou continuée. Si (notamment) le début ou la continuation de la procédure pénale dépend d'une question préjudicielle qui ne peut être décidée que par une autre procédure, la prescription est suspendue jusqu'à la fin de cette dernière procédure (6).

Si une plainte ou une autorisation est nécessaire pour la poursuite pénale, le défaut de cette plainte ou

(6) Cf. ALTONA, GS, XLIII, 205 ; MEVES, GA, XXXIX, 147 ; sur la loi de 1893, SEUFFERT, Z, X^v, 543.

de cette autorisation n'est pas un obstacle au cours de la prescription.

V. — L'effet de la prescription est de supprimer l'action publique, mais non l'infraction. C'est précisément pourquoi la prescription peut être intervenue à l'égard de l'un de plusieurs participants, tandis que les autres sont toujours punissables.

§ 78. — La prescription de la peine.

I. — L'exécution de peines valablement prononcées en droit se prescrit (C. P. I. § 70):

1. Si la peine prononcée est la mort ou la réclusion à vie ou la détention dans une forteresse à vie, par trente ans;

2. Si la peine prononcée est la réclusion ou la détention dans une forteresse pour plus de dix ans, par vingt ans;

3. Si la peine prononcée est la réclusion jusqu'à dix ans ou la détention dans une forteresse de cinq à dix ou l'emprisonnement de plus de cinq ans, par quinze ans;

4. Si la peine prononcée est la détention dans une forteresse ou l'emprisonnement de deux à cinq ans ou l'amende de plus de six mille marks, par dix ans;

5. Si la peine prononcée est la détention dans une forteresse ou l'emprisonnement jusqu'à deux ans, ou l'amende de plus de cent cinquante marks jusqu'à six mille marks, par cinq ans;

6. Si la peine prononcée est la détention simple ou l'amende jusqu'à cent cinquante m. par deux ans (1).

II. — La prescription commence le jour où le jugement a acquis force de loi (C. P. I. § 70).

III. — La prescription est interrompue par tout acte

(1) Il faut ranger ici aussi la réprimande, oubliée par le législateur. Actuellement dans le même sens FRANK, § 70, III.

tendant à faire exécuter la peine, et émanant de l'administration chargée de l'exécution, ainsi que par l'arrestation du condamné en vue de l'exécution de la peine. Après l'interruption de l'exécution de la peine commence une nouvelle prescription (C. P. I. § 72).

IV. — L'exécution d'une peine commune se prescrit en un bloc (2). L'exécution d'une peine pécuniaire prononcée avec une peine privative de liberté en raison du même acte, ne se prescrit pas avant l'exécution de la peine privative de liberté (C. P. I. § 71). De même les peines accessoires, dans la mesure où elles arrivent à exécution, se prescrivent avec la peine principale. La loi fait une exception pour les peines accessoires temporaires atteignant l'honneur (C. P. I. § 36) et pour les peines accessoires de surveillance de police (C. P. I. § 38). Pour ces deux catégories, l'effet de la décision judiciaire commence précisément avec la prescription de la peine principale. Ceci s'applique également à la conséquence accessoire de la condamnation prévue par le § 3 de la loi sur les denrées alimentaires de 1879.

V. — Si les lois complémentaires, comme c'est notamment le cas pour les lois douanières et fiscales, régissent expressément la prescription de la poursuite sans mentionner celle de l'exécution, cette dernière doit être considérée comme exclue. Ceci s'applique, en cas semblable, aux matières régies par la législation particulière des Etats confédérés (plus haut, § 20, note 1).

(2) Opinion commune. *Contra* FRANK, § 74, IV, qui se rattache à BELING, KVS, neue Folge, V, 91.

TABLE DES MATIERES

PRÉFACE DE M. LE PROFESSEUR GARÇON	I
--	---

INTRODUCTION

§ 1. — Concept du droit pénal et but du présent manuel. — I. Le droit pénal en tant que pouvoir pénal de l'Etat limité par le droit. — II. La politique criminelle. — III. Les sources du droit pénal.	1
---	---

I. — HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

§ 2. — Introduction historique générale. — I. Droit comparé et politique criminelle. — II. Le caractère social de la peine primitive. — III. La peine d'Etat. — IV. L'idée de but dans la peine	4
§ 3. — Le droit pénal des Romains. — I. Jusqu'au VII ^e siècle de Rome. — II. L'Epoque de la procédure des questions. — III. L'Epoque impériale	8
§ 4. — Le Droit pénal Allemand au Moyen Age. — Pre- mière partie; des premiers siècles du Moyen Age jusqu'au XIII ^e siècle. — I. Caractère Primitif. — II. Le système des compositions. — III. La peine publique. — IV. La chute de la Monarchie franque. — Deuxième partie: du XIII ^e jusque dans le XVI ^e siècle.	16
§ 5. — L'Ordonnance Criminelle de Charle-Quint. — I. Les juristes italiens du Moyen Age. — II. La littérature juri- dique populaire en Allemagne. — III. Les législations allemandes et en particulier les travaux de Schwarzen- berg. — IV. Histoire de la Carolina. — V. Son importance.	28
§ 6. — Le Droit Commun pénal Allemand. — I. La légis- lation jusque dans le milieu du XVIII ^e siècle. — II. La	

doctrine du droit commun. — III. La jurisprudence. — IV. La législation depuis 1750	34
§ 7. — La Période Philosophique. — I. Le mouvement littéraire. — II. Adoption des nouvelles idées par la législation	46
§ 8. — La Législation pénale allemande jusqu'en 1870. — I. Les codes pénaux allemands jusqu'en 1851. — II. Le code pénal prussien de 1851. — III. La législation pénale allemande après 1851	52
§ 9. — La Législation pénale étrangère du XIX ^e siècle. — I. Autriche-Hongrie. — II. Pays-Bas. — III. Etats Scandinaves. — IV. Etats Russes. — V. Etats Balkaniques. — VI. Suisse. — VII. France, Belgique, Luxembourg, Monaco. — VIII. La Péninsule Ibérique. — IX. La Péninsule Italique. — X. Les Etats de droit anglo-américain. XI. Etats de l'Amérique du Centre et du Sud. — XII. La Turquie. — XIII. Etats d'Extrême-Orient. — XIV. L'Etat du Congo.	59
§ 10. — La doctrine pénale allemande au XIX ^e siècle. — I. L'épanouissement de la doctrine. — II. Les théories du droit pénal. — III. La décadence de la doctrine	71
§ 11. — Apparition et évolution du Code Pénal Impérial. — I. Essais sans résultats. — II. Le Code Pénal de la Confédération de l'Allemagne du Nord. — III. Le Code Pénal Impérial. — IV et V. Modifications ultérieures	76
§ 12. Autres lois pénales de l'Empire	82

II. — PRINCIPES DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

§ 13. — Le droit pénal servant à la défense d'intérêts humains. — I. Le bien (intérêt juridique) et la norme. — II. La contrainte juridique. — III. Les effets de la peine en général. — IV. Nature secondaire du droit pénal	94
§ 14. — Les causes et les genres de la criminalité. — I. Le concept de la criminalologie. — II. Criminalité aiguë et chronique. — III. Le type criminel. — IV. La conception sociologique de l'infraction.	100
§ 15. — Les exigences de la politique criminelle. — I. Idée fondamentale. — Son application aux différentes espèces. — III. Les limites de l'idée de but	107
§ 16. — Le conflit des théories du droit pénal. — I. Théories absolues et théories relatives. — II. Peine compensatrice et peine utile. — III. Prévention générale et prévention spéciale	113

III. — LES SOURCES DU DROIT PÉNAL IMPÉRIAL

(Etat des sources, Bibliographie, Domaine).

§ 17. — Etat des sources. — I. Le droit écrit source unique des règles juridiques pénales. — II. La Loi, l'Ordonnance, le Traité. — III. Concept de la loi. Fautes d'impression et erreurs de rédaction. — IV. Les sources légales	126
§ 18. — Bibliographie du droit pénal de l'Empire et de ses sciences auxiliaires. — I. Textes (codes et lois). — II. Exposés systématiques. — III. Commentaires. — IV. Etudes de caractère général. — V. Périodiques. — VI. — Recueils d'arrêts et jugements. — VII. Casuistique pénale. — VIII. Sciences auxiliaires	131
§ 19. — Application dans le temps des lois pénales. — I. A quel moment commence et quand finit l'application de ces lois. — II. Effet rétroactif des lois pénales. — III. Application de la loi la moins sévère.	135
§ 20. — Application réelle des lois pénales. Droit d'Empire et droit des Etats. — I. Le principe. — II. Les matières non réglées par le droit d'Empire. — III. Autres limitations de la législation des Etats. — IV. Les lois d'exécution promulguées par les Etats confédérés	139
§ 21. — Application territoriale des lois pénales. Exposé Fondamental. — I. Concept du droit pénal dit international. — II. Le principe de territorialité. — III. Le principe de protection. — IV. Le principe de nationalité. — V. Intérêts communs de la communauté du droit des gens. — VI. Le principe de la jurisprudence mondiale.	144
§ 22. — (Suite). Le point de vue de la législation impériale allemande. — I. Le point de départ. — II. Le concept du territoire national en droit pénal. — III. Les contraventions commises à l'étranger. — IV. Crimes et délits à l'étranger. — V. Dispositions spéciales	149
§ 23. — (Suite). Réciprocité juridique internationale. — I. L'extradition, acte d'assistance juridique internationale. — II. Les traités d'extradition de l'Allemagne. Le droit d'asile des criminels politiques et la clause belge d'attentat.	158
§ 24. — Application personnelle des lois pénales. — I. Immunités constitutionnelles. — II. Immunités du droit des gens. — III. Des militaires.	163
§ 25. — Droit de paix et droit de guerre. — I. Le § 4 de la loi d'introduction au C. P. I. — II. Le Code Pénal Militaire. — III. Le § 36 de la loi sur la presse	166

PARTIE GÉNÉRALE

LIVRE PREMIER

L'INFRACTION

§ 26. — Définition de l'infraction. Eléments constitutifs et formes extérieures.	169
§ 27. — Division de l'infraction. — I. Historique. — II. La division tripartite du droit en vigueur. — III. Conséquences	173

PREMIÈRE SECTION

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

I. — L'INFRACTION EN TANT QU'ACTE

§ 28. — Le concept de l'acte en général. — I. L'acte volontaire (animaux, personnes morales). — II. Le résultat. — III. Relation du résultat avec l'acte volontaire	177
§ 29. — 1. La commission. — I. Le mouvement du corps. — II. La création de la cause. — III. Conséquences. — IV. Restrictions et exceptions. — V. Historique de la question. — VI. Etat des opinions	184
§ 30. — 2. L'omission. — I. Concept de l'omission. — II. L'omission illicite. — III. La causalité de l'omission.	193
§ 31. — Les autres modalités de l'acte. — I. L'acte d'exécution. — II. L'intention et l'imprudence. — III. Unité d'action et pluralité d'action. — IV. Temps et lieu de l'action	198

II. — L'INFRACTION ACTE ILLICITE

§ 32. — L'illégalité en tant qu'élément constitutif de l'infraction. — I. Lésion et mise en péril d'intérêts juridiques. — II. Disparition de l'illégalité. — III. Evolution historique	204
§ 33. — La légitime défense. — I. Historique. — II. Les éléments du concept. — III. Abus de la légitime défense.	209
§ 34. — L'état de nécessité. — I. Historique. — II. Concept. III. Le droit en vigueur et en particulier le C. C. I.	216
§ 35. — Les autres cas d'exclusion de l'illégalité. — I. Le devoir professionnel. — II. La justification spéciale. — III. Le droit de la profession. — IV. Le consentement de la victime. — V. La lésion sur soi-même. — VI. Les travaux parlementaires	222

III. — L'INFRACTION ACTE FAUTIF

- § 36. — Concept de la faute. — I. La faute créant la responsabilité pour le résultat. — II. Histoire du concept de la faute. — III. L'injustice non fautive. 233
- § 37. — La responsabilité. — I. La responsabilité comme état normal. — II. Le concept de la responsabilité dans le C. P. I. — Les *Actiones liberae in causa*. — IV. Mentalité défectueuse et complicité 240
- § 38. — Les cas de l'irresponsabilité. — I. Défaut de maturité mentale; minorité et arrêt dans le développement. — II. Défaut de santé mentale. — III. Troubles de conscience. 245
- § 39. — L'intention. — I. Concept. — II. Les modes. — III. L'intention indéterminée. — IV. La présomption quant à la loi 250
- § 40. — (Suite). L'erreur. — I. Concept et influence sur l'intention. — II. Erreur essentielle et non essentielle. — III. *Aberratio ictus et error in persona* 258
- § 41. — (Suite). La conscience de l'illégalité. — Le principe. — II. Exceptions. — III. Conséquences 263
- § 42. — L'imprudence. — I. Historique. — II. Concept. — III. Influence de l'erreur. — IV. Les infractions par imprudence dans la législation impériale. — V. Imprudence par rapport à quelques éléments d'infraction. — VI. Degré de l'imprudence 268
- § 43. — La culpabilité dans les délits de presse. — I. L'insuffisance des principes généraux. — II. Le rédacteur responsable comme auteur. — III. L'imprudence en matière de presse 273

IV. — L'INFRACTION CONSIDÉRÉE COMME L'ACTE
INJUSTE PUNISSABLE

- § 44. — Injustice et infraction. — I. Délit civil et infraction. II. Motifs d'exclusion de peine et motifs de suppression de peine. — III. Conditions de la criminalité au sens propre. — IV. Questions préjudicielles 279
- § 45. — La plainte de la victime. — I. Historique et état de la législation. — II. *De Lege ferenda*. Les deux groupes d'infraction nécessitant la plainte. — La plainte dans le Droit impérial en vigueur 287

SECTION II

I. — CONSOMMATION ET TENTATIVE DE L'INFRACTION

- § 46. — De la tentative en général. — I. L'infraction consommée et l'infraction tentée. — II. Histoire du concept de la tentative. — III. Préparation et tentative. — IV. Modalités de la tentative. — V. Cas douteux. — VI. Pénalité en matière de tentative 295
- § 47. — La tentative impossible. — I. Historique. — II. Le principe 306
- § 48. — Le désistement dans la tentative. — I. Son importance. — II. Le désistement dans la tentative achevée et non achevée. — III. Spontanéité du désistement. — IV. Le désistement comme motif de suppression de peine 314

II. — L'ACTE PRINCIPAL ET LA PARTICIPATION

- § 49. — Aperçu général et historique. — I. Les idées directrices du droit en vigueur. — II et III. Historique. — IV. Fait de favoriser ; complots et bandes. — V. Participation nécessaire 316
- § 50. — 1. L'acte principal. — I. Auteur unique. — II. Action intellectuelle. — III. Co-action. — IV. Action connexe 324
- § 51. — 2. La complicité. — I. Instigation. — II. Assistance 330
- § 52. — 2. La complicité. Conséquences. — I. Complicité intentionnelle dans un acte intentionnel. — II. Criminalité de l'action principale. — III. Subordination de l'acte de complicité. — IV. Participation plurielle à la même infraction. — V. Restrictions au principe. 335
- § 53. — 2. La complicité. Influence de circonstances personnelles. — I. Conséquences de la nature subordonnée de la complicité. — II. Le 50 C. P. I. — III. Autres cas. 342

III. — UNITÉ ET PLURALITÉ DES INFRACTIONS

- § 54. — Unité et pluralité des actes. — I. L'idée fondamentale. — II et III. Les cas de l'unité d'acte. 345
- § 55. — Pluralité d'acte et unité d'infraction. — I. Le concept. — II. Les cas d'application. — III. L'infraction collective. 349

§ 56. — Le traitement juridique de l'unité d'infraction. — I. La conception exacte. — II. Le premier cas. Concours légal apparent. — III. Le second cas. Concours apparent d'infractions (concours idéal)	355
§ 57. — La pluralité d'infractions. — I. La récidive. — II. Le concours réel d'infractions.	360

DEUXIÈME LIVRE

LA PEINE

I. — CONCEPT

§ 58. — Le concept de la peine. — I. Concept. — II. Con- séquences du concept. — III. Peines disciplinaires et peines de procédure. — IV. Peines réglementaires. Peines prévues par les lois sur la responsabilité ministérielle. — V. Peines de police	363
II. — LES MODES DE LA PEINE (LE SYSTÈME PÉNAL)	
§ 59. — Le système pénal du Droit Impérial. — I. Peines principales et peines accessoires. Peines subséquentes. — II. Système effectif des peines.	370
§ 60. — 1. La peine de mort. — I. Son histoire. — II. Son application. — III. Son exécution	372
§ 61. — 2. La peine privative de liberté. Son histoire. — I. Les anciennes maisons pénitentiaires. — II. Début de la réforme. — III. Lutte des systèmes dans l'Amérique du Nord. — IV. Triomphe de l'emprisonnement cellulaire. — V. Le système irlandais et la libération condition- nelle. — VI. Le système d'Elmira. — VII. L'exécution de la peine et la législation impériale	377
§ 62. — Les peines privatives de la Législation Impériale. I. Les modalités. — II. Différence entre les différents modes. — III. Exécution des peines privatives de liberté. (L'isolement. La libération conditionnelle. Les mineurs).	383
§ 63. — 3. L'amende. — I. Application. — II. Le C. P. I. et l'amende. — III. Autres lois	387
§ 64. — 4. La réprimande. — I. Application. — II. Exécu- tion.	389
§ 65. — 5. Peines accessoires frappant la liberté. — La surveillance de la police. — II. La mise sous le contrôle de la police d'un Etat Confédéré. — III. L'expulsion	390
§ 66. — 6. Peines accessoires frappant l'honneur. — I. Con- cept. — II. Déchéance de tous ces droits. — III. Déchéance partielle. — IV. Ouverture d'une nouvelle procédure quant à ces peines.	394

APPENDICE

§ 67. — La Busse. — I. Application. — II. Nature . . . 399

III. — LA MESURE DE LA PEINE DANS LA LOI
ET LE JUGEMENT

§ 68. — La fixation de la peine par le juge. — I. Peines absolues et peines relatives. — II. Les degrés de peine dans le droit actuel. — III. Le calcul de la peine. — IV. La modification de la peine. — V. La transformation de la peine. Imputation de peines. 403

§ 69. — Modification de la peine : aggravation de la peine et en particulier l'aggravation en cas de récidive . . . 407

§ 70. — Modification de la peine : 2. Atténuation de la peine. — I. Motifs généraux d'atténuation. Minorité. Tentative. — Assistance. — II. Motifs spéciaux d'atténuation. Les circonstances atténuantes. 409

§ 71. — Transformation de la peine (commutation). — I. Transformation de l'amende en une peine privative de liberté. — II. Transformation de la peine privative de liberté en une autre. — III. Transformation de la confiscation en une amende 412

§ 72. — Imputation sur la peine infligée. — I. Imputation de la détention préventive. — II. Imputation du jugement prononcé à l'étranger. — III. La rétorsion ou compensation. 415

§ 73. — Concours de plusieurs infractions (concoure réel). — I. Nécessité d'atténuer le principe du cumul. — II. La peine commune. — III et IV. Dérégations. — V. Dispositions spéciales des lois complémentaires 417

IV. — L'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE

§ 74. — Les causes d'extinction de la peine en général. — I. Le concept. — II. La mort du coupable. — III. Le remords actif. 422

§ 75. — La grâce. — I. Concept, histoire et but. — II. Effets. Modes. — III. Les détenteurs du droit de grâce. — IV. Conflit entre plusieurs Etats Confédérés quant à l'exercice du droit de grâce. — V. La grâce conditionnelle 425

§ 76. — La prescription en général. — I. Principe juridique de la prescription. — II. Effets. — III. Historique.	430
§ 77. — La prescription de l'action. — I. Les délais de prescription. — II. Départ de la prescription. Interruption. — IV. Suspension. — V. Effets	432
§ 78. — La prescription de la peine. — I. Les délais de prescription. — II. Départ de la prescription. Interruption. 4. La prescription des peines accessoires. — V. La prescription dans les lois autres que le C. P. I.	437