

A MON PÈRE



UNIVERSITÉ DE GENÈVE

DE LA

JUSTIFICATION DU DÉLIT

PAR

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Ἄνάγκη οὐδὲ θεοὶ μίχονται.
SIMONIDÈS.

THÈSE DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT

PAR

Paul MORIAUD

LICENCIÉ ÈS LETTRES, LICENCIÉ EN DROIT
avocat

PAUL MORIAUD, 1865-1924

GENÈVE
R. BURKHARDT
2, Place du Molard

PARIS
L. LAROSE & FORCEL
Rue Soufflot, 22

1889

GENÈVE. — IMPRIMERIE M. RICHTER, RUE DES VOIRONS, 10

AVANT-PROPOS

« Mépriser la théorie — a dit Rossi —, c'est avoir la prétention excessivement orgueilleuse d'agir sans savoir ce qu'on fait et de parler sans savoir ce qu'on dit. » Ces paroles de l'illustre professeur suffiraient à nous justifier, s'il en était besoin, d'avoir consacré tant de pages à l'étude d'un groupe seulement de cas de non-culpabilité, ceux qu'on appelle cas de « nécessité » ou improprement de « contrainte morale » ; on pourrait penser que si la nouveauté et l'intérêt passionnant du sujet sont dignes d'attirer les esprits curieux, les cas de nécessité sont trop rares pour mériter les honneurs d'une longue monographie. Mais, fussent-ils rares — nous montrerons qu'ils ne le sont pas —, cela n'aurait que peu d'importance scientifique. Ce n'est pas à la fréquence d'une maladie que la science médicale mesure l'attention qu'elle lui accorde, c'est aux difficultés que présente sa guérison ; et les maux les plus rares sont souvent les plus difficiles à guérir. La science juridique ne peut se comporter autrement vis-à-vis des questions que soulève l'état de nécessité, car elles sont difficiles : les controverses aiguës de la doctrine en témoignent. C'est un terrain où l'on vague à l'aventure, les uns de ci, les autres de là ; au point que suivant le livre ouvert on croirait qu'il s'agit de choses différentes. Mêmes incertitudes et plus grande insuffisance encore dans les législations ; la jurisprudence s'en ressent : elle est injuste.

D'où vient le mal ?

Jadis, le droit de l'Église absolvait le vol d'aliments commis par un affamé — c'est un cas de nécessité — ; nos lois le condamnent et Victor Hugo nous indigne contre elles par son histoire de Jean Valjean, envoyé au bagne pour avoir volé un pain qui devait nourrir sept enfants. Nous vantons pourtant l'humanité de nos lois, en regard de la barbarie du moyen âge ; et d'accord sur ceci, que la société a le devoir de ne pas laisser l'indigent mourir de faim, nous n'aurions qu'un pas à faire pour reconnaître à celui qu'elle ne secourt pas le droit de s'emparer d'aliments dont la privation causerait sa mort. Ce pas, nous ne le franchissons point ; l'Église l'avait franchi. Pourquoi ?

C'est qu'au moyen âge, les disettes étant fréquentes, le vol par nécessité l'était aussi ; on comprenait qu'ajoutée aux souffrances de l'affamé, la peine ne pouvait être qu'une inutile cruauté ; sauvant de nombreuses vies, ce vol était alors un bienfait social, de sorte que, malgré la rigidité de leur morale, les canonistes ont pu le considérer comme l'exercice d'un droit. De nos jours, il est rare et, pris individuellement, la plupart des actes que nous appelons « nécessaires » le sont également. Aussi ne songe-t-on pas à la signification que prendrait le moindre d'entre eux, si l'occasion en était fréquemment donnée ; et, surtout, on commet la faute de s'attaquer tout droit à l'appréciation des plus discutables, au lieu de les éclairer d'abord à la lumière de faits plus simples, qu'aucun juriste n'ignore et dont il ne peut méconnaître le caractère de justice. Ici donc, où les faits sont trop peu communs pour se présenter d'eux-mêmes à l'esprit du vulgaire, le besoin d'une théorie qui les recherche et les systématise se fait plus vivement sentir que partout ailleurs. De cette systématization sortira de lui-même un principe inconsciemment appliqué dans tous les domaines du droit, et dont l'application aux cas de nécessité s'impose.

* * *

L'intérêt scientifique de ce travail ne saurait donc être contesté. Mais nous avons entendu mettre en doute son utilité pratique : « A quoi bon dissenter sur des questions de culpabilité pénale? — nous a-t-on dit. En fait, le jury seul les tranche, avec les armes du simple bon sens ; il n'a cure des discussions des savants. » Nos interlocuteurs s'exagéraient étrangement le rôle du jury. Ils oubliaient que ce n'est pas lui qui décide de la mise en accusation, douteuse quand il s'agit de cas d'impunité ; que le juge est partout au tribunal de police, où les jurés ne siégeront jamais, et presque partout à la cour correctionnelle, où quelques cantons suisses ont seuls introduit le jury. Ils oubliaient que si, trop souvent hélas ! il absout contre la volonté de la loi, dont il affaiblit ainsi l'autorité, le jury ne condamne pas malgré la loi : il suffit qu'elle consacre expressément l'impunité de l'acte nécessaire, pour que les jurés soient contraints par la position d'une question spéciale à constater la présence de la nécessité, verdict dont le juge tirera les conséquences légales. Disons enfin que si les décisions du jury sont l'expression du sens commun, le sens commun n'est point sourd à la voix de la science, dont il tend toujours plus à se faire l'écho ; c'est ainsi seulement qu'il devient le « bon sens ». La science d'aujourd'hui est la chose de tous ; elle n'a plus de prêtres, ni de rites secrets.

Nous n'avons pas foi du reste en l'éternité, ni même en la longévité de l'institution du jury. Elle jouit de plus en plus de la défaveur publique, défaveur qui n'est même pas à la hauteur de ses démerites. Il faut, tant qu'elle vivra, renoncer à satisfaire jamais aux exigences d'une bonne justice pénale, la certitude de la répression et la mesure dans l'application des peines. Le jury fait de la justice de sentiment, et la justice de sentiment n'est pas une justice, surtout quand il s'agit, comme dans le procès criminel, des intérêts vitaux de la société et des biens les plus précieux de l'individu. Il est vrai que le jury, cet irresponsable, caméléon rouge aujourd'hui, rose demain, souverain qui pro-

nonce sans appel et dont les erreurs sont irréparables, qui n'est pas même astreint à l'obligation d'expliquer pourquoi il dit oui et pourquoi il dit non, il est vrai que ce juge d'une nature toute spéciale présente un précieux avantage — ce sont ses défenseurs qui le disent — : la loi l'autorise à se mettre au-dessus d'elle. Mais faire fi de la loi a-t-il jamais été un bien? C'est tout au plus le moindre de deux maux, si la loi corrigée est mauvaise. On nous répondra que nos lois pénales sont très mauvaises. C'est vrai : d'une part, elles limitent trop le pouvoir du juge — d'où bien des coups de force du jury — ; d'autre part, dans les limites mêmes qu'elles lui assignent, elles le laissent errer à l'aventure, sans lui donner, comme boussole, aucun principe directeur. Mais qu'en faut-il conclure, sinon qu'elles doivent être perfectionnées? Que chacun de nous apporte donc sa pierre à l'édification de lois meilleures; alors le jury aura perdu sa dernière raison d'être.

Nous apportons ici la nôtre : en écrivant cette étude, nous n'avons pas seulement voulu faire œuvre scientifique, nous nous sommes aussi proposé pour but d'acheminer à l'amélioration de nos lois, sur un des points où elles laissent le plus à désirer.

Genève, avril 1889.

INTRODUCTION

Sommaire : Les exceptions à la loi pénale. — Notion de l'état de nécessité. — Le caractère propre de l'acte de légitime défense. — Source commune et distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité. — Le terme d'« état de nécessité » ; la nécessité dans la vie de tous les jours.

I

1. Un homme tue. La loi pénale interdit de tuer et frappe l'homicide de peines redoutables. Cet homme a donc commis un crime et doit être puni ?

Oui, et non ! peut-être !

Bourreau, je tue : je remplis un devoir. Injustement attaqué, je tue : j'exerce un droit, le droit de légitime défense. Et tuer peut n'être encore ni un devoir ni un droit, et n'entraîner pourtant aucune peine : les fous demeurent impunis.

Les ordres et défenses de la loi pénale ne prétendent point à une valeur absolue. Fût-elle même silencieuse, il ne saurait être question de l'appliquer aux cas d'ordre légal ou d'exercice d'un droit spécial : droit de légitime défense, de garde, de correction, droits résultant de la fonction publique ou de la profession. Le bourreau tue, le geôlier séquestre, le garde-chasse s'empare de l'arme du braconnier, l'inspecteur des marchés détruit les fruits mal mûrs, le propriétaire importuné met violemment l'intrus à la porte, la femme enlevée s'échappe en blessant son ravisseur, le père enferme et châtie l'enfant récalcitrant, le chirurgien coupe le membre menacé de gangrène, le citoyen témoin d'un crime en arrête l'auteur, en usant s'il le

faut de violence. Ces actes n'offrent-ils pas les caractères extérieurs de crimes ou de délits? Sans doute! mais la présence de ce que les criminalistes appellent un « fait justificatif » vient modifier leur nature et les rendre justes, de criminels qu'ils seraient autrement. Puis les commandements de la loi peuvent rester debout sans que leur transgression soit frappée d'une peine: le fou, l'enfant, la victime d'une force majeure ou d'une erreur inévitable demeurent impunis, bien que leurs actes restent injustes.

Les prescriptions de la loi pénale n'ont donc qu'une valeur relative. Et la loi le reconnaît elle-même: elle mentionne quelques motifs d'impunité, sans les indiquer tous.

2. Un homme tue pour sauver sa propre vie. Il ne jouit d'aucun droit spécial qui autorise ce meurtre; il est sain d'esprit; il sait ce qu'il fait. C'est, pour nous servir de l'exemple traditionnel — nous le tenons de Cicéron, qui l'emprunte lui-même au grec Carnéade —, un naufragé sur le point de se noyer qui contraint un compagnon d'infortune, premier occupant de l'unique planche de salut, à lâcher prise. La planche ne pouvant les porter tous les deux, et, prenant sa place le livre en proie certaine aux flots. Celui qu'il tue, on le voit, n'est point cause du danger qu'il court; c'est un innocent, dont il n'est pas attaqué, mais qu'il attaque lui-même.

Ce cas est-il de ceux auxquels la loi doit accorder le privilège de l'impunité? C'est l'avis de la presque-unanimité des criminalistes et des législateurs. Mais l'opinion contraire, qui a été très vivement soutenue, est celle de tous les non-juristes — ce sera donc celle des jurés — dont on n'attire pas l'attention sur ce que ce prétendu crime présente d'anormal. C'est la solution de cette question que nous nous proposons pour but. Nous nous efforcerons d'établir par des arguments solides que l'acte dont nous venons de donner un exemple doit rester impuni -- il

règne sur les motifs de cette impunité la plus grande divergence de vues — ; nous en rechercherons la nature juridique, objet elle aussi de vives controverses, afin de déterminer les droits des tiers vis-à-vis de son auteur — en ce qui concerne la légitime défense et la réparation du préjudice — ; nous préciserons ensuite les conditions de son impunité ; nous examinerons enfin de quelle manière la loi doit formuler notre solution.

On pourrait traiter la question d'oiseuse si l'homicide commis sur un innocent dans le but d'échapper à la mort était un cas unique en son genre ; mais il en est dans la vie sociale d'innombrables dont la solution implique la sienne et en est impliquée. Il nous suffit pour les déterminer — et ce doit être notre premier soin si nous voulons que le lecteur se fasse une idée claire de notre sujet d'étude — de déterminer le caractère essentiel du cas-type. Tous ceux dans lesquels nous le retrouverons doivent naturellement être soumis aux mêmes principes.

II

3. A quoi ce curieux cas d'homicide doit-il sa physionomie particulière ? Pour ne point discuter dans le vide, citons-en quelques exemples moins scolastiques que l'exemple classique, rappelons des faits ayant donné lieu à des procès criminels.

Un des plus récents est celui de la « Mignonnette », qui fit sensation et dont le souvenir est peut-être encore vivant dans la mémoire de nos lecteurs. Voici l'histoire de la « Mignonnette » :

C'était dans l'été de 1884. Le yacht la « Mignonnette » avait quitté Southampton le quatorze mai, se rendant en Australie, où il était loué pour une assez longue tournée ; l'équipage se composait de quatre hommes : Dudley capitaine, Stephens pilote, Brooks matelot et le mousse Parker, âgé de dix-sept à dix-huit ans. Le cinq juillet, à 1600 milles environ du cap de Bonne-Espérance, une violente tempête les surprit ; à peine avaient-ils

eu le temps de sauter dans une chaloupe que le bâtiment, désarmé, s'abîmait. Les quatre hommes se trouvaient seuls en pleine mer, à plusieurs centaines de lieues de la côte, dans une petite embarcation, sans eau à boire et sans autre nourriture que quelques boîtes de conserves, que le capitaine avait réussi à sauver au péril de sa vie. Ces boîtes contenaient deux livres... de navets ! Le quatrième jour, ils trouvèrent un pigeon. Des navets et du pigeon, ils surent vivre douze jours ; les deux jours suivants, ils purent tromper leur soif à l'aide de quelques gouttes d'eau de pluie recueillies dans leurs vêtements. Puis, plus rien ! Le dix-huitième jour, leurs souffrances devenant plus atroces, les trois hommes délibérèrent sur le parti à prendre s'il ne survenait aucun secours, et parlèrent de sacrifier l'un d'eux pour prolonger la vie des autres ; le mousse Parker, malade pour avoir bu de l'eau de mer, gisait inerte au fond du canot et ne prit point part à la délibération. Le dix-neuvième jour, le capitaine Dudley proposa de tirer la victime au sort, mais Brookes s'y opposa, déclarant que, de même qu'il ne tenait pas à être tué, il ne voudrait pas qu'un autre le fût ; Dudley et Stephens firent alors observer que comme ils avaient femme et enfants il était préférable de sacrifier le jeune garçon, et Dudley décida qu'on procéderait le lendemain à son exécution, si aucun vaisseau n'était en vue ; le mousse, presque sans connaissance, n'avait rien entendu. Et le lendemain matin, aucun vaisseau n'étant en vue, le capitaine fit comprendre par signes aux deux hommes que le moment était venu ; Brookes seul fit un geste de désapprobation, Stephens fit signe qu'il approuvait, mais n'avait pas le courage d'exécuter le meurtre. Dudley alors s'approcha du jeune garçon qui gisait presque inanimé, dans un état d'extrême affaiblissement, et, après l'avoir préparé par quelques mots au sort qui l'attendait et imploré pour lui-même le pardon de Dieu, il lui plongea son couteau dans la gorge. Et les trois hommes, se précipitant sur le cadavre, burent avidement

ment le sang chaud qui s'échappait de ses blessures ; Brookes lui-même, s'il n'avait point pris part au crime, prit du moins part au festin. Ce n'est que le vingt-quatrième jour — ils se nourrissent jusque-là de la chair du mousse —, qu'un navire allemand les recueillit dans un état de grand épuisement ; débarqués à Falmouth, ils y furent soumis à un premier interrogatoire. Le jury anglais, qui se contenta d'établir dans un « special verdict » l'état des faits, laissant à la cour du banc de la reine le soin de trancher la question de droit — elle condamna les accusés à mort, peine que la reine commua en celle de six mois de prison —, le jury, disons-nous, ajouta à son exposé des faits que le mousse Parker était trop faible pour tenter de résister, qu'il n'avait du reste pas consenti à être tué, que selon toute probabilité les trois hommes n'auraient pas vécu jusqu'au jour du sauvetage s'ils ne s'étaient nourris de sa chair, et que lui-même serait mort avant eux ; qu'au moment de l'acte, enfin, aucune voile n'était en vue, ni aucun moyen de sauvetage à la disposition des accusés.

Que de repas humains semblables, au milieu des déserts d'eau, de sable ou de glace, ont dû rester ignorés ! Ça aurait sans doute été le cas de celui dont nous venons de raconter l'histoire, si les trois marins anglais n'avaient négligé de jeter à la mer les restes de leur victime, à l'approche du vaisseau sauveur. Dans le même été déjà, le bruit avait couru que les participants à l'expédition Greesley, dont le retour des régions polaires avait été magnifiquement fêté en Amérique, s'étaient nourris du corps d'un matelot allemand, après l'avoir fusillé pour vol de vivres. On sait qu'eux aussi, les survivants du radeau de la Méduse, en 1816, avaient eu recours à ce moyen de salut. Ils firent plus encore ! C'était le septième jour depuis le départ du radeau. « Nous n'étions plus que vingt-huit — raconte un d'entre eux ¹ — ;

¹ Corréard, dans le « Journal des Débats » ; récit reproduit dans l'« His-

sur ce nombre, quinze seulement paraissaient pouvoir exister encore quelques jours ; tous les autres, couverts de larges blessures, avaient entièrement perdu la raison ; cependant ils avaient part aux distributions et pouvaient, avant leur mort, consommer quarante bouteilles de vin—(les naufragés n'avaient pas d'autres vivres) — : ces quarante bouteilles de vin étaient pour nous d'un prix inestimable. On tint conseil : mettre les malades à demi-ration, c'était avancer leur mort ; les laisser sans vivres, c'était la leur donner tout de suite. Après une longue délibération, on décida qu'on les jetterait à la mer ; le moyen, quelque affreux qu'il nous parût à nous-mêmes, procurait aux vivants six jours de vivre. » Ainsi fut fait. « Le sacrifice sauva les quinze qui restaient. » On ne songea pas même à les mettre en jugement, tant leurs souffrances inspirèrent de pitié ¹.

L'an dernier encore, s'est présenté un cas semblable d'homicide suivi d'anthropophagie ; il a eu pour théâtre le territoire de Touroukhansk, dans la Sibérie orientale. Trois frères, Procope, Nikita et David Kalinine et leur sœur Marie, âgée de onze ans, avaient installé leur campement au bord d'un cours d'eau et se nourrissaient des fruits de leur pêche. C'était leur unique ressource ; elle devint plus rare, puis finit par s'épuiser complètement. David partit pour aller chercher sa nourriture dans quelque autre campement. Procope alors, désespéré, rendu féroce par l'inanition, égorga sa sœur et se nourrit pendant

toire des naufrages », Paris, 1836, t. III, ch. IV. Des récits analogues se rencontrent à chaque pas dans cet ouvrage. Mais il est rare que les naufragés en soient réduits à s'entre-tuer, comme ceux de la Mignonnette ; dès les tout premiers jours, ordinairement, la faim fait quelque victime, dont ses compagnons après quelques scrupules finissent par se repaître — et le fait ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

¹ Mais, en France, la gaité ne perd jamais ses droits : Voir « Timoléon Polac », l'amusant récit d'Eugène Chavette. — On connaît aussi la chanson du « Petit Navire ».

quelque temps de son cadavre, ainsi que son frère Nikita. Le tribunal de Jenisseisk libéra Nikita, qui n'avait point pris part au meurtre, mais condamna Procope à treize ans et demi de travaux forcés, jugement qui nous semble d'une sévérité exagérée, et qu'eût rendu impossible le projet de code pénal russe de 1882, destiné à remplacer le code de 1866 ¹.

4. Nous pouvons maintenant, à la lumière de ces faits, rechercher le caractère essentiel des actes dont s'agit. Réside-t-il, comme on l'a prétendu, dans l'état d'esprit de l'agent? Non!

¹ Au nombre des cas survenus dans les siècles précédents, citons-en deux des plus remarquables : celui que rapporte Tulp, dans ses « *Observationes medicae* » (1641; ed. nova, Amstelaed. 1685, t. I, c. 43: *Inedia undecim dierum*). Vers 1640, sept marins anglais de l'île Saint-Christophe, qui s'étaient mis en route pour la nuit seulement, furent surpris par la tempête et errèrent dix-sept jours sur l'océan Indien avant de pouvoir regagner la terre. L'un d'eux proposa de tirer au sort celui qui serait mangé; ce fut sur lui que le sort tomba. Les six autres l'égorèrent et se nourrirent de son corps. Ils furent absous par le juge — anglais ou français, on ne sait, l'île étant alors possession commune de l'Angleterre et de la France —, « *dilute criminis inevitabili necessitate* ». Le consentement de la victime, dans le droit d'alors comme d'après les codes modernes, ne modifie d'ailleurs nullement le caractère criminel de l'homicide. — Mais le cas le plus horrible est celui que nous rapportent les « *Responsa* » de Carpsov: « *Responsum Scabinatus Electoralis Mens. Septemb. 1693...* Verb. Sent. Saxon: *hat sich kurz nach abgewichenen Pfingsten begeben und zugetragen, dass A. H. sein Eheweib M. von 70 Jahren und mit welcher Er 32 Jahr im Ehestande gelebet, fürsätzlicher ermordet, und umgebracht, indem Er sie mit dem Messer in die Kehle gestochen, darauf, als sie verschieden, ihr mit einer kleiner allen Parthen die Beine, Arme und Kopf abgehauen und ohngefahr 4 Pfund Fleisch, wo es am besten gewesen, abgeschnitten, gekochet, und 2 Tage daran gegessen, die andern Stücke aber, in einer dunkeln Kammer im Hause verscharrt und begraben, etc. So erscheint daraus so viel, dass Inquisit, mit der ordentlichen Straffe zu verschonen, er wird aber gleichwol etc., solches seines Verbrechens wegen mit dem Schwert vom Leben zum Tode billig gerichtet und gestraffet.* » La peine est abaissée de deux degrés; ç'aurait dû être, d'après l'art. 137 de la Caroline, la roue précédée de « *mit Zangen reissen oder Ausschleiffung.* »

Une situation critique peut sans doute troubler la raison au point que l'individu ne se rende plus nettement compte de ses actes, mais ce ne sera jamais là qu'un fait accidentel ; il est certain, par exemple, que les marins de la *Mignonnette* ont agi en pleine possession de leur raison, puisque trois délibérations distantes d'un jour ont immédiatement précédé l'assassinat. Ce qui jette l'esprit de l'homme en désarroi et lui enlève tout empire sur lui même, ce n'est pas spécialement l'approche de la mort ; c'est d'une manière générale la soudaineté des impressions, agréables ou pénibles, et ce n'est point d'une manière inattendue que dans la généralité des cas la vie humaine se trouve menacée. Mais les principes généraux en matière d'imputation et de culpabilité forceront d'ailleurs le juge à prendre en considération ce trouble de l'esprit : l'affolement est fréquent surtout dans les foules, en présence du danger d'écrasement ; l'homme, sentant alors un ennemi dans chacun de ses semblables, redevient sauvage ¹. — Ce serait aussi ériger en loi un fait purement accidentel que de voir le trait caractéristique de ces actes dans l'irrésistibilité de l'instinct de conservation, qui réduirait au rôle de machine l'homme qu'il entraîne ; ils peuvent être le produit de la réflexion, être commis avec la vision très nette de leurs conséquences, sans que l'impunité en soit moins soutenable. Et ce serait encore la même solution sous une troisième forme que d'en trouver le caractère essentiel dans la crainte toute puissante de la mort, conçue comme opprimant la liberté des décisions de l'agent. Sans doute, par cela même que nous supposons que l'agent tue pour

¹ L'individu pris dans une foule entre deux courants contraires se trouve du reste, en quelque sorte, en état de légitime défense. Il est vrai que la foule est inconsciente et qu'il est au même point que chacun de ceux qui la composent artisan de son malheur. Mais ici la lésion d'autrui pour le salut de la personne a certainement ceci de commun avec celle de l'agresseur injuste, qu'elle est une simple réaction contre l'attaque ; elle est, comme toute légitime défense, plus ou moins instinctive et irréflectie.

sauver sa propre vie, nous déclarons qu'il a été poussé par la crainte de la mort. Mais cette crainte, dont l'effet impulsif est innumérablement variable suivant les individus, n'est point un dernier terme auquel nous puissions nous arrêter; elle a sa source dans une circonstance extérieure au sujet, dans un fait qui peut prétendre à une portée objective et qui seul est constant: le fait que l'auteur court un péril de mort, qu'en donnant la mort à autrui, il l'évite lui-même, ou, pour parler d'une manière plus précise, qu'il recourt à l'acte délictueux dans ses formes extérieures comme à l'unique moyen de sauvegarder sa vie. Tout le monde s'accorde à faire de l'absolue *nécessité* de l'acte au salut de la personne la condition première de l'impunité complète de l'agent; de là le nom d'*état de nécessité* — terme inusité jusqu'ici dont nous justifierons plus tard le choix — par lequel nous désignons la situation critique dans laquelle il s'est trouvé, et la qualification de « *nécessaire* » que nous donnons à l'acte.

Cet acte sauve une vie. Qu'est-ce que la vie? On dit communément que c'est un droit; on parle du « droit de vivre ». D'où la conséquence naturelle d'un droit aux actes sans lesquels on ne peut vivre, à l'acte nécessaire en première ligne! Mais la vie n'est pas un droit. Les hommes vivaient et jouissaient de la vie avant qu'aucune loi écrite ou non écrite réglât leurs rapports, les animaux vivent et tiennent à la vie. Et, d'ailleurs, il est des cas où c'est le devoir de l'homme de la sacrifier; ainsi du soldat. Il n'est donc point de son essence d'être un droit; mais, toujours et partout, elle reste un bien, bien de même valeur pour l'individu, que la loi le protège ou qu'elle en exige le sacrifice, plus précieux peut-être même dans ce dernier cas, car on ne sent tout le prix de ce qu'on va perdre. L'acte nécessaire a donc pour essence de sauvegarder un bien.

L'infinie diversité des biens individuels et sociaux dont l'existence peut être mise en danger d'un côté, des délits que

peut nécessiter leur conservation, de l'autre, rend possibles d'innombrables états de nécessité. Il nous faut avant de rechercher les principes qui les doivent régir, en dresser un tableau général — c'est le principal but de cette introduction —. Il ne s'agit là que d'un simple exposé de faits, auquel nous attachons pourtant la plus grande importance ; car nous croyons que dans les sciences juridiques comme dans toute autre science, le progrès a pour condition première l'observation des faits, faits se produisant sans l'intervention du savant — ce sont pour nous les délits réellement commis — ou volontairement créés dans ses expérimentations — ce sont les exemples que nous forçons de toutes pièces —. De leur intelligent rapprochement jaillit d'elle-même la lumière. Il n'est pas de question qui ait été, jusqu'à nos jours, plus mal comprise que celle qui nous occupe, et cela tient précisément à ce que, la rareté relative des cas de nécessité empêchant de jeter sur les phénomènes sociaux un coup d'œil d'ensemble, on a bâti des théories sur des faits isolés, prenant pour essentiel ce qui n'était qu'accidentel. Les faits qu'il s'agit d'exposer et de classer ici, et dont la généralisation nous donnera la notion de l'état de nécessité en droit pénal, sont ceux qui tombent sous le coup de la loi pénale, en ce sens qu'ils présentent tous les caractères extérieurs de crimes, délits ou contraventions ; nous ne discutons point pour le moment la question de savoir si la loi, faisant exception en leur faveur, doit les laisser impunis. Plus tard, nous les éclairerons à la lueur d'autres faits, empruntés à tous les domaines du droit et auxquels nos lois reconnaissent déjà un caractère juridique tranché ; nous pourrons alors poser la notion générale de l'état de nécessité en droit et formuler les règles auxquelles il doit être soumis.

5. Les cas de nécessité jusqu'ici donnés en exemple présentaient un caractère exceptionnel de gravité ; mais il en est, par

contre, qui ne revêtent point des formes aussi tragiques. Citons-en un, entre mille autres, qui forme avec eux un contraste complet :

La scène se passe à Berlin, en octobre 1881 ¹. Un paysan conduit un char de volailles et en débite le contenu dans le quartier populeux qui avoisine la gare de l'Est. Quand un passant prend deux oies et s'enfuit ! Le paysan se lance à sa poursuite, l'atteint, reprend victorieusement son bien, conduit le voleur au poste de police voisin, puis retourne au plus vite à ses affaires. Mais, voilà bien une autre histoire ! Le char a disparu ; et, comme notre pauvre homme crie de plus belle au voleur, on lui dit qu'on a mis son char en fourrière. Il court à la police, où il le retrouve ; mais on dresse contravention contre lui, pour abandon d'un véhicule sur la voie publique (§ 306 du code pénal allemand). Le tribunal l'acquitte. Nous ignorons ses considérants, mais le juge n'a pu arguer que de l'état de nécessité : l'abandon du char était le seul moyen d'éviter la perte des oies. Le danger à écarter n'est plus ici ce danger suprême devant lequel s'efface toute autre considération, le danger de mort, c'est celui d'une faible perte pécuniaire ; le délit commis n'est plus un assassinat, c'est une insignifiante contravention qui, dans l'espèce, n'a sans doute pas causé de dommage.

Nous pouvons combiner ces deux cas extrêmes : le salut d'un homme, excusant le meurtre, doit excuser la contravention de police qu'excuse le salut de deux oies ! De l'impunité de la plus grave des infractions résulte forcément l'impunité d'une infraction quelconque ; il y a donc état de nécessité plus justement qu'aucun autre exclusif de toute peine, toutes les fois que la vie ne peut être sauvée que par la commission d'un délit : un chirurgien auquel on met le pistolet sur la gorge — nous admettons comme prouvée, dans tous nos exemples, la certitude

¹ V. le « Lokal-Anzeiger » de Berlin, entre le 18 et le 23 oct. 1888.

de la survenance du mal à éviter en cas d'observation de la loi — pratique une mutilation, une castration sur un individu parfaitement sain ; on connaît peut-être le charmant récit du conteur suisse Zschokke : un Anglais contraint un médecin à lui couper la jambe, pour que la boiteuse dont il est amoureux ne lui refuse plus sa main (le consentement de la victime à la lésion corporelle n'en modifie pas le caractère criminel) ¹. Par une froide nuit d'hiver, un voyageur exténué, cherchant un abri, s'introduit dans une maison de campagne dont on lui a refusé l'entrée ². Des parents délaissant leurs enfants, leur dénûment étant tel qu'ils ne pourraient les nourrir qu'en se privant eux-mêmes de nourriture ; c'est l'histoire du Petit Poucet qui, sur ce point, n'est pas un simple produit de l'imagination populaire ³ et notre civilisation ne rend point impossibles de semblables nécessités, même au sein des grandes villes ; Ortolan en rapporte un exemple ⁴. Un affamé vole des aliments ; nous supposons une faim telle que tout retard mis à l'apaiser doive compromettre la santé et la vie ; l'âne de la fable que pousent « la faim, l'occasion, l'herbe tendre, et quelque diable aussi » n'est point en état de nécessité, si excusable soit du reste son acte. Le vol nécessaire était très fréquent au moyen âge ; nous verrons que c'est le seul cas de nécessité dont s'occupent alors les criminalistes. S'il a pour objet les dernières provisions de quelque autre affamé, il se change en homicide : ainsi entre naufragés en pleine mer, entre voyageurs traversant le désert. — Le navire qui emmène de France un condamné au

¹ A nos yeux cependant c'est un cas de légitime défense, aussi bien que le meurtre d'un agresseur qui n'attaque que dans le but de se faire tuer. V. section IV ci-dessous.

² Code belge, art. 442 : 2 ans de prison, 300 fr. d'amende ; code all., § 125.

³ Voir le droit germanique, partie I, ch. III, ci-dessous.

⁴ « *Éléments* », 4^e éd., n° 364 ; d'après « *le Droit* » du 26 janvier 1856.

bannissement naufrage et le banni retourne en France ¹; si la tempête l'y jette, il y a force majeure : nous supposons qu'il y aborde volontairement, parce qu'il s'exposerait à une mort certaine en restant en mer jusqu'au passage d'un vaisseau à destination d'un autre pays. — Quelqu'un tombe dans une réunion de conspirateurs qui, craignant qu'il ne les dénonce, le menacent de mort s'il ne se joint à eux. — Un geôlier surpris par une bande de malfaiteurs leur livre les clefs d'une cellule, voyant qu'il sera assommé s'il ne les cède pas de bonne grâce. — Celui qu'assaillent des brigands donnera sa bourse pour sauver sa vie; mais, si cette bourse appartient à autrui? ainsi un postillon, attaqué sur la grande route, livre la sacoche aux valeurs; un caissier de banque révèle le secret du coffre-fort. — Les habitants d'une maison en flammes s'enfuient dans la rue à demi-nus, dans un état de nudité complète même. — Le maître d'un chien enragé lui ouvre la porte, après avoir réussi à se protéger un instant contre ses attaques ². — J'échappe à un assassin par la fuite et jette en bas d'un escalier le tiers qui me barre le passage; il se casse un bras. — Un paysan recèle un criminel qui le menace de mort s'il ne le cache pas chez lui jusqu'à la nuit. — Un homme qui se noie dans une rivière prend pied sur un fond riverain malgré la résistance du propriétaire. — Un lion s'est échappé d'une ménagerie; les habitants de la région où il s'est retiré n'osent sortir de chez eux et l'un d'eux ne comparait pas comme juré aux assises. — Un baigneur dont on a volé les habits, et qui grelotte, s'empare du manteau d'un autre baigneur ou s'enfuit nu chez lui, sans même attendre qu'il fasse nuit noire. — Ortolan raconte avec indignation l'histoire d'un porteur d'eau rencontrant dans un es-

¹ Art. 33, C. P. 1810; cf. § 361 code allemand.

² Art. 475, 7°, 479, 2°, C. P. 1810; 556, 2°, 559, 2°, code belge; § 367, 11°, code all. Si le chien a causé la mort de quelqu'un, il y aura homicide par imprudence, volontaire même si le maître a prévu cette éventualité.

calier un homme dont les vêtements flambaient et continuant sa route sans s'émouvoir, en disant : « Si vous croyez que je vais perdre mon eau à ça » ; supposons que l'autre se fût emparé de ses seaux par la violence, qu'un individu dans la même situation gagne un canal en traversant un champ cultivé, un étang en renversant une clôture, ou cause un incendie en cherchant un moyen de salut.

A un degré d'intensité moindre, le danger qui menace la vie ne menace plus que l'*intégrité corporelle* ou la *santé*. Il en peut être ainsi, par exemple, dans le cas des vêtements en flammes, dans ceux du voyageur sans abri et du baigneur dont les habits ont été volés ; et nous arrivons par une pente insensible au danger pour l'*intégrité corporelle* seule, sans compromission quelconque de la vie : sous l'effet persuasif d'une volée de coups de bâton qui ne fait que commencer, un homme livre une chose confiée en dépôt, révèle un secret de la fabrique dont il a été ou est encore employé¹ ; l'individu sur lequel on veut pratiquer une mutilation s'échappe en blessant un tiers de bonne foi ; de même la jeune fille menacée de viol.

Ce dernier exemple nous offre une transition naturelle au danger pour la *pudeur* : le viol ne porte pas nécessairement atteinte à l'*intégrité corporelle*, mais toujours à la *pudeur*. Et, alors, des actes très divers peuvent lui être assimilés : on veut abuser d'un jeune homme, le rendre témoin, complice même d'actes ignobles, ou encore contraindre une femme à servir de modèle. Le moyen naturel d'échapper au danger est sans doute la légitime défense contre l'individu mal intentionné, mais il se peut qu'elle soit au-dessus des forces de ses victimes et que leur seule planche de salut soit la commission d'un acte dommageable à des tiers ou tout au moins illégal : ainsi la fuite d'une maison dans la rue dans un état de nudité contraire à la morale publique.

¹ Art. 309, Code belge ; cf. art. 410, C. P. 1810.

La *liberté* est aussi un bien précieux dont la sauvegarde peut nécessiter un délit, qu'on la conçoive comme non-esclavage, ou simplement comme pouvoir de disposer de nos forces physiques. En Afrique surtout, les Européens sont encore exposés à l'esclavage : menacé d'être vendu dans l'intérieur des terres, un capitaine de vaisseau livre à des pirates les marchandises qui lui ont été confiées, un pasteur allemand célèbre un mariage entre une femme déjà mariée en Allemagne et un Anglais¹ ; des noirs posent comme condition de la mise en liberté d'un blanc tombé dans une embuscade qu'il leur livre un autre blanc. Mais c'est surtout au second des sens indiqués, comme pouvoir d'exercer notre faculté de locomotion, que la liberté peut être compromise : l'individu séquestré se résout au délit qu'on exige de lui pour mettre fin à sa séquestration — il se rend coupable de faux, d'adultère, de duel, de révélation de secret², etc. —. Enfermé par A dans la chambre de B, je m'échappe en me faisant une corde de draps ou de rideaux déchirés, ou en enfonçant la porte³. Menacé d'un mauvais coup, je sors porteur d'une arme prohibée⁴, plutôt que de rester cloîtré chez moi, et je m'en sers pour tenir mon adversaire en respect. On contraint un aveugle à un délit en lui enlevant son guide, homme ou chien, dont la privation le réduit à l'immobilité. Je donne un faux nom à un fonctionnaire, le vrai devant motiver d'injustes soupçons et entraîner mon arrestation.

L'honneur ensuite — nous entendons par là soit les sentiments de dignité de l'individu, soit la considération à laquelle

¹ §§ 4, 338, Code allemand.

² Secret professionnel (avocat, médecin); secret de fabrique; employé de mont-de-piété faisant connaître le nom de déposants (459, Code belge); télégraphiste révélant le contenu d'une dépêche (450, Code belge), etc.

³ Si j'endommage la porte en voulant empêcher A de la fermer sur moi, j'use de légitime défense. Code belge, art. 231. V. p. 36 et sv.

⁴ Art. 314, C. P. 1810; ord. 23 fév. 1837 prohibant les pistolets de poche

lui donne droit sa position sociale et dont il jouit auprès d'autrui — l'honneur peut, lui aussi, tomber en état de nécessité : soupçonné d'un crime, un avocat fait diriger les poursuites contre une autre personne en révélant un secret que sa profession l'oblige à garder. On supprime¹ une lettre anonyme dont on a appris l'envoi ou une lettre qu'on a soi-même expédiée à une fausse adresse en l'enlevant de force au facteur ou en fracturant la boîte du destinataire. Je brise la vitre sur laquelle a été affiché, à l'insu du propriétaire, un écrit injurieux pour moi, que lisent les passants, ou je les maltraite pour les empêcher de lire. Ne voulant à aucun prix qu'un tiers apprenne des faits de nature à porter atteinte à l'honneur de ma famille, je le jette brutalement hors de chez moi et l'envoie rouler dans l'escalier, n'étant pas assez vigoureux pour traiter de la sorte celui qui m'insulte. Et combien souvent il arrive, en cas de chantage, que la commission d'un délit soit le seul moyen d'obtenir le silence du diffamateur !

Le danger qui menace la *propriété* peut-il justifier aussi l'impunité d'un délit ? Certainement : on se rappelle l'exemple des deux oies. Ajoutons-en quelques autres : je vais chercher mon chapeau dans le champ de blé où l'a emporté le vent ; un incendie survenant j'ouvre la porte de mon poulailler, et poules et poulets de courir les rues, contrairement aux règlements de police ; je rejette chez le voisin, à l'aide d'une perche, la torche incendiaire qu'une main criminelle a lancée sur mon toit ; pour éteindre le feu, je m'empare à l'aide d'effraction de l'extincteur de mon voisin absent ou, aidé des miens, je vais puiser de l'eau à un canal en passant et repassant à travers des terrains cultivés ou par un chemin interdit ; menacé de la destruction d'un objet qui m'est cher, je livre à autrui un autre objet qui m'a été confié en dépôt ; aubergiste, j'arrête dans sa fuite l'individu qui vient

¹ Code genevois, art. 279 ; belge, 460.

de me voler et s'échappe sur le cheval d'un de mes hôtes, en abattant la bête d'un coup de feu.

6. Faisons observer ici que la première victime de l'acte nécessaire peut être quelquefois l'auteur de cet acte lui-même. L'on s'inflige souvent un mal pour en éviter un autre plus considérable. Nous sortons presque ici des limites du droit : la plupart de ces actes seront juridiquement irrelevantes. Le suicide lui-même n'est-il pas impuni ? Mais ils peuvent prendre indirectement une signification pénale. Chacun de nos biens, à nous individus, présente quelque importance sociale ; la société ressent le contre-coup du mal que nous croyons nous infliger à nous seuls, le ressent assez vivement même en certains cas pour nous refuser la libre disposition de ces biens. C'est pour cette raison que le droit romain punissait la tentative de suicide chez le soldat ¹ ; que le code pénal allemand punit celui qui, par une lésion corporelle se rend impropre au service militaire ² : s'il s'y décide sous le coup de menaces — menaces dans les biens, ou menaces de lésions corporelles qui le rendraient impropre, sinon au service militaire, du moins à l'exercice de sa profession —, ou qu'il se la laisse infliger parce que la résistance mettrait sa vie en danger, ou encore parce qu'elle est nécessaire à la guérison d'une maladie, il agit en état de nécessité. Des simples choses même dont il est propriétaire, l'homme n'a pas toujours le droit de disposer à son gré : soit à cause de l'éventualité d'une transmission de propriété à des tiers — objets saisis, donnés en gage, etc. —, soit à cause de droits d'usage actuel d'autrui — notamment s'il s'agit de monuments ou d'autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et dont un particulier est propriétaire —, soit en raison du mode

¹ L. 6, § 7 D. de re militari (49. 16).

² § 142 : „Wer sich . . . zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder . . . untauglich machen lässt. . . .“

de destruction employé et du péril auquel il expose autrui (incendie de sa propre chose, etc.).

On voit par cette série d'exemples combien est variable le rapport d'importance entre le bien sauvegardé par l'acte et le délit dont cet acte présente les caractères extérieurs. Ils sont égaux toutes les fois que le nécessité échappe à un mal en faisant subir le même mal à autrui ; qu'il tue, par exemple, pour éviter la mort. Mais le plus souvent ils sont disproportionnés, disproportion qui peut être éclatante ; ainsi, lorsque le salut d'une personne ou la conservation d'une fortune considérable sont obtenus par la commission d'une légère contravention de police. Le lecteur pressent sans doute qu'il ne peut être question d'impunité lorsque l'infraction commise est très grave, le bien protégé de faible valeur, qu'on doit punir par exemple celui qui assassine un innocent pour éviter une perte de cent francs. Pourquoi ? et quel est le critérium du rapport d'importance à exiger pour l'impunité ? C'est ce que nous verrons plus tard.

7. Nous avons jusqu'ici laissé supposer que l'auteur de l'acte nécessaire était toujours celui-là même que menace le danger, que le mobile de cet acte n'était jamais que l'égoïsme individuel. Mais l'amour d'autrui peut jouer ici le même rôle que l'amour de soi ; il est peu d'hommes qui ne soient prêts à se sacrifier, par affection ou par devoir, à un être auquel ils sont attachés, le fils au père, l'ami à l'ami : quoi d'étonnant s'ils lui sacrifient un tiers ? En cas de naufrage, d'inondation ou d'autre désastre, celui qui se trouve du reste en sûreté aidera ses parents, ses amis à triompher de la résistance d'un tiers dont la mort est nécessaire à leur salut ; si la lutte avait lieu entre inconnus, il y assisterait sans doute d'un œil indifférent. Les menaces proférées dans le but de contraindre à un délit le seront souvent non contre l'individu à contraindre, qui se sent peut-être de taille à lutter contre le provocateur, mais contre les per-

sonnes qui lui sont chères. — Il se peut aussi qu'un simple sentiment d'humanité nous pousse à commettre un acte dommageable à un tiers pour le salut d'un inconnu : qui hésitera à enfoncer une porte pour secourir un individu dont il entend les cris de détresse ? à couper la corde d'un pendu qui respire encore, quand bien même cette corde ne lui appartient pas, et à écarter son propriétaire superstitieux, s'il veut qu'on la laisse intacte et qu'on procède autrement au sauvetage ? à entreprendre, en l'absence du médecin, une opération facile dont il est capable en violation des prescriptions sur l'exercice de l'art de guérir ? Bien qu'un règlement de police lui interdise de faire passer son char sur le trottoir, la bonne d'enfant qui voit arriver un cheval emporté l'y mettra à l'abri et y continuera sa route ; elle ne s'y réfugiera pas seule, en laissant l'enfant en danger. Rien n'est plus naturel que l'intervention d'un non-intéressé dans le conflit qu'amène la nécessité ; l'exemple suivant peut en servir de preuve : des citadins attardés dans une forêt de Thuringe entendent crier au secours et le son des voix les conduit au vieux château de Rauhenstein. A une haute fenêtre de la « Tour de la faim », ils voient deux formes humaines qui leur crient d'une voix éplorée : « sauvez-nous ! nous sommes enfermés ! » Le gardien de la tour s'en était allé à la nuit, emportant les clés à la ville sans savoir qu'il restait quelqu'un ; il fallut se résoudre à enfoncer la porte ¹.

Plus encore ! l'acte nécessaire peut être un acte de véritable dévouement. On porte secours à un individu en détresse : dans une maison incendiée, en perçant la paroi d'une chambre de la maison voisine ; dans un endroit dangereux, en violant le règlement qui en interdit le passage. Citons un cas typique — il s'agit d'un accident survenu l'an dernier près de Gstatterboden

¹ „Leipziger Nachrichten“, 14 juillet 1888 : „vom Hungerthume der Burg Rauhenstein.“

en Autriche ¹ — : la rupture d'un pont a précipité deux touristes, sur quatre, dans un abîme ; l'un a été tué sur le coup, l'autre est resté accroché à la saillie d'un roc et les deux derniers cherchent à le sauver. Ils y réussissent en lui tendant une perche arrachée de la barrière du sentier ; ils risquent eux-mêmes leur vie et tout retard aurait été fatal au malheureux sur le point de lâcher prise. A la lecture du périlleux sauvetage l'atteinte à la propriété publique, punissable en d'autres circonstances, semble une bagatelle. Peut-être n'est-elle pas punissable d'après le Code autrichien, grâce à la façon spéciale dont il a conçu l'article à appliquer ². Mais, punissable ou non, l'acte est injuste dans ses formes extérieures et cela nous suffit : la question qui nous occupe est aussi bien celle de savoir si la nécessité rend l'acte juste, d'injuste qu'il serait autrement, que celle de savoir s'il doit être puni, car une réponse affirmative à la première fait tomber la seconde, la loi ne punissant que les actes injustes. Il est vrai qu'elle ne les incrimine pas tous, surtout s'ils sont faiblement dommageables ; incrimination trop variable cependant suivant les pays, trop sujette dans chaque pays à d'incessantes fluctuations, pour que nous la prenions pour règle et laissions de côté, parce que nous nous occupons de droit criminel, les faits sans signification pénale d'après telle ou telle législation. Tout acte est digne d'attirer notre attention qui est injuste et dommageable, car il est alors virtuellement punissable (v. partie II, ch. IV, § 5 ci-dessous). Le lecteur doit songer, en présence de nos exemples, aux mêmes délits commis

¹ „Leipz. Nachrichten“, 13 juillet 1888 : „ Unglücksfall im Gesäuse.“

² Si nous ne faisons erreur, il ne punit que la „böswillige Sachbeschädigung“ et l'absence d'intention de nuire détruirait ici la criminalité. L'acte serait au contraire punissable d'après le code allemand, § 304 (le § 54 sur l'état de nécessité ne s'y appliquant pas) ; le code de 1810, art. 437 (Hélie, Pratique II, p. 551 ; à notre avis, art. 237 : « dégradation d'objets destinés à l'utilité publique ») ; le code belge, 526 ou 521 ; genevois, 203 ou 337.

dans d'autres circonstances qu'en état de nécessité, dans un autre but que le but de conservation d'un bien; qu'il suppose dans les trois exemples qui précèdent: la paroi percée par un homme qui veut voler, le sentier passé pour y cueillir une fleur, la barrière (très nécessaire peut-être à la sécurité du chemin) détruite par amusement. N'y aurait-il pas là matière à pénalité?

Le danger à éviter peut donc menacer d'autres que l'auteur, et l'auteur lui-même peut se trouver en sûreté ou en péril aussi: l'homicide de la « Mignonnette » sauve et le meurtrier et ses deux compagnons, l'un complice, l'autre spectateur indifférent du meurtre. Les personnes protégées ne sont pas nécessairement des personnes physiques: l'immeuble qu'on préserve de l'incendie appartient à une société, l'objet du vol dont on empêche la consommation sont les archives d'une association, ou — l'existence de la personne morale est alors en jeu — des titres dont la perte entraînerait sa dissolution (parce qu'ils peuvent seuls prouver, dans un procès en cours, que l'association ne poursuit pas un but illicite¹), une somme dont la perte amènerait sa faillite et conséquemment sa dissolution². L'Etat surtout peut tomber en état de nécessité dans des circonstances telles qu'un particulier en soit réduit à commettre un délit pour le sauver: je rends impossible un crime contre sa sûreté intérieure ou extérieure, soit en révélant à l'autorité l'existence d'un complot (cette révélation peut nécessiter un délit d'inaction suivant le moment où elle doit être faite, ou l'infliction d'un dommage à un innocent si quelque obstacle m'empêche d'arriver à temps³), soit en enlevant aux futurs auteurs du crime les moyens de le

¹ Code suisse des oblig., art. 716, 17. Cf. C. C. art. 1131, 1133, 1833.

² Code suisse, art. 572, 664, 709.

³ Si la non-révélation est frappée d'une peine (elle l'était par les art. 103 à 107, abrogés depuis, du Code de 1810 et l'est encore par le code allemand, § 139, qui punit celle de tout crime grave), il y a devoir d'intervention (v. p. 26).

commettre (je fais sauter le dépôt d'armes qu'ils vont piller, je mets le feu à ma maison ¹ où une des bandes armées visées par les art. 96 et 99 du code de 1810 va se retrancher), soit de toute autre façon. — Enfin, le nombre des personnes protégées peut être indéterminé; ce seront, en cas d'incendie, par exemple, tous les locataires d'une maison, tous les spectateurs d'un théâtre; en cas d'inondation, d'épidémie, tous les habitants d'une localité. Ce sera même tout le monde, autrement dit le public, le corps social; ainsi lorsqu'il s'agit d'empêcher des délits qui, comme la fausse-monnaie ou les contraventions de police, n'ont pas pour objet la personne ou les biens d'un particulier.

8. Il est spécialement un groupe de cas où la légitimité de l'intervention ne peut être l'objet d'un doute: c'est lorsque la loi en fait un devoir dont elle punit l'inobservation. Ces devoirs positifs, dont la violation constitue les délits d'inaction, et qui sont toujours imposés dans l'intérêt d'autrui, dans un intérêt social surtout, sont des plus variés: devoir de prêter le secours dont on est requis en cas d'incendie ou autres calamités ², de déclarer une naissance, de remettre un enfant trouvé à l'autorité ³, de fonctionner comme juré, de comparaître comme témoin ou accusé, de donner avis d'un projet de crime ⁴, d'écheniller son fonds, devoir de celui qui se trouve au service militaire d'une puissance étrangère de le quitter si elle déclare la guerre à son pays ⁵; devoirs résultant de la fonction ou de la profession: du geôlier, d'empêcher l'évasion d'un détenu, du pompier d'aller au feu, etc., etc. Il se peut qu'un individu ait deux de-

¹ C. P. 1810, art. 434.

² C. P. 1810, art. 475, 42^e; code all., § 360, 40^e; belge, art. 555, 5^e. Cf. code d'inst. crim., art. 34, 40-1, 406, 376.

³ Art. 55-56, 58, Code Napoléon; 346-7, C. P. 1810.

⁴ V. note 3, p. 25.

⁵ C. P. 1810, art. 75; décret du 6 avril 1809, art. 2.

voirs à remplir, dans des circonstances telles que l'accomplissement de l'un exclue celui de l'autre ; c'est le cas de conflit de devoirs bien connu des moralistes ¹ : je dois comparaitre le même jour, à la même heure, comme témoin dans une ville et comme juré dans l'autre ; comme je vais donner avis d'un projet de crime, un agent de police me somme de lui prêter secours, dans quelque circonstance d'accident ; un médecin mandé pour une opération urgente est requis de donner ses soins à un noyé qu'on vient de tirer de l'eau ; deux états en guerre appellent sous les drapeaux un individu sujet de l'un et de l'autre ; l'unique pompe d'un village a deux incendies à éteindre ; deux détenus tentent de s'évader en même temps d'une prison, l'un d'un côté, l'autre de l'autre ; dans le canton de Bâle-Ville ², un propriétaire rural chez lequel le feu a éclaté va quérir du secours, en toute hâte, laissant un passant aux prises avec son chien, bête hargneuse, qui l'a suivi ; le capitaine d'un vaisseau en détresse, chargé du transport de condamnés à la déportation, les embarque dans les chaloupes de sauvetage — c'est le devoir de tout capitaine de pourvoir au salut des passagers —, au risque de favoriser leur évasion ³.

On ne peut, du reste, parler ici de force majeure ; l'individu est contraint de choisir entre deux manières

¹ Binding le premier, dans son « Handbuch des Strafrechts » (1, 1885, p. 758-9) a rangé le conflit de devoirs sous le point de vue de l'état de nécessité ; mais, restant à la surface des choses, il ne voit pas qu'il s'y cache un conflit d'intérêts et soumet à des règles différentes les deux groupes de cas, d'où une fâcheuse complication. H. Meyer (Lehrbuch des Strafrechts, 4^e éd., 1888, p. 341) le corrige sur ce point. — Ni l'un ni l'autre ne remarquent du reste que le conflit de devoirs est un cas d'intervention.

² Polizeistrafgesetz, 1872, §§ 121 et 103.

³ L'auteur de l'« Histoire des naufrages » (t. III, p. 382-3) blâme vivement le capitaine du navire anglais l'« Amphytrite » d'avoir pris le parti contraire dans le naufrage de son vaisseau en vue de Boulogne, le 31 août 1833, et d'avoir laissé périr les 108 femmes qu'il transportait à Sydney plutôt que d'encourir la responsabilité de leur évasion.

d'agir à la fois légales et illégales, mais un choix quelconque ne saurait être impuni : excusera-t-on, par exemple, celui qui s'est abstenu de comparaître comme témoin dans un procès criminel, parce que, en obéissance à un arrêté spécial, il était occupé à la destruction des hannetons qui infestent son fonds ? L'inaction complète serait naturellement plus coupable encore.

D'une manière générale, l'accomplissement d'un devoir peut nécessiter la commission d'un délit : pour atteindre le criminel qu'il doit arrêter, l'agent porteur d'un mandat enfonce une porte, renverse une clôture, ou s'empare de force du cheval et de la voiture d'un particulier ; un corps de troupes, qui doit se rendre en toute hâte en un lieu donné et trouve la route impraticable, passe à travers des terrains cultivés ; pour arriver à temps sur le lieu d'un incendie, une pompe traverse au grand trot de ses chevaux une rue où est interdite toute allure autre que le pas, etc., etc.

9. Tous les genres de cas de nécessité relevant du droit pénal ont-ils bien été passés en revue ? Non, point encore ! Nous avons parlé d'abord de ceux où l'auteur de l'acte nécessaire agit dans son intérêt propre, puis de ceux où, dans l'intérêt d'autrui, il porte préjudice à une tierce personne.

Un cas curieux, celui de l'embryotomie, nous offre une transition à un nouveau groupe d'actes nécessaires : un chirurgien détruit un enfant dans le sein d'une femme, dont la délivrance nécessiterait une opération qui compromettrait sa vie (opération césarienne), l'étroitesse du bassin rendant impossible l'accouchement par les voies normales. Il anéantit un être distinct de la mère, auquel la loi reconnaît des droits et qu'elle protège spécialement par les dispositions qu'ont trait à l'avortement ; mais il y a aussi, comme dans toute opération chirurgicale, atteinte à l'intégrité corporelle de la personne opérée.

On voit que l'acte nécessaire peut avoir pour effet le salut et la lésion d'un seul et même individu; cette identité de personne entre le sauvé et le lésé se rencontrait déjà dans l'exemple donné plus haut d'évasion de deux détenus: le service que rend à la société le geôlier qui en arrête un dans sa fuite a pour contre-partie le danger public causé par l'évasion de l'autre. Autre exemple: la destruction de plans de fortifications, arsenaux ou ports pour en empêcher la communication à l'ennemi¹. Le même phénomène peut se présenter dans les rapports entre particuliers: on usera de violence envers celui qui veut se suicider pour qu'il ne se jette pas à l'eau, pour lui arracher l'arme dont il veut se servir, on le séquestrera jusqu'à ce qu'il se soit assagi, on enfoncera la porte de sa chambre, où il s'asphyxie. Le médecin n'hésitera pas à entreprendre de force la guérison d'un malade qui veut se laisser mourir, dût-il recourir à un remède dont l'application entraînera quelque infirmité durable, opérer, je suppose, une amputation. Il faut également faire rentrer ici certains cas délicats d'assistance au suicide et de meurtre de consentants: ainsi d'une femme qui préfère la mort au déshonneur. — Les pompiers qui inonderont la maison qu'ils veulent préserver de l'incendie, enfonceront la devanture d'un magasin d'où sort de la fumée, pour arriver jusqu'au feu. Le code allemand (§ 370. 6^o) punit celui qui donne à manger au bétail des choses appartenant à son propriétaire, mais contre son gré; que décider si, au moment de l'acte, le bétail allait crever de faim, et que le propriétaire, ne voulant pas reconnaître le service rendu, porte plainte contre l'agent, auquel il avait défendu de se mêler de la nourriture du bétail?

10. Tout le cycle des cas de nécessité est maintenant parcouru; nous aurions pu du reste multiplier les exemples. Plus

¹ C. P. 1810, art. 81-2, 173; code all. §§ 90. 4^o, 92. 1^o, 304.

d'un de nos lecteurs, sans doute — nous songeons aux criminalistes auxquels leur théorie d'impunité fait trop étroitement envisager la question — déclarera injustifiée cette assimilation de tant de faits les uns aux autres. Mais de quel droit? Nous ne prétendons pas les assimiler absolument, leur attribuer à tous la même signification juridique; ne comportent-ils pas des différences individuelles? Nous voulons dire seulement que, présentant le même caractère essentiel, ils doivent être soumis au même principe; si, cependant, ce caractère peut être un motif suffisant à une règle de droit spéciale, question que nous n'avons voulu jusqu'ici que poser, sans la résoudre encore, et dont la solution est précisément le but de cet ouvrage.

De notre exposé de faits ressort clairement et d'elle-même la notion de l'état de nécessité en droit pénal; nous pouvons le définir :

Un état de choses tel que la sauvegarde d'un bien nécessite la commission d'un acte en lui-même délictueux;

« en lui-même », c'est-à-dire abstraction faite des circonstances spéciales qui l'accompagnent et qui peuvent fort bien le dépouiller de tout caractère délictueux, comme, par exemple, l'attaque injuste le fait de l'acte de légitime défense, qui présente lui aussi tous les caractères extérieurs d'une infraction à la loi pénale. Quant aux biens sauvegardés, nous en avons donné un aperçu en nous conformant à la classification usuelle; nous avons distingué la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, la pudeur, la propriété — dans laquelle il faut comprendre tous les intérêts pecuniaires —, puis les intérêts intiment variés de la société, dans l'énumération desquels il aurait été oiseux d'entrer. Aux mots « la sauvegarde d'un bien », nous aurions pu ajouter « l'accomplissement d'un devoir », mais l'adjonction eût été superflue, les devoirs que nous impose la loi ayant toujours pour objet la conservation d'un bien individuel ou la sauvegarde d'un intérêt social.

Cette notion de l'état de nécessité est toute moderne. Nous verrons dans notre partie historique avec quelle lenteur elle s'est développée, mais aussi avec quelle force irrésistible. A mesure qu'elle s'est élargie ont dû se modifier les théories d'impunité des criminalistes. Ce développement parallèle des théories et de la reconnaissance des faits — la notion de l'état de nécessité n'est qu'une généralisation de faits — n'emporte-t-il pas une sérieuse présomption de vérité en faveur des théories modernes? Elles apparaissent comme le terme nécessaire d'une pénible évolution.

III

11. On sait maintenant ce qu'est l'état de nécessité en droit pénal : il présente ce trait caractéristique que la conservation d'un bien y nécessite un acte en lui-même délictueux. Mais celui qui tue un agresseur injuste pour échapper à ses coups commet un acte en lui-même délictueux, qui ne reste impuni que s'il est nécessaire à la conservation de l'agent. L'état de légitime défense est donc un état de nécessité.

Nous tenons cependant à les distinguer l'un de l'autre ; de l'acte de légitime défense, nous ne nous occuperons qu'accessoirement, parce qu'il doit au fait de l'attaque injuste un caractère de justice — le qualificatif de « légitime » en témoigne — auquel ne peut prétendre l'acte nécessaire proprement dit. Ces actes sont d'une essence différente, ce dont suffit à convaincre un coup-d'œil jeté sur l'histoire du droit : tandis qu'aujourd'hui encore la signification juridique de l'état de nécessité — au sens étroit du mot — n'est qu'imparfaitement reconnue, celle de la légitime défense l'a été de tout temps et l'on en a pu dire qu'elle n'avait pas d'histoire¹. Cicéron en parle déjà comme d'une loi fondée dans la nature des choses « non scripta, sed nata lex,

¹ Geib, Lehrbuch, II, § 91.

quam ex natura ipsa arripimus »¹ ; et c'est là une incontestable vérité :

12. Toute existence est un combat ; l'être vivant ne vit qu'au prix d'une lutte incessante contre les facteurs de destruction. Tout en bas de l'échelle des êtres animés, dans le règne végétal, ce n'est encore qu'une innocente lutte ; la plante se borne à prendre au monde inorganique ce dont elle a besoin et ne fait souffrir les autres qu'indirectement, s'ils en ont besoin eux-mêmes. Privée de mouvement, elle est incapable d'une défense directe contre l'ennemi. Mais sur les confins du règne végétal et du règne animal apparaît, en même temps que la faculté de se mouvoir, celle de réagir contre l'attaque : le protoplasme informe du fond des mers répond déjà à l'attouchement par un mouvement défensif de contraction suivi d'un retour offensif à sa position première. A mesure que nous approchons des animaux supérieurs, nous voyons la réaction devenir plus énergique, plus efficace et plus consciente d'elle-même. Elle est du reste plus qu'une défense : hors de danger, l'animal combat encore, et pare aux dangers futurs par l'anéantissement de celui qui l'attaquait et ne l'attaque plus ; elle va donc plus loin que ne l'exige l'intérêt actuel de l'animal, elle présente le caractère d'une peine. Et l'instinct de conservation qui en est la source — autre point commun avec la peine — ne se met pas seulement au service de l'individu ; il se met au service de l'espèce : l'animal défend ses petits avec le même acharnement qu'il mettrait à se défendre lui-même, et souvent les adultes se défendent entre eux. Puis, arrivant à l'homme, nous voyons, à l'origine des sociétés comme chez l'animal, la défense et la peine se confondre ; le droit de vengeance les comprend l'une et l'autre, réaction contre l'attaque moins personnelle encore que chez

¹ Pro Milone, c. 4.

l'animal : c'est la famille, la tribu qui se vengent, plutôt que l'individu. Plus tard enfin, lorsque le pouvoir social consolidé prétend exercer seul le rôle de justicier, parce que rendue par un intéressé forcément partial la justice devient injuste, la légitime défense et la peine se séparent ; l'Etat ne prend exclusivement en main que la justice pénale, il reconnaît aux individus un droit de défense personnelle et réciproque. Mais il le leur reconnaît pour les mêmes raisons qui le font se réserver à lui seul le droit de punir ; parce que l'existence de la société l'exige, parce qu'en pourvoyant à son propre salut ou à celui d'autres individus, l'individu pourvoit au salut de la société tout entière.

En effet, la société serait impossible si des règles de droit ne bridait les volontés individuelles ; mais ce n'est pas comme idéal, comme désir vague des consciences, comme vain commandement d'une loi méprisée, que le droit est une condition de la vie sociale, c'est comme ordre de choses effectivement réalisé. Le droit ne doit point rester à l'état virtuel — le droit naturel qui n'est pas en même temps un droit positif n'est pas un droit, ce n'en est que le souvenir ou la promesse —, il doit devenir réalité, il faut qu'il façonne le monde à son image. En un mot il doit vivre et, pour vivre, lutter ; et il lutte, étant animé comme tous ses congénères les êtres vivants de l'instinct de conservation. Son ennemi c'est surtout le délit et il lui faut le combattre sans relâche, avant, pendant et après sa commission. Mais qui ne voit qu'à lui seul le pouvoir social est impuissant à lutter efficacement pour le droit ? Il peut se réserver la punition des coupables, parce qu'elle suppose leur arrestation qui donne au tribunal le loisir de juger ; mais la police, son organe, trop souvent incapable de découvrir et d'arrêter les auteurs des crimes accomplis — c'est pour cela que la loi autorise les particuliers à les arrêter en cas de flagrant délit — est presque régulièrement incapable d'empêcher le crime en voie d'exécution. Elle ne peut guère que prendre des mesures générales de

précaution ; ce serait folie que de la vouloir partout présente.

L'Etat ne peut donc remplir sa mission de défenseur du droit sans recourir à l'assistance des individus, qui sont, en fait, les défenseurs naturels des biens qu'ils possèdent, qu'il s'agisse de biens ne faisant qu'un avec eux, comme la vie, ou de simples choses, dans le voisinage desquelles ils se trouvent toujours plus, ou moins, à la sécurité desquelles ils pourvoient d'eux-mêmes, y étant plus que personne intéressés. Aussi l'Etat leur permet-il de se défendre entre eux contre toute attaque injuste, d'obliger l'agresseur à respecter la loi en lui infligeant, si besoin est, le plus grave des maux ; si besoin est ! parce que le mal fait à l'agresseur est toujours un mal que la société, dont l'agresseur reste membre, ne peut se résoudre à approuver que s'il est nécessaire. Il leur ferait même un devoir de cette défense, s'il ne savait que l'instinct de conservation suffira à les y pousser. — Il faut remarquer en outre que l'exercice de la légitime défense est une source de dangers sérieux pour le délinquant et que la crainte de ce péril est aussi propre à retenir sur le penchant du crime que la crainte de la peine elle-même.

La nécessité sociale du respect du droit est donc la source commune de la légitime défense et de la peine ; c'est pour cela qu'on n'a jamais nié le droit de l'Etat à punir, le droit de l'individu à se défendre contre une injuste agression. On n'en peut dire autant de l'acte nécessaire proprement dit : ce n'est pas aux dépens de celui qui va causer injustement sa perte qu'il sauve un bien, c'est aux dépens d'un innocent. Nous avons donc raison de le distinguer absolument de l'acte de légitime défense.

IV

13. Et cependant, d'autre part, la théorie de la légitime défense et celle de l'état de nécessité dépendent étroitement l'une de l'autre. La première ne peut être complète et solide que si elle

repose sur la seconde. En effet, en tant qu'indispensable à la conservation d'un bien, l'acte de défense est un acte nécessaire, et cela seul suffirait à lui assurer l'impunité ; l'individu injustement assailli doit jouir de toutes les prérogatives que confère la nécessité — certains auteurs ne lui en reconnaissent même pas d'autres — et c'est seulement un surplus de prérogatives que le fait de l'attaque injuste lui confère vis-à-vis de l'agresseur. Il faut donc savoir, pour déterminer exactement ses droits, à quoi s'ajoute ce surplus. On a généralement le tort de trop séparer les deux théories : l'état de légitime défense n'est qu'un *état de nécessité privilégié*. — Mais, inversement, nous ne pouvons étudier l'état de nécessité sans nous être fait une idée claire de la légitime défense ; car, si cette dernière est un état de nécessité privilégié, comment en distinguer les cas de nécessité proprement dits sans la connaissance des caractères spéciaux qui les transforment en cas de légitime défense ?

La grande famille des cas de nécessité se divise en deux branches principales ; il nous importe d'opérer dès maintenant leur séparation, non seulement pour délimiter exactement notre champ d'études, mais aussi pour que nous nous gardions de nous appuyer sur des exemples de légitime défense pour prouver que l'acte nécessaire doit rester impuni. On l'a fait souvent. L'évidence d'un fait est, sans doute, le meilleur des arguments ; mais tout au moins faut-il que le fait allégué soit ce qu'on le dit être.

14. Quels sont donc les caractères spéciaux qui distinguent la légitime défense, état de nécessité privilégié, du simple état de nécessité ¹ ? L'analyse du cas-type de légitime défense, l'ho-

¹ La différenciation de la légitime défense et de l'état de nécessité, question que les législations laissent irrésolue et qui présente une grande importance pratique, est le sujet de vives controverses. Nous nous contentons, dans cette introduction, d'exposer nos idées, nouvelles à certains

micide d'un agresseur injuste, nous en fait découvrir deux, dont nous établirons plus tard la portée juridique, qui nous semble du reste évidente, par la discussion des objections possibles.

a. Nous avons vu que le meurtre de l'agresseur injuste est un acte de défense du droit ; il empêche une atteinte au droit en mettant hors d'état de nuire celui qui va s'en rendre auteur. C'est là l'acte de légitime défense. Mais si, incapables de mettre l'agresseur hors d'état de nuire, nous lui échappons par la fuite et que pour nous frayer un passage, nous jetions un tiers en bas d'un escalier, où il s'assomme, nous n'usons plus là de légitime défense ; nous commettons un simple acte nécessaire (ce mot pris au sens étroit). Dans les deux cas, le danger à éviter avait la même source : l'agression injuste d'un homme ; dans les deux cas, l'acte commis a eu pour but le salut de notre vie. Mais les deux actes ont pris une direction différente ; l'acte de légitime défense seul est précisément dirigé contre l'être qui nous menaçait d'un mal. Nous allons trouver là une base solide à une division des actes par lesquels nous protégeons nos personnes et nos biens — des actes nécessaires (au sens large) — en deux grands groupes, le groupe des actes de légitime défense et le groupe des actes nécessaires (au sens étroit).

Ce qui constitue l'état de nécessité au sens large du mot, c'est la présence d'un danger, autrement dit l'imminence d'un mal, mal qui doit ne pas être juste — il ne peut être question d'état de nécessité motivant l'impunité lorsque ce mal est voulu par la loi, lorsqu'elle impose à l'individu le devoir de s'y soumettre, qu'elle veut, par exemple, que ses biens soient saisis, qu'il soit frappé d'une peine —. De ce mal, l'homme cherche

égards — personne n'admet de nos jours la légitime défense contre les choses —, sans discuter celles d'autrui ; la plupart des auteurs voient de simples cas de nécessité dans un grand nombre des exemples de légitime défense que nous allons donner, même dans la lésion du fou ou de l'animal dont on est attaqué.

instinctivement à se préserver, ce que la loi ne lui interdit pas en principe, puisque ce n'est pas elle qui en veut l'infliction. Or, deux moyens de salut essentiellement différents s'offrent à lui : le plus naturel, c'est la lutte directe contre le danger, en mettant hors d'état de nuire l'être qui attaque, qui va causer le mal¹ ; c'est en cela que consiste la légitime défense.

Cet être n'est pas nécessairement un homme conscient de ses actes ; ce peut être aussi bien un homme ne sachant ce qu'il fait — cavalier qui ne voit pas que son cheval va fouler un enfant aux pieds, fou furieux qui se jette sur nous —, ou un animal — chien hargneux qui veut nous mordre, taureau qui fond sur nous, chat emportant une volaille —, ou même de simples choses, objets de propriété — bateau qui s'en va à la dérive, maison qui menace de s'écrouler, canne plombée brandie par un adversaire dont nous ririons s'il n'eut pour armes que ses poings — ; ce peuvent être enfin des choses sans maître, comme les éléments — air, eau, feu, etc. — qui, déchainés, atteignent la plus effrayante puissance de destruction. La légitime défense consistera donc à les mettre hors d'état de nuire : à terrasser et nous rendre maîtres de l'homme ou de la bête qui nous attaquent, à les enfermer, les blesser, les tuer même s'il en faut venir à cette extrémité ; à détruire l'arme dont se sert l'agresseur — arracher de ses mains et jeter à l'eau le pistolet dont il va presser la détente, briser l'objet qui lui sert de massue, fût-ce même un vase précieux appartenant à un tiers — et d'une manière générale la chose qui doit nous nuire², à dompter les

¹ Nous nous gardons bien de dire « ce qui est cause du danger ». En pratique, « cause » est synonyme de « condition » et, dans beaucoup de cas de nécessité qui n'ont rien de la légitime défense, l'existence du lésé est condition (cause) du danger. Ainsi, lorsqu'un tiers nous contraint par des menaces à faire du mal à autrui, l'existence d'autrui est cause première et condition du danger ; qu'autrui disparaisse et les menaces tomberont.

² Le cas s'en présente rarement, par suite de l'immobilité naturelle aux choses inanimées, mais il peut se présenter : on repousse en l'endomma-

éléments déchainés ou sur le point de se déchaîner : nous éteindrions le feu, nous élèverons une digue contre les flots, un rempart contre le vent, nous détournerons la foudre à l'aide du paratonnerre, l'eau du ciel avec un parapluie ! Sans doute ces derniers actes sont dépourvus de toute portée juridique, en tant que dirigés contre de simples forces naturelles, *res nullius* parce qu'elles sont insaisissables ; mais s'ils en présentaient une, ils seraient légitimes, et non illégitimes. C'est en ce sens que nous pouvons les dire actes non seulement de défense, mais de légitime défense.

Il faut faire observer d'ailleurs qu'au point de vue juridique, l'homme cause un mal en restant inactif, s'il a le devoir d'agir : c'est ainsi qu'une femme cause la mort de son nouveau-né en négligeant de l'allaiter¹. C'est donc légitimement défendre l'enfant que contraindre la mère à l'allaitement, par la force brutale ou de toute autre façon — ainsi en la séquestrant et lui refusant toute nourriture tant qu'elle en refuse elle-même au nourrisson — ; de même, le soldat blessé menaçant de son revolver le médecin militaire qui ne veut pas le panser, ne fait que se défendre. Au point de vue du droit, c'est-à-dire de ce qui doit être, dans l'ordre normal des choses, l'enfant ni le soldat ne sont en

geant le bateau qui va heurter les piles d'un pont ou un autre bateau, on démolit la maison voisine abandonnée, qui menace ruine, pour ne pas être obligé de vider les lieux. Exemple curieux : Un photographe brise la lampe avec laquelle un tiers va méchamment s'introduire dans son cabinet noir. Si, au contraire, le tiers apportait les plaques à la lumière, briser la lampe ne serait plus un acte de légitime défense.

¹ C'est la question, fameuse en Allemagne, des « delicta per omissionem commissa » ; von Liszt qualifie justement la discussion de « einer der unfruchtbarsten Streite, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat » (Lehrbuch, 1888), mais il faut reconnaître qu'il n'en est pas de plus attrayante. La solution la plus simple est celle de Wach (prof. à Leipzig ; résumé du cours de 1887-8, p. 57-8), assimilant la cause à la condition — c'est l'opinion commune — et distinguant la condition positive et la condition négative.

danger; ils ne le sont que parce que d'autres se conduisent illégalement; le danger ne naît que de la violation du droit.

Mais il se peut que cette défense directe, uniquement dirigée contre l'agresseur, soit au-dessus des forces de l'assailli; elle le sera le plus souvent lorsque la menace provient des éléments déchainés, dont la violence se joue de la résistance individuelle. C'est alors qu'il tombera en état de nécessité.

Il se peut d'abord qu'il ne puisse mettre l'être qui l'attaque hors d'état de nuire qu'en nuisant lui-même à un tiers: il se procurera une arme en usant de violence envers celui qui s'en trouve porteur, en arrachant un bâton d'une clôture, en enfonçant une porte de grange pour y saisir une faux; il dirigera contre l'agresseur un coup qui risque d'atteindre un tiers placé dans la même direction, qui doit même certainement l'atteindre — fusil chargé à grenaille —; le tir même d'armes à feu pourra être prohibé¹; ou bien il jettera par la fenêtre, au mépris des règlements de police, le pistolet chargé enlevé au fou qui le menace; peut-être aussi que l'arme, se déchargeant d'elle-même en heurtant le sol, blessera un passant, etc. etc. Pour endiguer la rivière, nous prendrons des matériaux appartenant à autrui; pour calmer les flots, le capitaine d'un navire dont la provision d'huile est épuisée — on connaît la curieuse propriété de ce liquide — défoncera les tonneaux dont le transport lui a été confié; nous nous protégerons contre la pluie avec un parapluie enlevé à autrui. Quant à la lutte contre l'incendie, l'impuissance de l'individu laissé à lui-même est fait d'expérience et c'est pour cela que, même en l'absence de danger public — lorsque c'est une maison isolée qui brûle —, ses concitoyens lui porteront d'eux-mêmes secours; mais nous avons montré par quelques exemples que le propriétaire de l'immeuble n'en pouvait

¹ Cf. Cass. 28 juillet 1855, n° 269, rapporté par Blanche, 2^e Etude, p. 366: un propriétaire tue d'un coup de fusil une poule qui s'est introduite dans son jardin; le tribunal de police l'acquitte, la Cour casse le jugement.

pas moins être réduit à des actes préjudiciables à autrui, que l'organisation même des secours par les pompiers pouvait les nécessiter. — Dans le cas de conflit de devoirs (p. 26-8), la légitime défense n'est jamais possible qu'au prix d'un acte nécessaire : un seul individu se trouve alors dans l'obligation d'empêcher à la fois deux maux (l'unique pompe d'un village a deux incendies à éteindre), d'accomplir deux actes de légitime défense ; il n'en accomplit qu'un et, négligeant l'autre, cause un mal par inaction.

Il se peut ensuite que mettre notre ennemi — homme, animal ou chose — hors d'état de nuire nous soit absolument impossible, quoi que nous fassions ; nous nous déroberons alors à l'attaque, ou nous bornerons à en détourner les effets : nous fuirons, nous frayant un passage aux dépens d'un tiers — incendie de théâtre —, ou à l'aide du cheval ou de la voiture d'autrui — d'une personne attaquée comme nous, peut-être, que nous laisserons exposée aux coups — ; le fait même de fuir peut nécessiter un délit d'omission ¹. Nous nous ferons un rempart d'une personne présente qui recevra le coup mortel ². L'homme qui se noie s'accrochera à une embarcation qui passe et la fera chavirer avec les personnes qu'elle porte ; l'affamé volera un pain pour apaiser sa faim ³.

En résumé, ce n'est pas par la cause du danger que se dis-

¹ A cet égard, il faut assimiler à la fuite le fait de rester chez soi pour ne pas s'exposer au danger (exemple du lion échappé d'une ménagerie, p. 17).

² Exemple aimé des vieux auteurs. Cf. arrêt du Parlement de Paris cité par Papon (liv. 22, tit. 5, n° 5 ; Jousse, Justice criminelle, 1771, III, p. 508).

³ Ici l'agresseur ne fait qu'un avec l'assailli et ne pourrait être anéanti qu'avec lui : c'est la loi même de la vie, qui veut que l'inévitable dépense de force qui se produit dans l'être vivant soit réparée par l'alimentation. L'affamé sans aliments est dans une situation analogue à celle d'un homme qui ne pourrait éteindre ses vêtements en flammes qu'en se jetant dans une eau profonde où il se noierait, d'un malade qu'un remède mortel peut seul guérir d'une maladie mortelle.

tinguent l'acte de légitime défense et l'acte nécessaire proprement dit ; c'est par la manière dont ce danger est écarté. Le premier met hors d'état de nuire ce qui va causer le dommage injuste — homme, animal ou chose — et est en ce sens un acte de défense du droit, d'où son caractère de justice ; le second s'en prend à autre chose. On pourrait dire — la différenciation n'est pas absolument exacte — que la légitime défense est une *contre-attaque* (si elle reste strictement défensive, et ne fait aucun mal à l'agresseur, elle ne relève pas du droit pénal), l'acte nécessaire une pure *attaque*. Il se peut du reste fort bien que le même acte soit à la fois attaque et contre-attaque : ainsi le coup qui atteint et l'agresseur et un tiers innocent. Faisons observer enfin que si l'état de nécessité et l'état de légitime défense ont les mêmes causes, ce dernier naît en fait le plus souvent de l'attaque d'hommes ou d'animaux, parce que les simples choses n'attaquent guère, et que la défense contre les forces naturelles est un acte juridiquement irrelevant ; tandis que le premier naît aussi fréquemment de ces dernières causes que des premières. Un cas de nécessité à relever — on l'a souvent expressément distingué des autres —, c'est celui où le danger naît de menaces proférées dans le but de contraindre à un délit ; nous en avons donné de nombreux exemples, en supposant chez le provocateur le dessein d'exécuter les menaces, si l'on refuse d'y obtempérer. Le danger serait sans cela purement imaginaire.

15. *b.* L'homicide de l'agresseur injuste présente encore un autre caractère particulier : l'attaque qu'il rend vaine constitue une tentative de crime, dont la consommation, certaine si cela n'eût dépendu que de l'agresseur, l'aurait rendu passible d'une peine (selon les cas de la peine de mort) ; aussi chacun s'écrierait-il, s'il est tué par l'homme qu'il voulait tuer : « Il l'a bien mérité ! » Ce n'est pas à l'individu assailli, sans doute, qu'il appartient d'infliger une peine, et, en fait, ce n'est jamais le but de

sa défense ; il songe à se sauver, non à jouer le rôle de justicier. Mais l'Etat ne peut s'empêcher de prendre après coup cette circonstance en considération. Elle ne se présente que lorsque l'agresseur est un homme susceptible d'être puni, c'est-à-dire agissant avec discernement et liberté ; non plus lorsque c'est un fou, un enfant ou un animal. Elle peut se présenter, par contre, dans des cas où celui qu'atteint l'acte nécessaire n'est point un agresseur, n'est point l'agent qui va causer le mal injuste à éviter ; j'échappe aux coups d'un assassin en lui présentant comme bouclier l'individu qui m'a attiré dans le guet-apens. Cet individu a accompli jusqu'au bout sa tâche ; en le blessant, je ne me défends pas contre lui ; mais c'est par sa faute qu'a été amené l'état de nécessité où je me trouve, et je lui fais supporter les conséquences de cette faute. De même si, dans une bagarre de théâtre, je me fraye un passage aux dépens de celui qui a imprudemment crié au feu ; si, pour sauver un homme qui se noie, je m'empare, à l'aide de violences, du bateau de celui qui l'a jeté à l'eau et, naturellement, veut m'empêcher de le secourir ; si, poursuivi par un animal furieux, je me réfugie dans un enclos dont je ferme aussitôt derrière moi la porte trouvée ouverte, de peur qu'il n'y pénètre, laissant exposée à ses attaques la personne qui l'a imprudemment ou méchamment excité ; si l'individu auquel j'arrache la planche de salut — qui peut être ici une torche de sauvetage ! — fait chavirer l'embarcation que nous montions tous deux, dans le dessein de me noyer, ou même par une simple imprudence dont je le priais de s'abstenir. Dans tous ces cas, on peut nier qu'il y ait légitime défense, parce que l'individu lésé n'est certainement plus agresseur au moment de la lésion ; mais ce n'en sont pas moins des cas de nécessité privilégiés, sinon au même degré que les actes de légitime défense, du moins pour une des mêmes raisons.

16. Réunissant en une seule définition les deux caractères

spéciaux de l'acte de *légitime défense*, nous désignerons de ce nom l'acte nécessaire qui lèse l'auteur du danger, c'est-à-dire soit l'agent — homme, animal ou chose — qui, actuellement, par sa manière d'être, menace lui-même d'une lésion (qui attaque), soit l'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité. Nous réserverons le nom d'acte nécessaire tout court à ceux des actes nécessaires qui ne présentent aucun de ces deux caractères; c'est à leur étude qu'est essentiellement consacré ce livre.

V

17. Notre sujet d'étude est exposé et circonscrit; il nous reste à justifier la dénomination que nous lui avons donnée. Le terme d'« état de nécessité » est en effet nouveau; dans la langue juridique française de notre siècle du moins car il n'est que la traduction du latin « *necessitas* » et de l'allemand « *Notstand* », dont les italiens ont fait « *stato di necessità* », et, en France même, les criminalistes du siècle dernier — Muyart de Vouglans ¹, Jousse ² et autres — se servaient déjà du mot de « nécessité ». Nous voudrions que la science française l'adoptât ³. Elle se sert aujourd'hui d'un terme inexact et in-

¹ *Institutes au droit criminel*, 1757, p. 353: « Pareillement, lorsqu'on prend par nécessité et uniquement pour s'empêcher de mourir de faim, on ne tombe point dans le crime de vol. »

² *Traité de la just. crim.*, 1771, IV, p. 256: « la nécessité excuse aussi le vol »; III, p. 508: « par la nécessité de son salut ». Les auteurs du temps parlent aussi de nécessité dans le cas de légitime défense; v. en particulier Rousseau de la Combe, *Traité des matières crim.*, 6^e éd., 1751, p. 103: « De l'homicide nécessaire. »

³ M. R. Garraud, professeur à Lyon, dans son « *Traité théorique et pratique* » récemment publié — ouvrage de valeur, dont nous sommes heureux de saluer en passant l'apparition — parle déjà de nécessité tout en maintenant la rubrique de « *contrainte morale* » (I, 1888, p. 371, 373), et mentionne le terme italien de « *stato di necessità*. » Mais il prend ce mot

suffisant à tous égards, celui de « *contrainte morale* » : aux yeux des criminalistes français et belges, qui prétendent s'appuyer sur un article de leurs codes, la crainte d'un mal opprime la liberté ; l'homme qui agit sous la pression d'une menace, menace de mort surtout, est entraîné à l'acte avec une force irrésistible et c'est à ce titre qu'il doit rester impuni. Théorie singulièrement hasardée ¹, et qui ne peut s'appliquer, quelque complaisance qu'on y mette, qu'à une faible partie des cas par nous énumérés. Ce terme de *contrainte morale*, confond donc « l'acte à désigner, fait constant auquel les théories ne peuvent rien changer, et son motif d'impunité, sujet des plus vives controverses. — Le terme d'« *attaque légitimée* », proposé par M. A. Gautier, professeur à l'Université de Genève, et qui ferait symétrie à celui de « *légitime défense* », présente le même inconvénient : il laisse entendre que l'acte est « *légitime* », opinion très discutable. Il ne faut pas préjuger la question à résoudre : c'est pour cela que nous ne disons pas nous-mêmes « *délit de nécessité* », mais bien « *acte nécessaire* ». Et, d'ailleurs, tous les actes nécessaires ne prennent pas la forme d'une attaque ; ainsi les délits d'inaction et la grande majorité des contraventions de police. — Le terme d'« *état de nécessité* », au contraire, donne l'idée d'un simple état de choses, sans préjuger les règles de droit auxquelles il doit être soumis.

Puis il met en lumière le trait caractéristique des actes dont il s'agit, leur caractère de *nécessité*. Le lecteur se récriera peut-être. « Ces actes ne sont pas nécessaires — dira-t-il — ; ils sont délictueux et commettre un délit ne saurait être une nécessité ».

dans un autre sens que nous ; c'en est, sinon le sens philosophique, du moins le sens absolu et un peu vague de « ce qui s'impose irrémissiblement » (Littré, au mot « *Nécessité* » 2^o). Et il ne l'applique pas aux cas où le danger provient de menaces, suivant l'exemple de la science allemande de la première moitié de notre siècle et du code allemand actuel. Cf. Ortolan, *Éléments*, 1874, n. 363.

¹ V. partie II, ch. I, ci-dessous.

Cercle vicieux ! ces actes ont certainement la forme extérieure de délits, tout comme le meurtre que perpète un bourreau ; mais l'opinion commune n'y voit pas de délits. Et nier leur nécessité, c'est méconnaître le sens que donne à ce mot le langage de tous les jours. Il n'est pas difficile de montrer l'analogie frappante de ce que nous appelons « cas de nécessité », en droit pénal, et des nombreux cas où, dans la vie ordinaire, nous parlons tous de « nécessité ».

18. Quand nous parlons de nécessité, nous ne prenons guère ce mot au sens absolu qu'il revêt en philosophie : le savant oppose la nécessité à la liberté ; c'est pour lui « ce qui fait qu'une chose ne peut pas ne pas être »¹, que, par exemple, la pierre abandonnée à elle-même tombe, que deux et deux font quatre. Le sens vulgaire est, au contraire, tout relatif : la nécessité est la qualité de ce qui est nécessaire, c'est-à-dire de « ce qui doit être pour que quelque (autre) chose soit ou se fasse »². Quand nous disons : « Votre présence à cette réunion est d'une absolue nécessité », « la nécessité était venue de s'expliquer » ; quand nous parlons de la nécessité de boire ou de manger, de prendre un remède, nous ne prétendons point que le contraire ne pourrait pas être. Nous pouvons ne pas manger et nous laisser mourir de faim ; mais ce sacrifice de la vie apparaît si absurde dans l'ordre naturel des choses que nous parlons de la nécessité de manger comme d'une nécessité absolue, sans faire entendre qu'elle dépend de la volonté de vivre. En qualifiant un acte de « nécessaire » — et de même par l'emploi des mots « il faut » — nous voulons seulement dire qu'il est commandé par une raison majeure, qu'il faut y recourir pour assurer un résultat que, par motif d'intérêt ou autre, nous jugeons devoir assurer. Ce n'est

¹ Littré, Dictionnaire de la langue française au mot « nécessité » 3°.

² Littré, au mot « nécessaire », 1°. Cf. Bescherelle, Dict. nat. : « Nécessaire. Dont on ne peut se passer, dont on a absolument besoin pour quelque fin. »

pas en lui-même qu'il est nécessaire, c'est en tant que moyen à une fin. C'est pourquoi il n'est rien qui soit toujours et partout nécessaire ; la nécessité d'aujourd'hui cédera demain le pas à d'autres nécessités : un professeur va partir pour son cours ; survient un visiteur ; il s'excuse de ne pas le recevoir, alléguant qu'il est dans la nécessité de sortir. Le lendemain, son fils meurt : il ne donnera pas son cours, en vertu d'une autre nécessité. — De même en droit pénal, lorsque nous parlons de nécessité, nous ne songeons aucunement à parler d'impossibilité : le naufragé pourrait s'abandonner aux flots plutôt que de causer la mort de son compagnon ; et il le fera si ce dernier est ~~un~~ ^{un} fils ou un ami. Celui qui va chercher son chapeau dans un champ de blé pourrait s'en aller nu-tête, au risque d'un refroidissement ; que, dans une partie de bateau, il tombe à l'eau, lui bon nageur, et il secourra son ami qui se noie, laissant son couvre-chef voguer d'un autre côté.

Autre analogie frappante entre notre terme technique et le langage ordinaire : en droit pénal, la signification propre de l'état de nécessité est d'exclure le délit ; dans la vie de tous les jours, c'est pour l'excuser que nous alléguons la nécessité d'un acte — l'excuser à nos propres yeux s'il exige un effort pénible, aux yeux d'autrui s'il en est lui-même blâmable. Nous ne dirons jamais nécessaire ce que nous faisons par plaisir : manger est de première nécessité, mais l'homme riche qui aime la bonne chère ne peut parler qu'en riant de cette nécessité, parce qu'il se met à table dans un tout autre but que pour y satisfaire. Nous ne qualifions de nécessaire que ce que nous ne ferions pas sans son caractère de nécessité : Téterol fils, chassé de la maison paternelle, fait des haltères dans sa mansarde, pour combattre le froid ¹ ; il s'en dispensait chez son père. Un autre, de caractère moins accommodant, s'achètera de quoi se chauffer

¹ Victor Cherbuliez, « L'idée de Jean Téterol ».

avec l'argent dû à un ami, qu'il lui coûte cependant de désobliger. Et le paysan pauvre, qui voit grelotter ses enfants, ira couper du bois dans la forêt voisine, si le propriétaire lui en refuse l'aumône; c'est peut-être un honnête homme auquel l'idée seule du vol faisait horreur. C'est à contre-cœur que tous trois agissent; tout au plus Téterol a-t-il le droit de dire qu'il fait contre mauvaise fortune bon cœur. Acte désagréable, acte blâmable, acte criminel: la transition de l'un à l'autre est insensible. Chacun de nos hommes use de l'unique moyen qu'il ait de combattre le froid, parce que la nécessité l'y réduit; il se garderait bien d'y recourir sans cette nécessité.

Faisons remarquer à ce propos que l'excuse que, dans la vie ordinaire, nous basons sur la nécessité présente un caractère particulier, de nature à jeter quelque lumière sur l'acte nécessaire du droit pénal. En l'alléguant, nous faisons appel à la justice plus qu'à l'indulgence; nous demandons qu'on nous approuve et non qu'on nous pardonne. Nous ne cherchons pas à faire comprendre une faiblesse envers laquelle les autres hommes n'ont pas le droit de se montrer sévères, parce qu'ils l'auraient eue à notre place. Non pas! appliquant l'adage « la fin justifie les moyens », nous présentons l'acte, blâmable en lui-même, comme justifié par le fait qu'un intérêt majeur le commande. C'est ainsi que nous justifions le mensonge fait à un malade dans la crainte qu'une grave nouvelle ne lui cause une émotion qui aggraverait son état: c'est par nécessité que nous mentons; il n'en est pas ainsi de l'enfant qui cache sa conduite pour ne pas être châtié, si excusable soit son mensonge. Et le juge rirait au nez du prévenu qui s'innocenterait d'avoir empoisonné un chien de garde, en déclarant qu'il était dans la nécessité de s'en débarrasser, pour accomplir librement le vol dans l'exécution duquel il a été arrêté¹. — Pour pouvoir être qualifié de néces-

¹ Article 454, C. P. 1810: « Celui qui aura, sans nécessité, tué un animal domestique. . . »

saire, l'acte blâmable de sa nature doit donc être détourné de sa signification ordinaire, en tant que moyen à une fin qu'il est dans la nature des choses de rechercher. Condition que remplissent certainement les actes délictueux que nous étudions ; dans le cas de la *Mignonnette*, par exemple, le meurtrier ne tue que pour éviter la mort, et c'est là le plus louable des buts que puisse poursuivre l'homme en tant que membre du corps social : la première tâche de la société n'est-elle pas d'assurer la sécurité des individus en détournant d'eux les dangers qui les menacent ? Et il agit dans un intérêt qui doit lui sembler majeur : sa propre existence est en jeu — par un égoïsme facile à comprendre, il y attache plus d'importance qu'à celle d'autrui — et, avec elle, celle de deux autres compagnons.

19. Le mot de « nécessité », enfin, est usité dans un autre sens qui, lui aussi, justifie l'emploi que nous en faisons : être tombé dans la nécessité, c'est se trouver dans le besoin, dans une situation malheureuse, dans un embarras pressant ; « nécessité » est ici synonyme de « détresse ». A cet égard, ce dernier mot serait même préférable, comme plus précis, car il signifie souvent « danger imminent ¹ », et c'est bien là ce qui caractérise la situation dont il s'agit ; nous pourrions dire du bien sauvé par l'acte nécessaire qu'il est « en détresse ² ». Mais le mot de « nécessité » n'en reste pas moins le meilleur, soit à cause de l'usage de la langue que nous avons mis en lumière, soit parce qu'il fait partie de toute une famille de mots, ce qui nous permet de désigner sans périphrases l'acte qui sort l'individu de détresse : « acte nécessaire », et l'individu qui éloigne la détresse de lui-même ou d'autrui : le « nécessité » — le verbe

¹ Bescherelle, au mot « détresse » ; Littré, au mot « détresse », 2°.

² L'allemand « Not », dans le mot composé « Notstand », signifie essentiellement « détresse » et non point « nécessité », au sens que nous avons développé. « Nécessité » comprend les sens de « Not » et de « Notwendigkeit ».

« nécessiter » signifie « réduire à la nécessité de faire quelque chose » et aussi « rendre nécessaire ¹ ».

20. Ainsi, par l'emploi du mot « nécessité », dans le langage vulgaire, nous laissons entendre qu'un embarras pressant réduit un individu à commettre un acte en lui-même blamable, mais à contre-cœur, dans un but moral et licite, et dans un intérêt qui lui semble majeur. Les actes que nous étudions présentent certes tous ces caractères ; c'est donc à bon droit que nous les disons commis en « état de nécessité ». Nous espérons que la science française accueillera favorablement cette dénomination nouvelle ; toute science a besoin de termes techniques qui présentent à l'esprit une idée claire et puissent être adoptés de tous, parce qu'ils désignent une chose et non l'opinion que s'en fait tel ou tel théoricien. Heureuses les sciences qui, comme la chimie, ont pu se forger de toutes pièces une langue précise et dont la clarté prévient toute confusion.

21. Cette introduction a été longue ; elle aurait pu être brève, eussions-nous écrit en Allemagne, ou en Russie, où la notion de l'état de nécessité a déjà été clairement posée, parfois, il est vrai, sans toute la largeur désirable. Nous n'aurions eu qu'à la rappeler et à corriger sur quelques points seulement nos devanciers ; en pays français, il fallait l'exposer de toutes pièces et sous une forme telle que son exposition en impliquât la preuve.

L'état de nécessité défini, il s'agit d'entrer dans le corps même du sujet. L'histoire des législations et de la doctrine fera comprendre l'imperfection des lois actuelles et pourquoi le dé-

¹ Littré, aux mots « nécessiter » et « nécessité, ée. » — Le terme d' « acte nécessaire » semble avoir été en usage, car Bescherelle le cite en l'interprétant conformément à la théorie de contrainte morale : « Acte nécessaire : celui qui est à la vérité produit par la volonté, mais en vertu d'une impulsion à laquelle elle ne peut résister. »

veloppement d'une théorie juste a été si tardif — il n'est dû qu'aux récents et multipliés efforts de la science allemande —. La critique approfondie des doctrines émises déblaiera le terrain sur lequel doit s'édifier notre propre théorie, nous en fournira la base et les matériaux.

Dans les pays germaniques et depuis une trentaine d'années, les criminalistes ont étudié avec prédilection la question de l'état de nécessité ; de nombreuses monographies y ont été consacrées, au nombre desquelles il faut citer : en première ligne, celles de *Janka* (*der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878, VIII et 264 p.) et de *Stammler* (*Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878, VIII et 82 p.) ; en ce qui concerne la théorie seulement, celles de *Berner*, de *von Buri*, de *Roterberg*, et de *Binding* dans son «*Handbuch*»¹. Nous les avons largement mises à contribution ; mais nous tenons à dire que nous sommes toujours remontés aux sources et, en ce qui concerne surtout l'histoire, nous avons eu lieu de nous en féliciter.

¹ Voir notre liste bibliographique ; les ouvrages qui y figurent ne seront cités qu'en abrégé, d'abord par leur nom, puis par les mots « op. cit. ».

Première partie

LÉGISLATIONS ET DOCTRINE DE L'ANTIQUITÉ AU XIX^e SIÈCLE

CHAPITRE I^{er}

PEUPLES ANCIENS

I. *Inde*. Les lois de Manou contiennent quelques passages intéressants. « X, 104 : Celui qui, se trouvant en danger de mourir de faim, reçoit de la nourriture de n'importe qui n'est pas plus souillé par le péché, que l'éther subtil par la boue. 105 : Adjigarta étant affamé fut sur le point de faire périr son fils Sounahsépha ; cependant il ne se rendit coupable d'aucun crime, car il cherchait un secours contre la famine. 108 : Viswâmitra, qui cependant connaissait parfaitement la distinction du bien et du mal, succombant de besoin, se décida à manger la cuisse d'un chien qu'il avait reçu de la main d'un Tchandâla (cf. 106-7). — XI, 16 : Un Brâhmane qui a passé six repas ou trois jours sans manger doit, au moment du 7^e repas, soit le matin du 4^e jour, prendre à un homme dépourvu de charité de quoi se nourrir pendant la journée, sans s'occuper du lendemain (cf. 17-8). XI, 21 : Qu'un roi juste n'inflige aucune amende à cet homme qui dérobe ou prend par force ce qui lui est nécessaire pour un sacrifice ; car c'est par la folie du prince qu'un

Brâhmane meurt dans le besoin (cf. 11-5). V, 27 : Que le Dwidja mange de la viande. . . quand sa vie est en danger (cf. V, 33 ; XI, 158). — VIII, 104 — à propos du faux témoignage — : « Toutes les fois que la déclaration de la vérité pourrait causer la mort d'un Soudra, d'un Vaçya, d'un Kchâtriya ou d'un Brâhmane, s'il s'agit d'une faute commise dans un moment d'égarément et non d'un crime prémédité, le mensonge est préférable à la vérité. ¹ »

Les délits les plus divers sont donc justifiés : acceptation de présents (crime pour un brâhmane), fait de manger des aliments interdits, vol, faux-témoignage, homicide même (X, 105 ?). Le bien à sauvegarder est la vie ; dans un cas, l'intérêt religieux à l'accomplissement d'un sacrifice. L'idée qui guide Manou semble la même qu'exprimera nettement le droit canon : la nécessité n'a pas de loi, mais se fait elle-même sa loi ; car, d'une manière générale, il soumet le « temps de détresse » à des règles spéciales, autorisant alors des actes sévèrement interdits d'ordinaire (livre X ; XI, 28 ; X, 83, 85, 103). D'autres considérations entrent aussi parfois en jeu : le vol par nécessité est considéré comme l'infliction d'une peine au volé — Manou recommande de dérober aux « méchants » (XI, 19, 15) —, et le Brâhmane est traité en privilégié. La nécessité, du reste, n'est pas simplement excusé : il est justifié ; le seul coupable, c'est celui auquel est due sa détresse (XI, 21).

II. *Judée*. Nous citerons à propos du droit germanique et de la doctrine du moyen-âge plusieurs passages du Talmud concernant l'état de nécessité. Sur l'homicide nécessaire en particulier, il y avait controverse entre les rabbins : le traité Baba Metsia ² parle de deux voyageurs sans vivres égarés dans le

¹ Trad. Loiseleur-Deslongchamps. Sur ce dernier cas — disposition analogue dans les lois modernes —, *Thonissen*, Etudes sur l'hist. du droit crim. des peuples anciens, 1869 ; I, p. 29.

² P. 62 a, cité par Stammler, op. cit. p. 7. Le traité Pesahim, p. 25 b,

désert et dont l'un possède une bouteille d'eau qui, partagée, ne les sauvera pas, attribuée à un seul d'entre eux lui donnera la force de sortir du désert. Quel est le devoir du propriétaire de la bouteille? Ben Petora veut « qu'ils meurent tous deux »; R. Akiba déclare au contraire que « la conservation propre doit passer avant celle d'autrui ». Il s'agit là du devoir de sauver notre semblable, devoir que n'imposent pas les lois modernes; dans un autre passage, il s'agit de véritable homicide¹: « Hanina dit: une Misna nous enseigne qu'il est interdit de recourir au meurtre pour guérir, puisqu'il est dit: en cas de couches trop pénibles pour la femme, on recourt à l'opération césarienne; si la majeure partie du corps de l'enfant est sortie du sein maternel, il n'est plus permis d'y toucher, malgré le danger que court la mère: car on ne risque pas la vie d'un être (même d'un enfant) pour en sauver un autre... » Mais, « cela ne prouve rien, dit R. Yossé ben Aboun au nom de R. Hisda, car on ne sait lequel peut provoquer la mort de l'autre (de la mère ou de l'enfant). » L'homicide nécessaire est donc déclaré coupable; mais la remarque de ben Aboun est profonde: l'acte dont s'agit est, peut-être, non un simple homicide nécessaire, mais un acte de légitime défense. N'est-ce pas l'enfant qui met en danger la vie de la mère? Question délicate, discutée encore aujourd'hui. La sage-femme peut du reste, pour sauver la vie de la mère, déchirer l'enfant qu'elle porte dans son sein; on ne le considère sans doute pas encore comme un homme². — Disons enfin que la contrainte est, d'après Maïmonide (Moré Nebochim, III, c. 44), un motif d'impunité; mais il ne s'agit là que de contrainte physique (l'exemple donné est celui de la jeune fille violée).

parle d'un cas de menaces, mais sans toucher la question de faute. (*Göb*, *Bemerkungen zur Lehre vom Notstand*, 1878, p. 5).

¹ Traité Schabbath, ch. XIV. trad. Schwab, IV, p. 156.

² Mischnach, Oholoth, VIII, 6, d'après Thonissen, op. c. II, p. 195.

III. Grèce. Les renseignements manquent sur le droit grec¹. Mais on sait que les Grecs considèrent comme l'œuvre de la fatalité, et non de la volonté humaine, les actes auxquels entraîne la nécessité cruelle (*στεῖρᾶ, κρατερῆ, δεινῆ ἀνάγκη*). Les historiens et les orateurs les excusent; deux passages de Thucydide surtout sont significatifs²: l'un d'eux rapporte la réponse des Athéniens aux Béotiens se plaignant de ce qu'ils profanaient le temple d'Apollon à Délion: IV, 98, n. 5-6: "Υδωρ (l'eau réservée aux sacrifices, dont les Athéniens font un usage profane) *τε ἐν τῇ ἀνάγκη κινήσαι, ἢ οὐκ αὐτοὶ ὕβρι προσδέσθαι, ἀλλ' ἐκείνους προτέρους ἐπὶ τὴν σφετέραν ἐλθόντας γῆν ἀμυνόμενοι βιάζεσθαι χρῆσθαι. Πάν δ' ἔλεος εἶναι τὸ πολέμῳ καὶ δεινῷ τινὶ κατειργόμενον ξυγγνωμόν τι γίγνεσθαι καὶ πρὸς τοῦ Θεοῦ. Καὶ γὰρ τῶν ἀκουσίων ἀμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τοῖς βωμοῖς, παρανομίαν τε ἐπὶ τοῖς μὴ ἀνάγκη κακοῖς ὀνομασθῆναι, καὶ οὐκ ἐπὶ τοῖς ἀπὸ τῶν ξυμφορῶν τι τολμήσασιν.* L'autre reproduit un discours de Cléon, montrant que les Mitylénéniens sont sans excuse de s'être révoltés: III, c. 39, n. 2: *οἵτινες ὑπὸ τῶν πολεμίων ἀναγκασθέντες ἀπέστησαν, συγγνώμην ἔχω* (cf. c. 40: *ξίγγνωμον δέσσι τὸ ἀκούσιον*). — Deux vers de l'Hippolyte d'Euripide expriment l'idée que la nécessité n'a pas de loi:

*Ἐγὼ γε φημί, καὶ Νόμον γε μὴ σέβειν
Ἐν τοῖς δεινοῖς τῶν ἀναγκείων πλεόν.*

¹ Thonissen, Droit pénal de la républ. athénienne, 1875, est muet.

² V. aussi Isocrate, Plat. c. 12; Démosthène, Stephan. p. 616 B, Aristocrat. p. 449 B; Xénophon, justifiant ses propres pillages (*ἀνάγκη λαμβάνομεν τὰ ἐπιτήδεια*): Anabasis, V, 5, n. 16; Diodore, XIII, 27.

CHAPITRE II

DROIT ROMAIN ¹

I. On a, non sans raison, accusé le science romaine, qui s'est consacrée au droit avec la sollicitude d'une mère, de n'avoir été pour le droit pénal qu'une marâtre. La faute en est moins aux jurisconsultes qu'aux circonstances : le droit criminel de Rome s'est développé d'une façon malsaine, dans la dépendance des mouvements politiques et par une série de lois isolées dues aux seules exigences du moment. Le corpus juris de Justinien lui-même n'a point réuni ces lois diverses en un véritable tout ; il n'en a pas supprimé les contradictions, ni comblé les lacunes, de sorte que nous chercherions en vain à édifier, avec les matériaux que nous offre la mine du reste si riche des Pandectes, un système harmonieux et complet de droit pénal. Il ne faut donc point nous attendre à voir nos sources exposer clairement les principes de l'état de nécessité ; d'autant moins qu'elles consacrent à notre sujet un nombre forcément restreint de passages : peuple pratique, les Romains devaient accorder une moindre attention à un cas dont la vie offre relativement peu d'exemples.

¹ Voir surtout *Pernice*, *Labeo*, II, 1878, p. 16-20 ; *Binding*, *Normen*, II, 1878, p. 292-6 et *Grundriss*, 3^e A., 1884, § 81 ; *Stammler*, op. c. p. 7-16 ; *Janka*, op. c. p. 43-9, 31-3, 199-200, 204 ; *Göb*, op. c. p. 4-7 ; *Lehmann*, *civilrechtliche Wirkungen des Nothstandes*, in *Ihering's Jahrbücher*, XIII, p. 245-50 ; *Juden*, *Abhandlungen*, II, p. 511-2 ; *Rein*, *Criminatrecht der Römer*, 1888, p. 143, 152 ; *Windscheid*, *Pandekten*, II, 6^e A. 1887, p. 751.

Il nous faut aussi nous garder de donner aux principes formulés par nos sources une signification absolue, indépendante des cas auxquels ils s'appliquent et qui en donnent la mesure; tentation à laquelle succombe facilement celui qui s'occupe d'une question spéciale, dont il connaît les moindres détours¹. Tout au plus pouvons-nous, dépassant les Romains eux-mêmes, découvrir ce qu'ils auraient dit, si la solution des problèmes qui nous préoccupent eût été demandée à leur sagacité. — Nous écartons d'ailleurs d'emblée deux fragments qui semblent à première vue poser un principe en matière de nécessité: l. 176 D. de R. J. (50.17), Paul, « Infinita aestimatio libertatis est et necessitudinis »; et l. 162 eod. « Quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi. » En effet, les mots « necessitas », « necessitudo » ont un tout autre sens que celui de « nécessité » dans l'expression technique « état de nécessité »; ils désignent généralement dans les Pandectes « ce qui doit être », dans le domaine moral comme dans le domaine physique. Il n'y a plus nécessité dès qu'intervient la volonté libre de l'homme poursuivant un but².

Un grand nombre des passages que nous citerons n'appartiennent même pas au droit criminel proprement dit; les plus importants concernent le droit civil, mais une partie du droit civil romain fortement empreinte d'un caractère pénal, celle qui traite de la réparation du préjudice. Cette réparation revêt à Rome une signification pénale, car son montant s'élève jusqu'au quadruple du dommage et elle dépend aussi strictement de la faute de l'auteur que de nos jours l'application de la peine. Aussi pouvons-nous dire qu'en dispensant le nécessité de l'obligation à

¹ Nous songeons à ces mots d'Ulpien « ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit », sur lesquels Janka s'est appuyé pour attribuer au droit romain sa propre théorie de la nécessité.

² V. les passages cités par *Heumann*, *Handlexikon der Quellen des römischen Rechts*, 1879, 5^e A., aux mots « necessitas » et « necessitudo ».

réparation, le droit romain voit dans la nécessité un véritable motif d'impunité¹.

II. Il semble que les Romains ont dû, plus qu'aucun autre peuple, être indulgents à l'action individuelle dans la nécessité, qu'ils ont dû même reconnaître comme un droit de l'individu la protection de sa personne ou de ses biens, dans le cas d'une détresse dont ne peut le tirer le secours de l'État. Le trait dominant du caractère romain n'est-il pas la conscience de sa force ? ne puise-t-il pas sa notion du droit dans l'idée de la force active de l'individu ? « Le premier germe du sentiment juridique à Rome — dit Ihering² — est le sentiment de la raison *propre* fondée sur la conservation des forces propres, et tendant au maintien de celles-ci. Ce que l'homme a conquis à la sueur de son front ou au prix de son sang, il veut le conserver. » Ce sentiment du droit propre ne va-t-il pas chez le Romain, jusqu'au dédain du droit d'autrui ? L'histoire des origines de Rome en est la preuve (histoire légendaire, sans doute, mais toute légende est le miroir fidèle du caractère d'un peuple) ; c'est celle d'un perpétuel état de nécessité, depuis l'enfantement criminel de Romulus par une Vestale cédant aux menaces d'un dieu, jusqu'à la reconnaissance de l'égalité civile de tous les Romains, à laquelle, par ses retraites sur le Mont-Sacré, la plèbe révoltée contraint les patriciens, en passant par l'enlèvement des Sabines, acte de violence auquel, désireux de laisser une postérité, sont réduits les premiers citoyens de Rome, par suite de leur isolement³.

¹ Lehmann, l. c., est seul à contester que le droit romain (encore en vigueur en Allemagne, où la question conserve une importance pratique) exclue la réparation en cas de nécessité ; mais il reconnaît qu'il l'exclut *en tant que basée sur le délit* de l'auteur du dommage (p. 223) et insiste sur le caractère tout pénal de cette disposition du droit civil : c'est le point important pour nous.

² Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, 2^e éd., 1880, I, p. 110.

³ Un cas de nécessité peu connu est rapporté par Festus, v. Sexagena-

Le droit romain n'a pourtant reconnu qu'assez tard — au commencement du III^e siècle — la signification juridique de la nécessité. Les familiers de la littérature latine en seront doublement étonnés, sachant que les écrivains de l'époque classique s'étaient déjà attachés à la faire ressortir ; ils se rappelleront les passages nombreux où les historiens et les poètes répètent les paroles des Grecs sur la toute-puissante « ἀνάγκη »¹ et, surtout, ceux que lui consacrent les rhéteurs et les philosophes, en première ligne Cicéron. Orateur, Cicéron justifie plus d'une fois ses clients en décrivant la nécessité dont ils ont été victimes, « vis, ut ait poeta noster, quae summas frangit infirmatque opes »². Rhéteur, il recommande — et les autres rhéteurs avec lui — de recourir, pour justifier un accusé, soit à la *purgatio* par l'argument de *necessitudo* — ce mot désigne essentiellement, il est vrai, la contrainte physique, mais aussi la pression morale exercée par la crainte d'un mal³ — ; soit à la *comparatio*, qui consiste à montrer que l'individu s'est trouvé dans la nécessité de choisir entre deux maux : « C. Popillius, enveloppé par les Gaulois et ne pouvant s'échapper d'aucune manière, entra en négociations avec les généraux ennemis, qui lui permirent de se

rios : Après la retraite des Gaulois, il fut décidé de jeter tous les vieillards au Tibre, pour qu'ils ne mangassent pas le pain nécessaire aux défenseurs de la République. Cf. Niebuhr, Röm. Geschichte, II, 1812, p. 286-7.

¹ Horace, Odes. I, 33, II, 24. Tite-Live, I, l. 5, c. 20, n. 5 « ne appellarent consilium quae vis ac necessitas appellanda essent » ; I, 9, c. 4, discours de Lentulus. Velleius Paterculus, II, 23, sur les Athéniens assiégés par Sylla. Tacite, Ann. XIV, 14 (Néron et les chevaliers romains), etc.

² Il s'agit de la crainte, pour un homme endetté, de perdre tout espoir de recouvrer sa fortune : pro Rabirio Post. c. 10-1. Cf. pro Ligario, c. 2 : « quod si est criminis, necessitatis crimen est, non voluntatis », et pro P. Quinctio, c. 2.

³ De Invent. I, 14, II, 24, 31-2 et 57-8 ; partit. orat. 24 : « necesse autem id est sine quo salvi liberive esse non possumus » ; de orat. III, 19. — Cornificius, rhetor. ad Herennium, I, 14-5, II, 16, 14. Cf. Sénèque le rhéteur, contr. 7, 2 ; Quintilien, decl. 260, 281.

retirer à la tête de son armée, s'il abandonnait ses bagages. . . Il partit avec son armée et abandonna ses bagages. On l'accuse de lèse-majesté »¹: cet exemple rentre bien dans notre définition de l'état de nécessité. Philosophe enfin, Cicéron met en lumière dans son « de Finibus » (V, 11), la puissance de l'instinct de conservation: « quid est, quod magis perspicuum sit, quam non modo carum sibi quemque verum etiam vehementer carum esse? »; examinant les cas de nécessité au point de vue moral, il ne condamne que timidement l'homicide nécessaire: celui qui préfère mourir plutôt que d'attenter à la vie d'autrui est un juste, mais c'est aussi un sot, dit-il dans sa République². Et un autre philosophe, Sénèque, semble admettre que la crainte d'un mal fait disparaître la liberté de nos décisions: « Quum eligendum dico cui debeas, vim majorem et metum excipio, quibus adhibitis electio perit. . . Necessitas tollit arbitrium. »³

Comment donc expliquer que les juriconsultes romains n'aient pas de tout temps vu dans l'état de nécessité un motif d'irresponsabilité? C'est que les écrits des philosophes n'exposent que des opinions individuelles et que les rhéteurs, recherchant avant tout le succès oratoire, se servent de l'argument de nécessité comme de beaucoup d'autres, à cause de sa force persuasive et non parce qu'ils sont eux-mêmes persuadés de sa vérité; aussi les ouvrages de rhétorique qui le recommandent ont-ils bien soin d'indiquer à l'accusateur les moyens de le réfuter: « si qua necessitudo turpitudinem videbitur habere

¹ Ad. Her. I, 15. Cicéron, trad. Le Clerc, II.

² III, 15. Dans le « de Officiis » (III, c. 23 et 6), ce stoïcien amateur de subtilités, il impose le devoir de se sacrifier à celui des deux naufragés auquel il importe le moins de vivre « vel sua, vel Reipublicae causa ». La solution est inapplicable, mais intéressante, parce qu'elle se base sur la différence de valeur des biens sociaux en présence.

³ de Benef., c. 18. Il est vrai que l'insignifiance du devoir dont il s'agit (devoir de choisir ceux envers lesquels on s'oblige en en recevant des bienfaits) diminue la portée du passage.

— dit le « de Inventione » — oportebit per locorum communium implicationem redarguentem demonstrare quidvis perpeti, mori denique satius fuisse, quam ejusmodi necessitati obtemperare. » Il en est de l'état de nécessité comme du droit de légitime défense ; l'ornice (l. c.) a établi qu'il ne fut pas toujours reconnu à Rome dans toute sa largeur et qu'on a eu tort de se laisser prendre à la belle période du « pro Milone », où Cicéron en parle comme d'une « non scripta, sed nata lex, quam ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus », phrase qui cherche à convaincre et n'est pas que l'écho du sentiment des juges. Il y a donc loin de l'argument de nécessité des rhéteurs à une règle juridique. D'autant plus — et c'est la vraie raison de ces contradictions — que tout droit primitif a horreur des exceptions, et ç'a été le cas du droit romain plus que de tout autre, car aucun n'a recherché davantage la rigidité des conséquences logiques. L'état de nécessité crée une exception aux règles et toute règle prétend d'elle-même à une valeur absolue : ce n'est que lentement que la théorie se résout à y admettre des dérogations, ce dont l'histoire même de l'état de nécessité est une preuve. Nous verrons plus loin que même la force majeure n'a pas été d'emblée mise au rang d'une exception.

III. Voyons comment le droit romain en vint à reconnaître la signification juridique de la nécessité. Quelques fragments d'Ulpien nous ont conservé la trace d'une intéressante évolution, à propos d'un cas de nécessité fréquent à Rome, du jour où l'augmentation de la population fit élever et agrandir les maisons, qui d'isolées devinrent contigües : pour préserver sa maison des flammes, un propriétaire démolit celle de son voisin, qui le sépare du foyer de l'incendie ¹. Son état de né-

¹ Cf. Sénèque, *controv.* IV. 4 : « *Necessitas est quæ navigia jactu exonerat; necessitas est quæe ruinis incendia opprimit* ». C'est à nos yeux un cas de légitime défense (v. p. 37); la défense précède l'attaque comme lors-

cessité exclut-il le dol, qui, seul, permet de donner contre lui l'action « de incendio » ou l'interdit « quod vi aut clam » ? supprime-t-il « l'injuria », dont l'absence priverait le propriétaire de la maison abattue de l'action de la loi Aquilienne en réparation du préjudice ? Voici les trois fragments d'Ulpien :

« L. 7 § 4, D. quod vi, aut clam (43, 24). Ulp. lib. 71 ad Edictum. Est et alia exceptio de qua *Celsus* dubitat, an sit obijcienda : ut puta si incendiî arceudi causa vicini aedes intercedi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni injuria. *Gallus* enim dubitat an excipi oporteret : « Quod incendiî defendendi causa factum non sit ? » *Servius* autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse, privato non esse idem concendendum : si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli¹ litem aestimandam ; si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aequè perituris aedibus. »

« L. 3 § 7, D. de incendio (47, 9). Ulp. lib. 56 ad Ed. Quòd ait prætor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo (malo) damnum datum sit : nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod *Labeo* scribit, si defendendi mei causa vicini ædificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiæ judicium in me dandum ? Quum enim *defendarum mearum ædium causa fecerim, utique dolo careo*. Puto igitur non esse verum, quod *Labeo* scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit ? Non puto agendum : *nec enim inju-*

qu'on séquestre celui que va saisir un accès de folie furieuse. Plus d'un commentateur a pensé que c'était l'opinion du droit romain (*Matthäus*, de crimin., l. 47, t. 3, c. 1, 4 ; *Thibaut*, l. c. p. 89) : Ulpien ne se sert-il pas du mot « defendere » ? Mais il n'y a pas là le « vim vi repellere » qui caractérise la légitime défense à Rome (v. p. 79).

¹ Schmidt lit : « simpliciter » ; Mommsen intercale avant simpli : « eum quocum agatur quod vi aut clam damnum in id quod interest, vel si damni injuria cum eo actum esset... »

ria hoc fecit, qui se tueri voluit quum alias non posset. Et ita Celsus scribit. »

« L. 49 § 1, D. ad legem Aquiliam (9, 2) Ulp. libro nono disputationum. Quod dicitur *damnum injuria datum* Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur *damnum injuria datum*, quod cum *damno injuriam attulerit* : *nisi magna vi cogente fuerit factum*, ut *Celsus* scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit : nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem : *justo enim metu ductus, ne ad se ignis pervenerit*, vicinas aedes intercidit, et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare. »

Aquilius Gallus ne sait trop que répondre ; il pose la question sans la résoudre : « *Dubitat* ». Mais c'était déjà beaucoup que de soupçonner la signification juridique du danger. — *Servius* fait un pas en avant, et aussi un pas en arrière en faisant intervenir un point de vue étranger à la question : il accorde l'« *exceptio* » au magistrat et la refuse au particulier, sans doute parce qu'à ses yeux l'incendie cause un danger public, contre lequel le magistrat est seul appelé à prendre des mesures de sécurité générale : il peut s'agir de protéger contre les flammes toute une rangée de maisons, tout un quartier. Cependant, même contre le particulier, *Servius* n'accorde l'action qu'au simple, et non point au quadruple, comme dans la règle ; il veut même qu'il soit complètement absous, s'il est établi que la maison abattue, le défendeur n'y eût-il même pas porté la main, eût été détruite par le feu : alors il n'y a pas de dommage, ce qui exclut aussi l'exercice de l'« *actio legis Aquiliae* »¹. L'admissibilité de

¹ C'est ainsi que nous comprenons le passage avec *Lehmann* (l. c., p. 222-3), *Stammler* (p. 12 in l. « *oder* » et p. 13, 2^o), et *Pernice* (p. 17), tandis que *Binding* (*Normen*, II, p. 294) applique au magistrat lui-même la distinction « *si pervenisset* ». Il nous semble qu'elle a une valeur indépendante de la qualité de l'agent. Le passage est du reste en mauvais état de conservation ; sous sa forme actuelle, notre interprétation est seule admissible, « *si tamen* » venant naturellement restreindre le « *non esse idem concendendum* » qui précède.

cette dernière distinction est douteuse, car, suivant l'opinion de Labéon qu'Ulpien cite à la fin du même § 4, l. 7 quod vi, la question d'existence du dommage doit être tranchée « non ex post facto, sed ex presenti statu », d'après l'état des choses lors de l'acte dommageable, et non d'après ce qui s'est passé plus tard ; cette opinion, seule raisonnable, ne semble pas avoir jamais été contestée. Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que Servius, n'accordant jamais l'action qu'au simple, la borne à la pure réparation du préjudice et la dépouille de tout caractère pénal.

Labéon, lui, n'hésite pas à accorder l'action au quadruple (l. 3 § 7, de inc.). Comment concilier cette opinion avec celle qu'approuvé par *Proculus*, il émet dans un autre passage :

L. 29 § 3, D. ad. leg. Aquiliam (9, 2), Ulp. lib. 18 ad. Ed. Item Labeo scribit, si, quum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat aestimaverunt. Plane, si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum ».

Poussé par le vent et sans qu'il y ait faute des matelots, un vaisseau s'est embarrassé dans les câbles d'ancre d'un autre vaisseau ou dans les filets de pêcheurs ; et, pour le dégager, l'on a dû couper câbles ou filets¹. Labéon refuse au lésé l'action de la loi Aquilienne et toute action en réparation du préjudice², en se basant nous ne savons sur quels motifs et en contradiction avec sa propre décision, dans le cas d'incendie. Peut-être ne s'est-il pas aperçu de la contradiction ? Peut-être aussi n'y

¹ Janka, comprenant mal les mots qui suivent, ajoute que la même disposition s'applique aux filets du chasseur ou des oiseleurs.

² « nullam actionem dandam ». Ces mots sont catégoriques ; Lehmann, l. c. cherche pourtant à établir qu'ils ne s'appliquent qu'à la loi Aquilienne !

faut-il pas voir une contradiction ; Labéon a pu être guidé par le sentiment de la diversité des deux cas : dans l'un, les biens en présence sont de valeur égale — deux maisons —, dans l'autre de valeur très inégale — navires, cordes ou filets — (Binding) ; dans l'un, l'intervention de l'homme n'est pas nécessaire, car le feu fera lui-même son œuvre, dans l'autre elle s'impose, navire et filets étant hors d'usage si on ne les dégage par l'adresse ou par la force : sa nécessité est même si évidente que Labéon n'a peut-être pas tant songé à l'acte nécessaire lui-même, qu'aux circonstances qui y contraignent : si c'est la « culpa nautarum », l'action de la loi aquilienne est donnée ; elle ne l'est pas si c'est la « vis ventorum », parce qu'il y a alors cas de force majeure¹.

Rien de surprenant du reste de voir Labéon n'accorder à la nécessité qu'une influence restreinte. C'est à peine si l'on reconnaît à son époque la signification de la force majeure et de la contrainte physique ; nous voyons, au premier siècle de l'empire, *Alfène* recourir à des explications subtiles dans un cas où il n'avait qu'à invoquer la force majeure², et de nombreux passages nous montrent qu'on reconnaît au second ou au troisième siècle seulement que la femme victime d'un viol ne doit pas être accusée d'infamie ni déclarée adultère³. C'est à la même époque que *Celse* et *Ulpien* viennent enfin proclamer l'effet dirimant de l'état de nécessité. *Celse* refuse au propriétaire de la maison abattue l'action de la loi Aquilienne : « nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, quum alias non posset » ; et il déclare expres-

¹ Pernice, op. cit. p. 17-8 et Lehmann, l. c., p. 222, émettent encore deux autres hypothèses.

² L. 15. D. de publ. (39, 4) : un navire obligé par la tempête de relâcher dans une île, en repart après les ides de mars, contrairement à la loi. Notre jurisconsulte allègue que ce n'est point là le véritable « départ! »

³ L. 1 § 6 D. de Postul. (3, 1) ; l. 40 pr. D. ad leg. Juliam de adult. (48, 5) ; l. 14 § 7, eod. ; C. 20 C. ad leg. Juliam de adult. (9, 9) Valer. et Gall. — Cf. Ovide (*Fastes* II, 178), gourmandant Junon de se venger de Callisto.

« Quid facis? Invite pectore est passa Jovem. »

sément qu'il importe peu que le feu soit ou non parvenu à l'endroit du dommage du moment que l'auteur a agi dans la juste crainte qu'il n'y parvint. *Ulpien* adopte son argumentation et ajoute au sujet de l'action de incendio : « quum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim utique dolo careo ». L'opinion d'*Ulpien* semble avoir dès lors régné sans contestation ; les *Basiliques* ne conservent pas la trace de la controverse. Nous y lisons (IX, 3. *Fabrot*, t. VII, p. 62) : *Ὁ Ἀζούλιος ἄδικον ἐπιζητεῖ ζημίαν. Ἐὰν δὲ τις ἐμπρησμοῦ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψει τὸν τοῦ γείτονος ἀργεῖ ὁ Ἀζούλιος εἴτε το πῦρ ἔφθασεν, εἴτε προεξβέσθη.*

III. Tel est le développement que nos sources nous permettent de poursuivre. Examinons maintenant le droit de Justinien. Le corpus juris, outre les passages déjà cités, nous en offre quelques-uns encore ayant également trait à des conflits de propriété :

« L. 14 pr. D. de praescriptis verbis, Ulp. lib. 41 ad Sabinum (19. 5). Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione : sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur. »

« L. 1 D. de lege Rhodia (14. 2) Paul sentent. lib. 2. Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. »

Ainsi, celui qui en cas de tempête a jeté par-dessus bord les marchandises d'autrui, pour sauver les siennes, n'est tenu d'aucune action ; il dut en être ainsi de tout temps, chez tous les peuples, tant le jet à la mer est dans la nature des choses. Les Romains n'ont fait qu'adopter une loi étrangère et nos codes modernes le consacrent encore sous le nom de grosse avarie¹. La loi rhodienne a pour objet de régler dans ce cas la répar-

¹ Code Comm. franç., art. 440, 301 ; all., 702, 708 ; ital. 645 ; néerl. 368.

tition du dommage ; le fait que tous ceux qui ont tiré profit du sacrifice des marchandises d'autrui doivent contribuer à sa réparation, n'enlève pas à ces passages leur signification, car ceci reste vrai, que l'auteur du jet n'est point tenu selon les règles générales sur la réparation du préjudice et qu'il peut préférer le salut de ses propres choses au salut de celles d'autrui.

On s'est appuyé sur ces fragments et sur les deux premiers de ceux que nous avons cités touchant le cas d'incendie pour attribuer au droit romain une théorie qui lui est certainement étrangère. Kritz¹ observa que, soit dans le cas d'incendie, soit dans celui de jet à la mer, la chose sacrifiée est exposée au même danger que la chose conservée à ses dépens, et crut pouvoir en déduire cette règle que « la propriété d'un individu peut être anéantie au profit de celle d'autrui, quand du reste la situation était telle que, sans ce sacrifice, les deux choses auraient péri ; il n'y a pas alors de véritable dommage ». C'est là la « *ratio legis* », qui ne peut être « cette autre proposition très sujette à caution et qui semble contredire à tous les principes philosophiques du droit, qu'il est permis de rejeter intentionnellement sur autrui le préjudice dont on est soi-même menacé par quelque cause accidentelle ». Kritz rappelle la règle que pose la loi 1 § 11 D. de aqua et aq. pluv. (39, 3) : « *Prodesse sibi unumquemque, dum alii non noceat, non prohiberi* » et en argumente a contrario (rien n'y autorise). Le criminaliste Luden² adopta cette opinion et lui donna une certaine vogue, mais elle est aujourd'hui abandonnée. Thibaut, le célèbre pandectiste, la réfute déjà³ ; il fait remarquer que c'est précisément l'opinion du jurisconsulte Servius (l. 7 § 4 quod vi, cit.), rapportée par deux grands

¹ Exegetisch-praktische Abhandlungen, 1824, p. 79-100.

² Abhandlungen aus dem Strafrecht, II, 1840, p. 511-2. Cf. *Marquardsen*, Archiv des Criminalrechts, 1857, p. 402

³ Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen, Archiv f. civil. Praxis, VIII, p. 139-47. Cf. Pandektenrecht, 1^{re} A. 1805, §§ 573-6, 272, 780; 9^{me} A. 1846 §§ 60-4, 167, 245.

jurisconsultes classiques, Celse et Ulpien, qui la combattent et, déclarant expressément que l'action doit être refusée, que le feu soit parvenu ou non à la maison démolie, allèguent comme motif d'exception que l'auteur a agi « pour la conservation de sa chose, alors qu'il ne pouvait la conserver autrement », circonstance qui fait disparaître soit le dol soit l'injuria. Il est d'autant plus indubitable que Servius doit céder le pas à ses grands successeurs, que d'autres fragments du Digeste — ignorés de Kritz et de Luden — traitent de cas de nécessité où il n'y a pas danger commun, notamment la l. 29 § 3 ad. leg. Aquil., déjà citée. A quoi nous ajouterons que Servius lui-même reconnaît l'influence de la nécessité, bien qu'en fait le feu ne soit pas parvenu jusqu'à la maison démolie, puisqu'il réduit alors le montant de l'action du quadruple au simple, et que, comme nous l'avons fait observer, sa distinction est contraire au principe qui veut que le préjudice soit estimé d'après l'état des choses au moment de l'acte qui le cause.

Tous les passages cités jusqu'ici prennent en considération un danger ne menaçant que la propriété, non la personne de l'auteur ; on peut y ajouter la

« l. 14 § 1 D. quem. servitut. am. (8,6) Javolenus. Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet »,

obligeant le propriétaire voisin d'une route que les eaux ou quelque éboulement ont rendue impraticable à fournir un chemin sur son fonds, ce qui confère sans doute à tout individu le droit d'y passer sans s'exposer à une action en justice ¹. Quant à la

« l. 10 § 16 D. quae in fraude credit. (42,8) Ulp. Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei quod mihi debeatur,

¹ Nous verrons que les principes de la nécessité sont à la base du droit de passage.

placet Juliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore »,

le droit qu'elle confère vis-à-vis du débiteur en fuite nous semble dériver des principes de la légitime défense¹, le danger ne naissant qu'au moment où le débiteur prend la fuite; c'est un droit spécial² basé soit sur les rapports d'obligation entre créancier et débiteur, soit sur l'état de nécessité, qui justifie un acte de justice propre ordinairement frappé des peines sévères de la loi Julia de vi privata (l. 7, 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48.7)³.

IV. Le droit romain qui permet de léser autrui pour la protection de simples choses — et il est resté sur ce point supérieur à toutes les législations subséquentes, dont aucune n'a encore accordé à la propriété les prérogatives de la nécessité — a dû à plus forte raison autoriser cette lésion pour le salut de la personne. C'est ce que nous apprend la

« l. 1 D. de bonis eorum (48.21) Ulp. lib. oct. disputat. In capitalibus criminibus a principibus decretum est non nocere ei qui adversarium corruptit, sed in his demum quae poenam

¹ C'est l'avis de *Berner*, Nothwehrtheorie, p. 588-9; Contra *Wessely*, Befugnisse, p. 48; *Stammeler*, op. c., p. 40-1. L'acte du débiteur présente les caractères du détournement, non du vol.

² *Binding*, Grandriss, § 82; *Lauterburg*, Unerlaubte Selbsthülfe, Revue pénale suisse, 1889, p. 160.

³ Faut-il voir un état de nécessité dans les lois 1 § 3, 4 et 2 pr. D. de periculo et comm. rei venditae, Ulp.? Il s'agit du droit du vendeur de répandre le vin vendu, s'il a fixé un terme pour sa mensuration et son transport par l'acheteur, que ces opérations n'aient point été faites à ce jour et qu'il ait besoin du tonneau. Le droit du vendeur, qui n'est pas astreint à des dommages et intérêts, dérive soit de la faute de l'acheteur, soit avant tout de son propre état de nécessité.

mortis continent: nam *ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit.* »

Un décret des princes a décidé, nous dit Ulpien, que l'individu en butte à une accusation capitale qui, pour y échapper, a corrompu son adversaire, doit rester impuni, car « il faut pardonner à qui sauve sa vie, quels que soient les moyens dont il use ». Le passage est intéressant¹, plus encore par le principe qu'il pose que par l'impunité qu'il accorde, car le délit visé présente peu de gravité; mais le principe s'applique au premier chef au conflit de vies, dont traite du reste un autre fragment:²

« C. 2 C. ad leg. Cornel. de sicariis (9. 16) (Gord. Imp. a. 243). *Is qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.* »

Il s'agit du meurtre d'un tiers innocent par un homme injustement attaqué; c'est contre l'agresseur seulement que peut s'exercer le droit de légitime défense, et les mots « in dubio vitae discrimine constitutus », en appuyant sur l'exigence du danger de mort (un danger moins grave peut justifier la légitime défense), semblent montrer que les auteurs de la constitution ont reconnu que l'état de nécessité pouvait, à lui tout seul, excuser l'homicide du tiers. Jugement que confirme la l. 45 § 4, D. ad leg. Aquil. (9. 2), où Paul distingue en termes très clairs le meurtre de l'agresseur et celui du tiers, ne dispensant que dans le premier cas de l'obligation à réparation du préjudice. L'homicide du tiers n'est donc point menacé de la peine crimi-

¹ Stammer dit qu'il n'y a pas état de nécessité parce que la corruption de l'adversaire n'est pas le seul moyen d'échapper à l'accusation; nous n'en voyons pas d'autre, à part l'exil volontaire, remède qui peut ne valoir guère mieux que le mal.

² Geyer, *Lehre der Nothwehr*, p. 57; Stammer, *op. c.*, p. 11. Nous ne savons pourquoi Binding, *Grundriss*, p. 138-9, se refuse à rapporter les mots « vel quemcumque alium » à l'état de nécessité.

nelle de la *lex Cornelia* ; il n'entraîne que la réparation du dommage ¹ et cette solution nous semble en tous points satisfaisante.

Mentionnons aussi un usage qui, en vue de la conservation de la vie fait déroger aux règles du droit de propriété ; Paul commentant la loi Rhodienne nous en parle à propos du choix des marchandises à jeter à la mer. Il faut conserver, dit-il, les objets destinés à la consommation « *eo magis quod, si quanto (cibaria) defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret* » (l. 2 § 2 in f. D. de lege Rhodia 14.2). En cas de famine à bord, tous les aliments sont mis en commun ; le droit individuel de propriété est sacrifié au salut d'autrui.

Si la vie jouit de la faveur de la nécessité, de nombreux passages nous permettent d'accorder le même privilège à la liberté (le non-esclavage) et l'honneur de la femme. « *Libertas inaestimabilis res* » (l. 106 D. de R. J. 50. 17) ; « *omnibus rebus favorabilior* (l. 122, eod.) ; « *servitutem mortalitati fere comparamus* » (l. 209, eod.), nous disent Paul, Gaius et Ulpian ² ; — « *viris bonis (mulieri seu viro) stupri patiendi metus major quam mortis esse debet* » (l. 8 § 2 D. q. metus causa, 4. 2), dit ailleurs Paul. Il est bien dans l'esprit romain de considérer à l'égal de la vie l'honneur et la liberté ; qu'on songe au suicide de Lucrece et au meurtre de Virginie.

V. Nous avons à dessein passé sous silence un fragment dont

¹ Brunnenmeister, *Quellen der Bambergensis*, 1879, p. 183, tire cette conclusion du seul passage de Paul, sans songer à s'appuyer sur la constitution que nous citons. — On pourrait être tenté de nier que la l. 45 § 4 expose un cas de nécessité, parce que le meurtre du tiers n'y est pas un moyen d'échapper à l'attaque injuste, mais le résultat d'une imprudence commise à l'occasion de la défense ; mais l'acte de défense dans l'exécution duquel est commise l'imprudence est lui-même nécessaire. (v. ch. IV, § 2).

² Adde l. 176 § 1 D. de R. J. (50. 17) ; et l. 9 § 2 D. de statuliberis (40. 7) Ulp. « ... *libertas pecunia tui non potest nec reparari.* »

l'examen va donner l'occasion d'élucider une question intéressante : le droit romain a-t-il vu dans la contrainte une cause d'exclusion de la liberté et, conséquemment, de la responsabilité, comme de nos jours, la doctrine française basée sur l'article 64 du Code Pénal ? Dans la *contrainte physique* évidemment ; nos citations l'ont montré (v. p. 64). Mais il faut répondre négativement quant à la *contrainte morale*, quant à celle tout au moins qu'exerce le danger dont la présence cause l'état de nécessité. Le fragment auquel nous venons de faire allusion semble nous contredire ; citons-le :

« L. 16 § 1 D. de liberali causa (40. 12) Ulp. Si vi metuque compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carere ».

Il s'agit des hommes libres qui se font vendre comme esclaves pour escroquer à l'acheteur le prix de vente, par collusion avec le vendeur ; le prêteur leur refuse la « *proclamatio ad libertatem* », à laquelle ils auraient autrement droit, refus qui présente tous les caractères d'une peine. Cette peine sévère tombe, nous dit Ulpien, si, en jouant le rôle d'esclave, l'individu n'a cédé qu'à la violence et à la crainte. Mais le grand jurisconsulte ne souffle pas mot d'absence de volonté ou de liberté, non plus que de contrainte¹ ; il dit seulement : « celui qu'a poussé la violence ou la crainte *manque de dol* ». C'est l'intention criminelle, le « *dolus malus* » exigé ici (l. 14 eod.) qui disparaît, tout comme dans le cas d'incendie dont nous nous sommes occupés plus haut.

Alléguera-t-on les textes nombreux dans lesquels les Pandectes reconnaissent l'influence de la crainte sur la validité des contrats ? C'est ce que font la plupart des partisans de la théorie de contrainte morale, heureux de s'appuyer sur l'autorité des

¹ Quoi qu'en pense *Binding*, Normen, II, p. 283 : « unter dem Bann der Angst kann die Willensfreiheit vergessen und verloren gehen », mots qu'il illustre de la citation du fragment en question.

Romains¹, et notamment les auteurs français². Ils se rendent coupables d'une étrange confusion entre la responsabilité en matière de contrats et en suite de délits. Les conditions de rescision des contrats, d'une part, d'impunité des délits, de l'autre, sont en effet de nature absolument différente. Le délit porte dommage, soit à un individu, soit au corps social, et s'en abstenir est un devoir imposé à tous les hommes ; s'engager par contrat n'est au contraire une obligation pour personne. Le motif d'interdiction du délit est l'intérêt d'autrui, intérêt social ou individuel, c'est-à-dire une considération étrangère à l'auteur ; le motif du contrat est au contraire l'intérêt du contractant, intérêt que l'exécution de la convention sert tantôt matériellement, comme dans les contrats à titre onéreux, tantôt moralement, comme dans la donation, où l'équivalent de l'abandon d'un bien est, pour le donateur, la satisfaction tirée de l'accomplissement d'un devoir ou le plaisir de faire plaisir à autrui. Pas de contrat sans équivalent à l'obligation contractée. Or, que se passe-t-il lorsqu'un engagement est pris sous l'effet de la crainte ? Un propriétaire menacé de mort vend dix mille francs une maison qu'il ne voulait céder qu'au triple : l'équivalent de sa prestation n'est plus la somme de trente mille francs, c'est celle de dix mille francs seulement, plus le soulagement que lui apporte la disparition d'appréhensions terribles, soulagement payé très cher, sans doute, mais librement acheté. L'intérêt qui pousse au contrat conclu sous l'empire de la crainte n'est donc que l'intérêt à la disparition d'un danger (ou à la cessation d'un mal) et, si ce danger a été causé précisément dans le but de contraindre l'in-

¹ L'erreur est commune chez les auteurs des derniers siècles ; dans notre siècle on la rencontre chez *Feuerbach*, *Lehrbuch*, 14^e A., § 91 ; et, malgré l'observation de *Wächter*, *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts*, 1823, § 68, chez *Jarcke*, *Handbuch*, I, 1827, p. 83.

² *Sarrau de Boynet*, des Excuses légales, 1875, p. 9 ; confusion complète chez *Chauveau et Hélie*, *Théorie du C. P.*, 4^e éd., I, p. 572, d'après lesquels la l. 49 § 1, D. ad leg. Aquil. est une dérogation aux principes !

dividu à s'obliger, il est bien clair que l'engagement a perdu tout équivalent¹. Proclamer la validité d'un contrat dont le seul but est d'écarter un pareil danger impliquerait donc contradiction. Commis sous l'empire de la crainte, le délit, au contraire, n'en reste pas moins délit, car la société, en imposant le devoir de ne pas le commettre, exige des individus qu'ils apportent une certaine force morale à l'accomplissement de ce devoir, qu'ils opposent toute la résistance possible aux mobiles entraînant à sa violation.

Il est bien un cas où l'on peut parler, en droit romain plus encore qu'en droit moderne, de contrainte morale, ou, mieux, d'absence de volonté intelligente et libre ; mais ce n'est pas un cas de nécessité : c'est le cas où le délinquant ne fait qu'exécuter l'ordre d'un supérieur. A Rome, l'esclave est regardé comme l'instrument du maître, le fils comme l'instrument du père ; ce n'est pas leur volonté propre, ni leur propre intelligence qui président à leurs actes : « Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini », nous dit Ulpien (l. 4 D. de Reg. Jur. 50. 17). Ce qui constitue l'obéissance, n'est-ce pas en effet l'abdication de la volonté en mains de celui auquel on reconnaît le droit d'ordonner² ? De là l'impunité de l'inférieur, non seulement lorsqu'il a l'incontestable devoir d'obéir, mais, l'obéissance étant devenue en lui une habitude qui enlève à ses décisions toute indépendance, même lorsqu'il devrait regimber

¹ Le contrat est valable si la crainte est celle d'un mal indépendant de sa conclusion : ainsi l'engagement que prend vis-à-vis d'un tiers, dont il implore le secours, un homme sur le point de se noyer ou que des brigands menacent de mort. Son engagement a ici un sérieux équivalent. Cf. *Ihering*, *Zweck im Recht*, I, p. 15-7. L'article 1411 C. C. nous semble donc conçu dans des termes trop généraux.

² L. 37 D. Ad leg. Aquil. (9. 2) : « Si modo *jus imperandi* habuit (qui jussit) » ; l. 15 D. de lege Corn. de falsis (48. 10) : « *necessitas potestatis* » ; l. 1, l. 14 D. de his qui not. inf. (3. 2) : « *jussu ejus in cujus potestate erat* » ; l. 169 D. de R. J. (50. 17) : « *ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit* ».

contre l'ordre de son supérieur, c'est-à-dire lorsque cet ordre est injuste, que son contenu est un délit. Mais les Romains ne vont cependant pas jusqu'à admettre que l'esclave (et à plus forte raison le fils) puisse aveuglément obéir lorsqu'il s'agit de délits vraiment graves : « *Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis, si dominis obtemperaverint* » (Ulp. l. 157 D. de R. J. 50. 17). La pression de l'ordre ne peut alors qu'atténuer la responsabilité, et c'est l'avis d'Ulpien, qui, tout en soustrayant aux pénalités de la lex Cornelia l'esclave qui a tué par ordre de son maître, le déclare responsable du préjudice causé¹.

Mais ici intervient une considération nouvelle, étrangère à celle de l'ordre : l'esclave peut craindre que, s'il se refuse à obéir, son maître ne lui inflige une punition cruelle, soit parce que l'ordre est accompagné de menaces, soit parce que le maître a une réputation de cruauté ; il se trouve alors en état de nécessité. Ce semble être le point de vue de Celse lorsqu'il nous dit (l. 2 § 1 D. de noxal. act. 9. 4) : « *Quasi ignoverit (lex Aquilia) servo qui domino paruit, periturus si non fecisset* ». Il y a ici une transition facile entre deux motifs d'impunité d'une nature toute différente, transition dont nous verrons user les auteurs du moyen âge.

Nos sources nous permettent du reste² de suivre la trace, touchant l'influence proprement dite de l'ordre, d'un développement inverse de celui que nous avons signalé à propos de la nécessité : tandis que Celse dégage de toute responsabilité l'esclave homicide, Ulpien ne l'exempte plus que des peines de la lex Cornelia et, à la fin du IV^e siècle, une constitution impériale n'hésite pas à le condamner aux mines, ne reconnaissant donc à l'ordre qu'une influence à peu près nulle. C'est que de siècle

¹ Cf. l. 17 § 7 D. de injur. (47. 10) et l. 2 in f. D. de noxal. action. (9. 4).

² Cf. l. 2 D. de noxal. act. (9. 4), les fragments d'Ulpien déjà cités et la C. 8 pr. C. Ad l. Jul. de vi (9. 12).

en siècle s'affirmait la tendance à reconnaître à l'esclave une personnalité, à y voir un homme et non plus une chose¹. Le fait de ces deux développements parallèles et contraires, tendant, l'un à augmenter les prérogatives de la nécessité, l'autre à restreindre l'effet justificatif de la contrainte morale, nous semble significatif. Ici encore les Romains ont vu juste : la société doit, avec les progrès de la civilisation, exiger plus d'attention et d'effort des individus à l'égard de l'observation de la loi, et, d'un autre côté, attacher une importance sociale plus grande à la conservation des biens individuels.

L'idée que les menaces ou l'imminence du danger suppriment la liberté de la volonté est donc toujours restée étrangère au droit romain, de l'esprit duquel le célèbre « *tamen coactus volui* » de Paul est à cet égard l'expression adéquate.

VI. *Systematisation*. Jetons maintenant un coup d'œil d'ensemble sur les dispositions examinées isolément.

1. Nous constatons d'abord que tous les biens jouissent indifféremment de la faveur de la nécessité. la propriété comme la vie, et nous avons vu qu'il faut placer sur le même pied que la vie, l'honneur et la liberté. Mais,

2. Les conditions d'impunité varient suivant l'importance du bien protégé :

a) Il n'est pas de délit qui ne soit excusé lorsqu'il s'agit du salut de la vie et que l'intérêt suprême de la patrie n'est pas en jeu. « *Ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit* », nous dit Ulpien répétant un décret des princes. Il est vrai que le délit pardonné est de peu de gravité, gravité encore atténuée par un système de procédure qui rabaisse le procès pénal au rang d'une lutte entre particuliers où, comme à la guerre, on ne recule devant l'emploi d'aucun moyen, hon-

² V. *Jousserandot*, l'Édit perpétuel, II, 1883, N^{os} 774, 1254 in f.

nête ou déshonnête ; que, si le principe est large, celui-là seul qui a songé à toutes les conséquences d'un principe en connaît la valeur et peut être rangé au nombre de ses partisans. Mais la valeur du principe ressort de la nature spéciale du cas ; l'auteur est tombé par sa faute en état de nécessité et c'est le devoir de tout criminel de se laisser juger, de sorte qu'aucun juriste n'hésiterait aujourd'hui à condamner l'accusé qui empêche la justice de suivre son cours. Puis d'autres passages excusent l'homicide nécessaire, en mettant l'accent sur le danger de mort qu'à dû courir l'auteur : C. 2, ad leg. Corn., cit. : « qui *in dubio discrimine vitae occiderit* » ; l. 2 § 1 D. de noxal. act., cit. (p. 74) : « *periturus* si non fecisset », faisant ainsi disparaître l'incertitude que pourrait laisser subsister le seul fragment d'Ulpien.

Dans le cas de « *periculum rei* », au contraire, l'impunité n'est accordée que si le bien conservé est de valeur supérieure (navire et câble) ou tout au moins égale (maison et maison) à celle du bien sacrifié. Le pêcheur ne pourrait démolir le navire pour sauver son filet ; il ressort des dispositions de la *lex Rhodia* (en particulier l. 2 § 2) qu'un propriétaire de marchandises ne pourrait les sauver en jetant à la mer des marchandises d'une plus grande valeur sous un même volume.

b) Il importe peu, quand il s'agit de la vie, que l'état de nécessité soit survenu par la *faute* de l'auteur ; dans la l. 1, de *bonis eorum*, il est dû à la plus grave des fautes, à un crime punissable de mort. L'importance du bien sauvé rend le juge indulgent. L'absence de faute est au contraire strictement exigée, quand l'intérêt en jeu n'est que le salut de la propriété : « *si culpa nautarum id factum sit, lege Aquilia agendum* » (l. 29 § 3, ad l. Aquil. cit.). De plus, la nature du cas (l'on se rappelle qu'il s'agit d'un navire embarrassé dans des câbles d'ancre ou des filets de pêcheurs) nous permet d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une faute intentionnelle, mais d'une simple imprudence :

c'est par la négligence du capitaine ou des matelots que l'accident se produira, si ce n'est pas par la force des choses ; et il doit suffire d'une « levissima culpa », selon les principes de la loi Aquilienne ¹.

D'autres conditions d'impunité sont toujours posées :

c) La *nécessité* : pour être nécessaire l'acte doit être l'unique moyen de conservation du bien propre : « cum alias non posset » (l. 3 § 7 in f. de inc. cit.) ; « si nullo alio modo nisi præcisissimis funibus se explicare potuit (l. 29 § 3 ad l. Aq. cit.) ; « periturus si non fecisset » (l. 2 § 1 de noxal. act. cit.).

d) L'absence d'un *devoir* spécial d'affronter le danger, de sacrifier sa vie ou ses biens à quelque considération étrangère à l'intérêt propre. Sont astreints à ce devoir : le militaire en présence de l'ennemi (l. 6 §§ 3, 5 ; l. 3 § 4 D. de re militari, 49. 16) ; le soldat dont le chef est en danger (l. 6 §§ 8-9, eod.) ; les éclaireurs qui surpris par l'ennemi, ne doivent pas dévoiler les secrets dont ils sont dépositaires (l. 6 § 4, eod. : cela ressort de la nature du cas) ; les gardes du palais (l. 10 pr. eod.) et, enfin, l'esclave qui voit son maître en danger, eût-il déjà reçu quelque blessure en le défendant, tant qu'elle ne le rend pas incapable de l'assister (l. 1 §§ 28, 29, 37, 32 D. de SC. Silan. 29. 5).

3. *Motifs d'impunité* : A part les cas où le bien protégé est, soit un intérêt public, soit le bien d'une pluralité d'individus, cas dans lesquels un véritable droit de nécessité semble correspondre au devoir du porteur du droit inférieur d'en faire le sacrifice (l. 14 § 1 D. quem. serv. am. cit. ; l. 2 § 2 D. de l. Rhodia, cit. et en général dans le jet à la mer), nous voyons les jurisconsultes romains envisager le cas de nécessité à deux points de vue distincts.

L'un est un point de vue de criminaliste : la considération de

¹ Goch, op. c., p. 5-7.

la nature humaine commande le pardon. C'est celui du décret des princes qu'approuve Ulpien : « *ignoscendum* ei qui sanguinem suum redemptum voluit » ; et de Celse excusant l'esclave homicide : « quasi *ignoverit* servo periturus si non fecisset ». Ce motif d'impunité ne convient de sa nature qu'au danger de mort et laisse debout le délit, qui n'est qu'excusé.

L'autre point de vue est essentiellement juridique et bien conforme à l'esprit du droit romain ; c'est le plus souvent suivi : l'acte nécessaire n'est point un délit parce que le dol (dans la lex Aquilia, l'injuria) lui fait défaut : « *dolo careo* » (l. de incendio) ; « *dolo caret* » (l. de lib. causa) ; « non injuria fecit » (l. de incendio). L'injuria c'est, dans la loi Aquilienne (Ulp. l. 5 § 1), « quod non jure fit », le « *damnum culpa datum* » ; le dol, c'est la volonté dirigée vers une action défendue. De leur absence, on pourrait donc conclure que nous n'avons pas à faire à une action défendue, que la lésion nécessaire est permise, et que le nécessité jouit d'un véritable droit¹. Mais les Romains n'ont jamais distingué clairement le côté objectif et le côté subjectif d'une action ; si l'usage d'un droit exempté de toute responsabilité, c'est à leurs yeux parce qu'il exclut le dol : « *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* »². Ils ne séparent pas ces deux choses pour nous distinctes : l'exercice d'un droit et l'intention de nuire. Nous ne pouvons donc, en droit romain, parler d'un droit de nécessité ; nous pouvons seulement dire que, dans l'état de nécessité, l'innocence, la justice même du but poursuivi — but de conservation propre — est exclusive de toute faute. Peu importe du reste que l'auteur ait agi de sang-froid ou sous l'impulsion de la crainte (l. de lib. causa) ; la contrainte morale n'entre pas en ligne de compte, mais uniquement le but poursuivi par l'individu.

¹ *Binding*, Normen, II, p. 293 ; *Stammler*, p. 15. Contra, *Janka*, p. 48.

² l. 15 D. de R. J. (50.17). Voir *Pernice*, op. c., p. 11 sv.

Nous trouvons le même raisonnement dans le cas analogue de l'« *actio aquae pluviae arcendae* », donnée pour le détournement des eaux qui causent du dommage à un fonds par suite de travaux exécutés sur un autre fond ; l'action est refusée lorsque ces travaux ont été nécessités par la culture (l. 1 D. de aq. et aq. pl. 39.3) et voici la raison qu'en donne Marcellus (l. 1 § 12) : « *Cum eo qui in suo fundo fodiens vicini fontem averterit, nihil posse agi, nec ne dolo actio est; et sane non debet habere, si non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* » L'intention de protéger son bien exclut donc le dol ; mais il reparait dès que le dessein de nuire s'accuse et pousse l'auteur à agir, concurremment à l'intérêt de conservation propre ; la l. 14 pr. de praescr. verbis, cit. nous le dit expressément : « *si dolo id fecisset, de dolo tenetur* ». Est donc responsable celui qui, pour sauver ses marchandises, jette celles d'autrui à la mer, s'il choisit celles d'un individu déterminé, dans le but de lui porter préjudice. Le même acte serait impuni, si le hasard seul avait déterminé le choix des mêmes marchandises : le facteur décisif est donc la direction de la volonté.

L'impunité de l'acte nécessaire entraîne celle de l'acte de légitime défense, qui, lui aussi, est commis dans un but de conservation propre ; les Romains l'ont compris : Paul se sert, à propos de la légitime défense, des mêmes termes que Celse et Ulpien à propos de l'état de nécessité : « *qui, quum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt* » (l. 45 § 4 D. ad. leg. Aquil. 9. 2). Ce qui ne signifie pas que le droit romain ait confondu ces deux états de choses ¹ ; bien au contraire, il les distingue expressément (l. 45 § 4 cit.) et reconnaît un droit à la victime d'une agression injuste : « *vim vi repellere licet* ² », droit spécial basé soit sur le danger couru par

¹ Ce que prétend *Lauterburg*, l. c. p. 158-9 ; vague, *Stammler*, p. 9, 15.

² L. 1 § 27 D. de vi, 43. 16 ; l. 1. C. unde vi, 8. 14 ; l. 1 § 3 D. de J. et J., l. 1 ; etc.

l'assailli, soit sur le fait de l'attaque injuste, et dont il ne peut être question vis-à-vis d'autres que l'agresseur. L'acte de défense reste donc impuni pour une double raison : parce qu'il a pour but le salut de la personne ou des biens — c'est le motif d'impunité de l'acte nécessaire (point de vue subjectif) — et parce que la loi permet de repousser la force par la force (point de vue objectif). La constatation du fait que les Romains ont reconnu, en termes catégoriques un droit de légitime défense et qu'ils n'ont pas expressément proclamé de droit de nécessité, nous confirme dans l'idée qu'ils n'ont pas songé à voir dans l'acte nécessaire l'exercice d'un droit.

Telle est la théorie romaine de l'état de nécessité; nous l'avons longuement étudiée, tant à cause de l'importance historique du droit romain qu'en raison de l'intérêt qu'il y a à savoir ce que le plus juridique des peuples a pensé d'une question d'une portée générale comme celle qui nous occupe. Aucune législation n'a du reste encore égalé sur ce point celle de Justinien; quoique venus les premiers, les Romains ont mieux vu que les modernes.

CHAPITRE II

DROIT GERMANIQUE¹

I. Le droit germanique semble pénétré de deux idées riches en conséquences, et dont l'action commune dut amener à excuser dans une large mesure l'infliction d'un dommage en cas de nécessité, à voir même en cet acte l'exercice d'un droit.

L'une de ces idées, c'est que *la nécessité n'a pas de loi* ; que, faites pour le cours naturel des choses, les lois cessent d'obliger en cas d'événements extraordinaires ; de nombreux proverbes allemands la formulent, et l'impossibilité de leur assigner une origine témoigne de leur ancienneté, montre qu'ils émanent, non des juriconsultes, mais du peuple. *Noth hat kein Gebot* (proverbe français : Nécessité n'a pas de loi) ; *Noth und Tod hat kein Gebot* ; *Noth bricht Eisen* ; *Noth bricht Recht* (proverbe français : Nécessité contraint la loi) ; *Noth besser Recht ist Leibes Noth als Herren Gebot* ; *Noth sucht Recht wo sie es findet*. » Tantôt ils voient dans la nécessité la volonté de Dieu : « *Gottes Gewalt und ehehafte Noth sind vorbehalten* », tantôt ils en parlent comme d'un pis-aller auquel il faut se résigner : « *Muss ist ein*

¹ *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, 1828, p. 400-2, 948, 523, 554, 517 ; 460-2, 329, 487, 950, 489 ; 293, 944 ; 408, 792. *Wilde*, Strafrecht der Germanen, 1842, p. 930-40, 141-3. *Graf und Dietherr*, Deutsche Rechts-sprichwörter, 1864, p. 388-94. *A. Schmidt*, Echte Not, ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, 1888.—*Früsch*, *Telum necessitatis*, 1661, Sect. VII, Co. II, n. 3 ; *Walch*, de Furto, 1789, § V ; *Stammler*, 21-3 ; *Göh*, 10-1.

böses Kraut, » dit humoristiquement le proverbe allemand ; et le vieux dicton français :

Quand « il faut » vient en la place,
Il n'est rien qui ne se fasse.

Ce principe que la nécessité dégage de l'observation de la loi, nous en trouvons d'innombrables applications dans les sources du moyen âge, en toute matière juridique¹. La nécessité est désignée par les termes de « sunnis », « summus », « essonia », en français « essoï(g)ne », plus tard par ceux de « Noth » et « necessitas », et la phrase « si eum sunnis non detinuerit » (nit ne beneme inn echte not), ou d'autres équivalentes, se rencontre à chaque instant, libérant l'individu des obligations les plus diverses, leur inexécution fût-elle même frappée d'une peine. L'état de nécessité justifie, par exemple, l'abstention des nombreux services publics imposés à tout homme libre, en sa qualité de membre de la communauté : service de juge, participation aux expéditions militaires, aux travaux d'entretien des digues, etc. ; le fait de ne pas secourir l'homme qui appelle à l'aide ; la contravention aux règlements sanitaires ou concernant l'observation du dimanche, tous faits qui entraînent ordinairement une peine. Il ne s'agit sans doute le plus souvent que de délits d'inaction, les plus facilement excusables, mais la nécessité en question n'est pas seulement la force majeure, ou le danger de mort ; il ne s'agit quelquefois, par exemple, que de la recherche du bétail égaré, de la nécessité de veiller un malade ou de ne pas laisser se gâter la pâte destinée au pain, de simples intérêts d'affaires. On reconnaît donc que l'intérêt public doit parfois céder le pas à l'intérêt privé : « Jeder ist sich selbst der Nächste », dit un autre proverbe, dont on peut rapprocher le

¹ Schmidt, p. VII sv., 1 sv., 19-21, 35, 42, 49 sv., 141-8 ; Grimm, p. 295-6, 944.

proverbe français : « Charité bien ordonnée commence par soi-même. »

Nous voyons en même temps les Germains pénétrés d'un vif sentiment de solidarité ; l'assistance réciproque est à leurs yeux un devoir, dont la violation est frappée de peines (Wilda) ; c'est plus qu'un simple devoir moral. Cette idée que la vie serait impossible si chacun se renfermait dans son égoïsme, ils l'appliquent aux relations avec les étrangers en passage, comme à celles entre membres de la même communauté ; le devoir d'hospitalité correspond au devoir d'assister le pauvre.

II. Les dispositions de lois que nous allons citer et qui nous révèlent l'existence d'antiques usages, sont certainement l'émanation de ces deux principes, principe d'assistance réciproque et principe que le cas de nécessité est excepté de la loi.

Un grand nombre ont trait au voyageur, étranger ou national. Si, disent-elles, son cheval épuisé se refuse à continuer sa route, qu'il le fasse paitre dans un pré voisin ou lui coupe quelque fourrage ; des précautions sont prises pour qu'il n'abuse pas de son droit : il doit, en coupant le blé ou le fourrage à l'aide de son épée, conserver un pied immobile au bord de la route, ou user d'un procédé analogue qui ne lui permette d'en atteindre qu'une quantité limitée ; une fois le cheval rassasié, il doit rejeter le surplus où il l'a pris ; en emporter serait un vol. Miroir de Saxe, II. 68 : « Irleget deme wechverdigen manne sin perd (Pferd), he mut wol korn sniden (schneiden) und im geven, also verne also he't gereken mach, stande in me wege mit enem wute (Fusse) ; he ne sal is aver nicht dannen voren (führen). » Jus prov. alem. 197, 10-12 : « Ain (fremde) man snidet wol sinen mueden pfärden ain fuster, daz gen ainem pfen wert ist, ob er went, dass er im erligen welle. Daz muoss er auch swern, ob sin jener nit entbehren wil, des daz korn ist. Er lat auch sin pfärde treten mit den vordern füssen in daz Korn unde lat er ezzen unz er wider kumpt unde

er sol des fusters nit von dannen fueren ¹ ». Si quelque accident survient à son véhicule, voiture, traîneau ou bateau, il peut couper du bois, abattre même un arbre pour le réparer. Le cultivateur jouit du même droit pour la réparation de sa charrue ²: Lorscher weisthum: . . . Wäre es sach, dass ein mann durch den wald mit seinem geschirr führe, so mag er umb sich sehen, sihet er dann einen stamm, damit er seinem geschirr zu hülfe kommen mag, den mag er abhauen und sein geschirr damit machen und das altholz wider uf den stamm legen. . . »

A plus forte raison, le voyageur peut-il porter atteinte à la propriété d'autrui, quand c'est de sa propre conservation qu'il s'agit. Une loi pose le principe en termes généraux: Leg. Feudorum, II, 27 § finalis: « Quicumque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quando propinquius secundum viam stans in loco amplecti potuerit ad refectonem et reparationem equi sui, impune ipsi equo porrigat. Licitum sit etiam ipsi uti herba et viridi sylva: et sine vastatione aliqua quilibet utatur pro sua commoditate et usu necessario. » D'autres énumèrent les cas divers: campement établi de nuit sur la terre d'autrui, bois coupé pour faire du feu. Lex Wisigoth. VIII, 2: « Qui in itinere constitutus cujuscunque forsitan campo applicaverit, et ad coquendum cibum aut frigoris necessitate compulsus ignem fecerit, cautus sit, ne ignis longius dilabatur. » Le voyageur peut pêcher,

¹ V. aussi Görlitzer Landrecht, c. 41, § 2 (Stammeler, 22); lex Wisig. VIII, 4, 27; Benker Heidenrecht, § 40-41 (Grimm, 401); Friderici I Imp. constitutio de pace tenenda, 18 sept. 1156, n. 19 (Monum. Germ. Leges, II, p. 403); id., 18 Febr. 1179: « Si viator equitans necesse habuerit pascere equum suum, pedem unum ponat in via et falce vel cultro quantum expedit de frugibus resecat et in via equum suum reficiat et inde nihil de frugibus deferat: *gramen non incitat, sed in ipso gramine equum suum quod satis est pascat.* » Heinrici regis treuga, Jul. 1230, n. 7 (Monum. Germ. Leg. II, p. 267).

² Grimm, p. 402, § 17.

manger les fruits de la forêt et en remplir son gant ou son chapeau, arracher jusqu'à trois raves, cueillir jusqu'à trois pommes, trois grappes de raisin ¹. Cette dernière faveur est même accordée à tout passant, en dehors du cas de nécessité ²; ici, le second des principes exposés plus haut est seul en jeu : lorsque la nature se montre généreuse, il s'érigerait mal au propriétaire de se montrer avare.

Ces cas de nécessité sont si souvent mentionnés dans nos sources que nous en pouvons conclure à l'existence d'usages incontestés. De même quant au droit qu'a la femme enceinte de satisfaire ses envies en une certaine mesure, envies de fruits, de légumes, de poisson, de gibier. C'est un droit de nécessité; ce n'est pas l'irrésistibilité du désir de la femme qui est prise en considération, c'est le mal qui résulterait de sa non-satisfaction, car le droit est accordé aux membres de la famille de la femme comme à la femme elle-même. La femme en couches jouit d'une faveur analogue : chacun peut s'emparer pour elle de pain et de vin ³.

D'autres textes de lois visent des cas plus spéciaux. Edict. Rothar. c. 305 : «... Si iterans homo propter utilitatem suam foris clausuram pulsaverit, non sit ei culpa. » Lex Wisig. VIII, 4, 24 : « Si iter clausum aut constrictum sit, rumpenti sepem aut vallum nulla calumnia moveatur ⁴ ».

¹ Wilda, 939; Grimm, 402, 523, 554; Graf u. Dietherr, 492-3.

² V. ci-dessous, p. 102-3, et Grimm, 554.

³ Grimm, 408, 792; Rötzer Weisthum, cité par Graf u. Dietherr, 393. — Cf. Talmud, traité Yôma, VIII, 4 (trad. Schwab, V, p. 251) : « Si une femme enceinte, ayant senti l'odeur d'un mets, éprouve en ce jour (du grand pardon, où il est défendu de manger) une forte envie de manger, qu'il serait dangereux de ne pas satisfaire, on lui donnera à manger jusqu'à ce qu'elle se remette. »

⁴ Cf. droit romain, p. 65; et le Talmud, traité des Berakkoth, p. 1, ch. II, 9 (trad. Schwab, I, p. 54) : « Pour éviter la boue des routes, il est permis de marcher au bord des champs cultivés (et non dans les plantations de safran,

Exercice d'un droit, tous ces actes sont accomplis au grand jour ; mais le vol commis secrètement était lui-même excusé. Le pauvre homme, qui ne trouvait pas d'ouvrage, pouvait dérober des aliments pour apaiser sa faim et celle des siens ; il ne devait cependant pas en prendre l'habitude ! certaines lois punissent le troisième vol (Wilda, 940).

L'état de nécessité ne justifie pas seulement les atteintes à la propriété : de graves atteintes à la personne sont parfois excusées. Tacite nous apprend¹ que les Frisons, leurs biens se trouvant insuffisants, donnèrent leurs femmes et leurs enfants en paiement du tribut exigé par Drusus ; la vente des enfants par leur père, sévèrement interdite en général, reste autorisée dans le cas de nécessité². De même du délaissement d'enfants, qui les expose souvent à une mort certaine. On connaît le conte du Petit Poucet ; les parents qui manquaient de pain les menaient souvent perdre, — quand ils ne jouaient pas le rôle de l'ogre, comme les Annales Fuldenses de l'an 850³ nous le racontent d'un paysan de Thuringe, qui s'en allait tuer son enfant pour le manger lorsqu'un jeune chevreuil s'offrit inopinément à lui, de même qu'à Abraham le bélier que devait remplacer Isaac. Et l'on rapporte que, lors d'une famine, une assemblée du peuple islandais décida le sacrifice des vieillards, des infirmes et des malades, dans lesquels on voyait des bouches inutiles, cas de nécessité dont l'histoire de Rome nous offre aussi des exemples⁴.

dont la perte serait trop sensible) ; mais on peut même traverser ces dernières si la route est complètement défoncée (au point qu'il soit impossible d'y faire quelques pas). »

¹ Annal. 4, 72 : « Ac primo hoves ipsos, mox agros, postremo corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant. »

² Grimm, 461-2. Cf. Karoli II Edict. Pistense, 25 Jun. 864 (Monum. Germ. Leg. I, p. 497).

³ Monum. Germ. I, p. 366 sqq.

⁴ V. p. 56, note 1 ; Grimm, 460, 487, 930. — Stammler rapporte à l'ho-

micide nécessaire un passage de la Constitution de Frédéric I^{er} « de pace tenenda » du 18 sept. 1156 (Monum. Germ. Leg. II, p. 101), qui ne vise que la légitime défense; le contexte des mots qu'il cite le rend évident. Quant aux textes de lois consacrant le droit de repousser l'attaque d'un animal en le tuant, Stammier oublie que c'est à leurs yeux un cas de légitime défense (Bernier, Nothwehrtheorie, p. 553): elles emploient les termes de « defendere », de « Nothwehr »; l'on sait aussi que le droit germanique reconnaît à l'animal une responsabilité pénale (Grimm, 664).

CHAPITRE IV

DROIT CANON

L'Église emprunte au droit des peuples germaniques, qu'elle vient civiliser, le principe que la nécessité n'a pas de loi et l'applique dans toute sa largeur en matière pénale.

§ 1. LES PÉNITENTIELS

I. Les pénitentiels, ces témoins respectables de la primitive Église, sont les premiers des codes pénaux¹ ; nous y trouvons le droit criminel de l'Église le plus pur, car la pénitence, qu'elle prononce, mais que le coupable s'inflige librement, est la peine qui répond le mieux à son rôle spirituel, à la tâche qu'elle poursuit d'abord avec désintéressement de faire la guerre au péché. Ils présentent un sérieux intérêt historique, comme trait d'union entre le droit germanique, avec lequel ils offrent de frappantes ressemblances², et le droit canon, proprement dit, qui, souvent, en reproduit textuellement les dispositions ; dispositions significatives en matière d'impunité, parce que le juge religieux, scrutant jusqu'au fond des consciences, condamnait

¹ *Viollot*, Précis de l'histoire du droit français, 1886, p. 39, y voit la *jurisprudence* pénale codifiée des premiers temps de l'Église.

² *Wilda*, op. c., p. 414-5 ; *Holtzendorff*, Handbuch, I, p. 43-4.

pour la plus légère des fautes, ce qui nous permet d'affirmer qu'ou l'Eglise ne punissait pas, le pouvoir civil, qui en reconnaissait les droits de juge, proclamait aussi l'impunité (Stamm-ler).

II. On est surpris en feuilletant les livres pénitentiaux, anciens ou récents — celui de Théodore du VII^e siècle, comme le « Civitatense » du XVI^e —, d'y rencontrer à chaque instant le mot de « necessitas » ; la nécessité y joue le rôle d'une véritable exception, d'une excuse à tous les délits ; seuls, les péchés de fornication ne sont jamais excusés, soit que l'Eglise ait dû les traiter avec le plus de sévérité, comme les plus invétérés en pays barbares, soit surtout parce qu'ils ne peuvent guère être commis en état de nécessité : s'ils l'ont été sous le coup de menaces, celui qui y a cédé sera considéré comme une victime, plutôt que comme un auteur.

C'est d'abord la violation de la plupart des *præceptes religieus* qui est expressément excusée. Les uns concernent le culte, l'ordination, l'administration des sacrements, la sanctification du dimanche, c'est-à-dire les actes religieux en général¹ ; d'autres sont de nature plus spéciale. Ainsi l'interdiction de manger la chair de certains animaux : Pœnitentiale Theodori, I, 7 § 6 : « Qui manducat carnem immundam dilaceratam a bestiis, XL dies pœniteat. Si enim necessitas cogit famis, nihil est.² » Le *parjure* aussi, péché de toute gravité entraînant ordinairement onze ans de pénitence, est quasiment impuni en cas de nécessité : Canones Gregorii, c. 188 : « Qui perjurium fecit in ecclesiam XI annos pœniteat ; qui vero propter necessitatem

¹ Capitula Dacheriana, c. 13, 18, 41, 53, 79. Canones Gregorii c. 24, 135, 54. Pœn. Theodori I, 7 § 9 ; II, 8 § 2. Corrector Burchardi, c. 56. Mêmes dispositions dans presque tous les pénitentiels. — Nous citons d'après *Wasserschleben*, Bussordnungen der abendländischen Kirche, 1851.

² Même disposition, parfois avec simple atténuation de peine : P. Bedae, c. 7 § 1 ; Pseudo-Bedae, 22 § 1 ; Confess. Pseudo-Egberti, c. 39, etc.

coactus III quadragesimas. » De même le P. Theodori, I, 6 §§ 1-2 et le Corrector Burchardi, c. 31 ; mais les pénitentiels de l'empire franc, plus sévères en général que les anglo-saxons, n'abaissent la peine qu'au quart ¹. Le *blasphème* (juramentum) est mis sur le même pied que le parjure, et l'*apostasie* et l'*hérésie* sont si coroplètement excusées que, commises en état de nécessité, elles ne font pas obstacles à l'ordination ².

Quant aux actes que nos lois modernes considèrent encore comme des crimes, les pénitentiels ne connaissent guère, en dehors des délits contre les mœurs, que l'homicide, le vol et le faux témoignage — la constatation de l'influence de la nécessité a, du reste, la même importance quelle que soit la nature du délit qu'elle exerce : ce qui nous intéresse, c'est l'impunité d'un acte, à une époque où la loi le frappe d'une peine; peu importe l'idée que s'en fait le droit actuel —. Le *faux-témoignage* (même pénitence que l'homicide) est excusé par le Corrector Burchardi c. 51 : « Si propter timorem fecisti falsum testimonium, aut membra perdere, aut vitam, vel ad ultima bona tua, tunc divide pœnitentiam et postea prævide ne tibi ulterius contingat. » Sur le *vol*, P. Pseudo-Bedae (VIII^e siècle), c. 39 § 3 : « Si quis per necessitatem furaverit cibaria, vel vestem, sive quadrupedem, per famem aut per nuditatem, illi venia datur, et jejUNET hebdomadas IV ; si reddiderit, non cogatur jejunaRE » ; la nécessité de la faim ou du froid excuse donc plus ou moins absolument le vol, selon que les choses volées ont été ou non restituées, en nature ou en équivalent, une fois passé le temps de détresse. Cette disposition que nous voyons apparaître ici pour la première fois dans une législation pénale, fit fortune.

¹ Le P. Pseudo-Theodori, du IX^e siècle (c. 9 § 7) rend compte du désaccord ; le Pseudo-Bedae concilie les deux opinions (v. p. 92 ci-dessous).

² P. Egherti, c. 6 ; Pseudo-Bedae 18 § 2. — Can. Gregorii, c. 45, 28 ; P. Theodori, I, 5 § 14 ; Merseburgense (Wasserschleben, p. 404 : il faut lire *sine* necessitate) ; Cummeani, 11 § 32.

Elle passe dans les pénitentiels des siècles suivants ¹, dans le corpus juris canonici, la Caroline, et le vol nécessaire est presque le seul cas de nécessité que connaisse la doctrine du moyen âge jusqu'à nos jours; elle écrit à son sujet d'interminables dissertations, sans pouvoir s'élever à un point de vue général, faute d'un coup d'œil d'ensemble.

Il est dans l'esprit des pénitentiels d'excuser *l'homicide nécessaire*, mais ils n'en parlent pas, ce qui provient sans doute de sa rareté. Des passages cités par Stammler et Göb, l'un (P. Civitatense, c. 47 : si homicidium fuerit necessarium, vel quia aliter evadere non potuit) vise bien un cas de nécessité, le meurtre d'un tiers innocent à l'occasion d'une attaque injuste, mais date du XVI^e siècle, époque à laquelle la doctrine, y voyant un acte de légitime défense, était unanime à l'innocenter; les autres (Corr. Burchardi, c. 1; Conf. Pseudo-Egberti, c. 24) parlent simplement d'homicide « ex necessitate », qualification qui, appliquée à l'homicide, désigne au moyen âge l'acte de légitime défense (v. p. 105) : cet acte est, du reste, nécessaire au premier chef, et, n'eussions nous pas d'autre indice, c'est lui qu'il faudrait croire visé, et non pas l'homicide nécessaire proprement dit, qui est beaucoup plus rare.

Mentionnons enfin un cas déjà rencontré en droit romain et en droit germanique, celui du père forcé par la faim de vendre ses enfants comme esclaves, méfait ordinairement puni de trois ans de pénitence (P. Ps. Bedae, 39 § 2) : Capitula Dacheriana,

¹ P. Pseudo-Romanum, 12 § 4; Merseburgense, 31; Vindobonense, 34; Pseudo-Theodori, 8 § 18; Corr. Burchardi, 38; Civitatense, 78. Cf. un canon irlandais antérieur (Wasserschleben, irische Kanonensammlung, 2^e Aufl. 1885, p. 102. Lib. 29, de furto, cap. 9) : « Salomon ait : non grandis culpa est, cum quis furatus fuerit, furatur enim, ut esurientem impleat animum. Ac si dicat : si necessitas famis coegerit quemquam, minoris culpae est, si furetur, sed notandum est, quod non dixit « non culpa est », sed dixit « non grandis culpa est » ; sicut David fecit in templo cum esuriret et ut Christus sabbato concessit discipulos vellere spicas (sur ce point, v. p. 102). »

c. 114: « Pater filium necessitate coactus in servitatem sine voluntate ejus filii tradet. »

III. Les pénitentiels prennent en considération non seulement l'importance du délit à excuser, mais encore celle du bien menacé, la nature du danger couru; nous lisons dans le Pœn. Pseudo-Beda, c. 49: « . . . Si quis coactus *pro vita redimenda* (perjuraverit), III XLmas pœniteat et legitimas ferias; si *pro alia aliqua necessitatis causa*, III annos i. p. e. a. » La pénitence varie du simple au décuple suivant que c'est en danger de mort, ou non, que l'individu s'est parjuré. L'état de nécessité n'emporte impunité complète d'un délit quelconque que lorsque le danger menace la vie ou les derniers biens (*vita, membra, ultima bona*); dans les autres cas, la pénitence était sans doute adoucie.

Ces dispositions des livres pénitentiaux, des antérieurs au X^e siècle surtout, que nous avons cités de préférence, sont d'autant plus intéressantes qu'elles datent d'une époque où ne régnait aucune doctrine, où le droit romain était inconnu et que leurs auteurs n'ont eu pour guides que leur raison et leur sentiment propres; la mention incessante qu'ils font de la nécessité nous autorise à dire qu'ils appliquent plus ou moins inconsciemment ce principe inconnu au droit romain et dont nous avons vu le droit germanique pénétré dans toutes ses parties: que le cas de nécessité est en dehors de la loi, qui n'est faite que pour les cas normaux ¹.

§ 2. LE CORPUS JURIS CANONICI

I. Le corpus juris canonici, qui reproduit souvent les pénitentiels, proclame nettement le principe qu'ils avaient incon-

¹ Le P. Theodori, I, 7 § 6, exprime clairement le principe: « quoniam aliud est legitimum, aliud quod necessitas cogit », mais nous croyons le passage interpolé: tous les manuscrits ne le portent pas, non plus que les dispositions semblables des autres pénitentiels copiant le P. Theodori.

sciemment suivi: « Quod non est licitum necessitas facit licitum ¹ », « necessitas non habet legem ² », mots auxquels Gratien lui-même ajoute ³ « sed sibi facit legem ». Mais le droit canon n'aurait-il posé ce beau principe que pour la forme, comme on le dit communément? Non point! car il l'applique sans cesse, soit qu'établissant une règle, il en excepte d'avance les cas de nécessité ⁴, soit qu'en présence d'un cas particulier il déclare que la loi existante ne peut lui être appliquée, parce que c'est un cas de nécessité ⁵. Il s'agit souvent, il est vrai, de cas sans grande importance pratique, si bien qu'un seul d'entre eux a préoccupé l'esprit des juriconsultes, celui du vol commis dans la détresse de la faim, le plus grave, dont traite un chapitre spécial et très en évidence des Décrétales et que la Bible avait soi-disant excusé. On comprend qu'il ait attiré toute l'attention — nous verrons les conséquences fâcheuses de cet exclusivisme —, étant au moyen âge plus fréquent qu'aucun autre; il n'en serait plus ainsi aujourd'hui: nous ignorons les famines terribles qu'ont connues nos ancêtres et, grâce au développement de l'assistance publique et de la charité privée, l'affamé n'en est plus guère réduit au vol. Aussi l'acte nécessaire sera-t-il rarement alors vraiment nécessaire à la conservation de l'individu, condition essentielle de son impunité complète.

II. Nous ne mentionnerons que les dispositions présentant un caractère pénal; mais parmi celles qui n'ont trait qu'aux formes indispensables à la validité des conventions, il en faut citer une énonçant le principe que la nécessité n'a pas de loi: Decr. Grat. Dist. I, c. 11, de consecrat.: « Felix Episcopus,

¹ Cap. 4, X, de Regulis juris (5. 41).

² Distinctio I, can. 11, de consecratione; c. 4, X, de consuetud. (1. 4).

³ Decretum Gratiani, Causa I, quaestio 1, can. 39.

⁴ Par ex. c. 2, X, de cust. euchar. (3. 44).

⁵ Par ex. Decr. Grat. C. XXX, q. 1, c. 7.

omnibus orthodoxis epistola prima. Sicut non alii, quam sacra-
domino debent missas cantare, nec sacrificia super altare offerre,
sic nec in aliis quam domino sacratis locis missas cantare, aut
sacrificia offerre licet, nisi summa coëgerit necessitas. Satius
ergo est missam non cantare, aut non audire, quam in illis locis,
ubi fieri non oportet ¹: *nisi pro summa contingat necessitate:
quoniam necessitas legem non habet* ². Intéressants sont aussi
les canons 19, 35 et 36, Dist. IV, de Consecratione, déclarant
valable le baptême conféré par un laïque.

Parmi les délits d'une certaine gravité, sont excusés :

1^o *Le vol*, par le c. 3, X, de furtis (5.18), sur lequel nous
reviendrons au chapitre suivant : « Ex pœnit. Theodori. Si quis
propter necessitatem famis furatus fuerit cibaria, vestem, vel
pecus, pœniteat hebdomadas tres ; et si reddiderit, non cogatur
jejunare. »

2^o *Le parjure* : Gratien insère dans son Décret, C. XXII,
q. 5, c. 3, un passage des pénitentiels cités plus haut et les
Décrétales, c. 10 de jurejur. (2.24), en décident de même.

3^o *La rupture de jeûne* : le jeûne peut être rompu lorsque le
pénitent condamné à jeûner au pain et à l'eau manque de pain,
de sorte que le maintien de l'interdiction d'autres aliments l'o-
bligerait à se laisser mourir de faim ; ou bien lorsqu'en temps
de carême un individu par raison de santé, ou tous les habitants
d'un pays par suite de disette générale, sont forcés de manger
de la viande ou d'autres aliments prohibés. C. 6, X, de pœnit.
(5.38), Alexander III : « Si illi, qui aliquos dies in pane et aqua
ex injuncta sibi pœnitentia tenentur peragere, panem quo ves-
cantur non habent, leguminibus, aut piscibus, aut aliis cibariis

¹ Ces mots indiquent que la nécessité en jeu n'est pas simplement la
nécessité de la messe (qu'il vaudrait mieux célébrer en un lieu non con-
sacré, que ne pas célébrer du tout), mais bien un intérêt étranger au
culte et dont la sauvegarde exige la célébration de la messe.

² V. aussi c. 5, X, de feriis (3.9) et c. 3, X, de Celebr. Miss. (3.41).

reficiantur, *si necessitas id exposcat* : discretione tamen adhibita, quod his non ad delicias, sed ad necessariam solummodo sustentationem utantur. » C. 2, X, de observat. jejun. (3. 46), Innoc. III (1206) : « Quum autem quæsieris quæ sit illis pœnitentia injungenda, qui diebus quadragesimalibus, quo tempore tantæ famis inedia ingruebat, quod magna pars populi propter inopiam annonæ periret, carnes comedere sunt coacti, tibi breviter respondemus quod in tali articulo *illos non credimus puniendos, quos tam urgens necessitas excusavit*.... De illis qui in quadragesimo, vel in aliis jejuniis solenniibus infirmantur et petunt sibi esum carniû indulgeri, respondemus quod, *quum non subja-ceat legi necessitas, desiderium infirmorum, quum urgens necessitas exigit, supportare potes et debes, ut majus in eis periculum evitetur*. » Et enfin c. 4, X, de regulis juris (5. 41), cité plus loin. p. 96, en haut.

4° *L'entretien de rapports avec un excommunié, délit puni d'excommunication.* L'interdiction est levée en cas de nécessité par le pape Nicolas (863), qui distingue entre la nécessité réelle et celle qui n'est que feinte, ou que l'individu a volontairement amenée : « Qui ex necessitate aut ignorantia agunt... per te absolvantur, si tamen eorum ignorantia vel necessitas vera et non simulata, vel non ex voluntate processerit ¹ ». Cette restriction, qui va de soi, est expressément énoncée ici, parce qu'il aurait été très facile à ceux qui désiraient entrer en rapport avec un excommunié de créer artificiellement un état de nécessité. Les mobiles les plus louables, comme la pitié ou l'affection, ne constituent pas une excuse ; il faut que, seul, l'excommunié puisse satisfaire un besoin légitime d'autrui, comme c'est le cas lorsqu'un voyageur arrive dans un pays qu'il ne savait pas mis en interdit.

5° *L'inobservation du repos dominical.* C. 4, X, de regulis

¹ Decr. Grat. C. XI, q. 3, c. 102. Cf. can. 103, eod. et c. 31, X, de sent. exc. (5.39).

juris (5. 41) : « Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Nam et Sabbathum custodiri præceptum est ; Macchabæi tamen sine culpa sua in Sabbato pugnabant ; sic et hodie si quis jejunum fregerit ægrotus, reus voti non habetur. » Le chapitre 2 du titre « de feriis », aux Décrétales (2. 9), traite d'un cas curieux de pêche aux harengs, qu'il autorise en un temps quelconque, parce qu'il faut profiter du court moment du passage (si alecia terrae se inclinaverint)¹.

6° *Le dépôt de meubles dans les églises*, qui, d'ordinaire, entraîne pour le prêtre trois mois de suspension ; il est autorisé en cas d'invasion ennemie, d'incendie et d'autres « necessitates urgentes », par le c. 2, X, de custod. euchar. (3. 44).

7° Nous passons sous silence un grand nombre d'autres cas² pour examiner celui de l'*homicide*. Aucun passage du corpus juris canonici ne semble s'y rapporter. Le c. 38, Dist. I., Decr. Grat., cité par Stammier, ne vise pas l'état de nécessité. Il est ainsi conçu : « Quia te quasi obnoxium judicas, eo quod a Saracenis captus hominem interfecisti videris, bene facis. Sed quoniam non tua sponte id fecisse cognosceris, inde canonicè nullo modo judicaris. » Gratien, qui a sans doute eu connaissance du contexte de ce fragment, le range sous la rubrique de l'homicide « casu » (par cas fortuit) et rien ne nous autorise à démentir son interprétation ; les mots « non tua sponte » peuvent aussi bien signifier « sans le vouloir » que « parce que tu y as été contraint » et, s'il s'agit de nécessité, c'est de légitime défense plutôt que de nécessité pure, comme nous l'avons fait observer à propos

¹ Adde Dist. V, c. 26, de consecratione ; c. 1 et 5, X, de feriis (2. 9). — Cf. Règl. général de police de Genève de 1837, ch. II, art. 21, 22, al. 2, et 25.

² V. Decr. Grat. Caus. XXX, q. 1, c. 7 (la séparation imposée aux époux, lorsque le mari est devenu compère de sa femme, n'est pas une peine, mais la conséquence nécessaire d'un état de fait ; mais si cette conséquence n'est pas proclamée ici, c'est qu'elle apparaîtrait comme une peine injuste, étant donnée la nécessité qui a présidé à l'acte) ; Caus. XXIII, q. 8, c. 15 ; c. 4, X, de Consuetud. (1. 4), etc.

des pénitentiels. Cette dernière remarque est également applicable au § 17 des Canones pénitentiales insérés à la suite du Décret de Gratien, que cite Stammler.

Est-il du moins dans l'esprit du droit canon d'absoudre l'homicide par nécessité? On peut en douter. Car l'adage « *necessitas non habet legem* » ne peut s'appliquer qu'autant qu'il y a « *necessitas* » et ce terme n'a dans les fragments cités qu'une valeur toute relative. Le mal dont l'imminence constitue l'état de nécessité n'est pas toujours la mort ou une grave atteinte à l'intégrité corporelle¹. C'est bien la mort dans le c. 6, X, de pénit., sur la rupture de jeûne, la maladie dans le c. 2, X, de observat. jejun.; mais dans le c. 2, X, de feriis, il ne s'agit plus que de ne pas laisser échapper l'occasion d'une pêche fructueuse, de précautions à prendre contre l'éventualité plus ou moins improbable d'une disette de vivres; dans le c. 2, X, de custod. euchar. le danger est moindre encore, il ne menace que les biens; et dans le Dist. I, c. 11, de consecrat., enfin, où figurent pourtant les mots « *summa necessitas* », l'intérêt en jeu ne peut être que moral ou religieux. La « *necessitas* », c'est donc simplement le besoin dont la satisfaction immédiate s'impose; si peu grave qu'il soit, il peut être satisfait quelquefois au mépris de la loi, ce qu'établissent les passages qui viennent d'être rappelés. Mais le phénomène inverse se présente aussi: le plus impérieux des besoins, celui de la faim, ne jouit pas toujours de la faveur « de se faire à lui-même sa loi »: le vol nécessaire n'est pas complètement impuni, sauf restitution; ce qui ne signifie pas du reste que le danger de mort ne justifie pas l'atteinte à la propriété d'autrui, car, en fait, il est rare que la faim atteigne au moment du vol un degré tel, qu'on puisse affirmer qu'il sauve l'affamé d'une mort autrement certaine, et le passage considère naturellement le cas tel qu'il se présente dans la pratique.

¹ Comme le croit Stammler, p. 21, et l'unanimité des auteurs.

Cette diversité des solutions nous contraint à admettre que le droit canon prend en considération, soit l'importance du bien menacé, soit l'importance de la loi violée ; l'importance de la loi violée, disons-nous, et non celle du bien lésé par l'acte nécessaire, parce que l'Eglise voit l'essence du délit dans la transgression d'un commandement divin, le considère comme un péché et non comme un acte nuisible à la société : aucun des délits qui relèvent de sa juridiction au même titre que de celle de l'Etat (*delicta ecclesiastica et delicta mixta*), hérésie, magie, faux-serment, sacrilège, crimes de la chair, etc., ne consiste dans la lésion d'un bien matériel (sauf l'usure). Le droit canon ignore donc le point de vue d'un conflit de biens individuels, dont l'égalité de valeur fait proclamer à l'Etat impartial que la conservation de l'un aux dépens de l'autre lui est indifférente, du moment que l'un au moins doit périr ; il ignore aussi le point de vue de la contrainte morale ¹ et celui de l'indulgence envers la faiblesse humaine ² ; l'idée romaine d'un droit individuel de conservation lui est plus étrangère encore. Il met en balance, d'un côté un intérêt individuel, de l'autre l'importance, au point de vue moral et religieux, de la loi violée pour la sauvegarde de cet intérêt. Quand ces deux facteurs se font-ils équilibre ? quand l'un doit-il l'emporter sur l'autre ? Question épineuse, parce qu'ils sont au fond irréductibles, l'utilité et le devoir n'ayant pas de commune mesure. Et l'appréciation est particulièrement délicate dans le cas d'homicide, étant donnée l'horreur du droit canon pour le sang versé ; c'est pour cela qu'il serait téméraire d'affirmer qu'il est dans son esprit d'innocenter l'homicide nécessaire.

¹ Il n'y voit qu'une cause d'atténuation de la peine : c. 5, X, de his que vi metusve causa fiunt (1.46).

² Dans le c. 2, X, de observat. jejun., nous lisons bien « quos necessitas excusavit », mais Innocent III ajoute aussitôt « ubi culpa minime reperitur » et la fin du chapitre dissipe toute obscurité.

La notion de l'état de nécessité est, en résumé, d'après le *corpus juris canonici*, celle d'un état de choses dans lequel l'observation de la loi entraînerait un mal qui balance, et au-delà, le mal résidant dans sa violation ; que cet état survienne et la loi disparaît : « la nécessité n'a pas de loi » ; une nouvelle loi est appliquée, celle de la nécessité « qui se fait à elle-même sa loi », et, en ce sens, « ce qui était illicite devient licite ». Un grand nombre de passages exigent que cette nécessité soit inévitable et pressante (urgens). D'un devoir de l'affronter, les sources ne disent rien, mais il n'est pas rare que l'Église demande le sacrifice de la vie à une cause sainte et la nécessité ne saurait alors être invoquée. Elle ne peut l'être davantage lorsqu'elle doit son existence à la faute de l'agent¹ : Decr. Grat. C. 11, q. 3, c. 102, cit. « Qui ex necessitate agunt per te absolvantur, si tamen ipsa necessitas vera et non simulata, vel non ex voluntate processerit » : il va de soi que la nécessité doit être réelle et non feinte ; de plus, elle ne doit pas procéder de la volonté, c'est-à-dire avoir été intentionnellement amenée par l'individu, qui désirait jouir du droit qu'elle confère — intentionnellement, non imprudemment, car, aux yeux du droit canon, le résultat de l'imprudence ne « procède pas de la volonté ». De l'absence de texte précis, il ne faut pas conclure que la faute non intentionnelle n'ait pas fait obstacle à l'impunité ; ce serait contraire à l'esprit du droit canon, qui, scrutant les consciences, mesure toujours la peine à la faute.

¹ Gôb cherche à l'établir par un passage qui ne s'y rapporte pas : c. 4, X, de R. J. (5.41), cit. : «...Sabbatum custodiri præceptum est : Maccabæi tamen sine culpa sua in Sabbato pugnabant. » Cela signifie : « les Maccabées ne commettaient pas de faute en combattant le jour du sabbat » ; sans le « sine culpa », qui s'oppose à « custodiri præceptum est » et justifie le « tamen », il n'y aurait qu'un fait énoncé, sans qu'il fut dit que ce fait n'était pas coupable.

CHAPITRE V

LA DOCTRINE AU MOYEN AGE

« *Doctores utriusque juris* » ! Ce titre des jurisconsultes du moyen âge apparaît ici singulièrement usurpé, car ils n'ont compris ni les saines dispositions du droit romain sur l'état de nécessité, ni celles du droit canon et leur principe si clair. Ils négligent ces dernières, pour autant qu'elles n'ont pas trait au vol nécessaire, dont ils proclament l'impunité en se basant, non sur la nécessité elle-même, mais sur un principe spécial de communauté des biens. Dans le droit romain aussi, un seul cas les frappe, celui de l'homicide commis en obéissance à des menaces de mort ; ici aussi, ils recourent à un principe étranger à la question de la nécessité, celui de l'irresponsabilité de qui ne fait qu'exécuter l'ordre d'un supérieur, point de vue qui, généralisé, devient celui de la contrainte morale ; c'est la première apparition d'une théorie qui est aujourd'hui celle de la plupart des législations ¹.

Nous allons voir cheminer côte à côte ces deux théories, l'une subjective dérivée du droit romain, l'autre objective dérivée du droit canon. Ces débuts de la science moderne dans l'étude de notre question ont une grande importance historique ; ils ont décidé de la direction dès lors suivie par les législations

¹ Janka (op. cit., p. 59-60) n'en voit pas l'origine romaine.

et la doctrine, qui travaillent encore à se dégager des liens embarrassants de fausses théories accréditées.

§ 1. LES CANONISTES ET LE VOL NÉCESSAIRE

Comment, tout en proclamant l'impunité d'un cas typique de nécessité, les canonistes en sont-ils venus à méconnaître le rôle de la nécessité elle-même? Justement en ne voyant plus qu'un cas isolé au milieu de tous ceux que la vie nous offre en spectacle; le cas particulier leur a fait perdre de vue la question générale. Exemple instructif de l'inanité des raisonnements à vide; les progrès de la science moderne dans la solution de la question difficile qui nous occupe, ne sont pas tant dus à la sagesse de ses raisonnements qu'à ce qu'elle a su embrasser d'un coup d'œil l'ensemble des phénomènes de la vie: de leur groupement a jailli d'elle-même la vérité.

A. **La Glose.** Aux glossateurs du corpus juris canonici remontent les erreurs d'interprétation des canonistes:

Le seul passage du corpus qui ait trait au vol nécessaire est le chapitre « Si quis propter necessitatem famis » aux Décrétales, déjà cité (p. 94); il impose une pénitence de trois semaines au voleur qui n'a pas restitué les choses volées ou leur équivalent, tandis que le principe « necessitas non habet legem » commanderait l'impunité complète. Contradiction qui s'explique par le fait que le passage est copié d'un pénitentiel; les compilateurs des Décrétales n'y ont point pris garde, et il ne faut pas s'en étonner, leur compilation n'ayant pas l'homogénéité de celle de Gratien, qui, dans son Décret, avait fait œuvre originale, s'efforçant de mettre d'accord les canons qu'il y insérait et d'en éclaircir le sens. Cette contradiction ne frappe pas la Glose; mais elle croit en découvrir une autre entre le même passage et cet autre du Décret de Gratien, qui, prétend-elle, excuse complètement le vol nécessaire et a pour lui l'auto-

rité de la Bible ¹ : c. 26, Dist. V, de consecratione : « Discipulos, cum per segetem trans eundo vellerent spicas, et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerint... » Ce canon parle de repos sabbatique, non de vol, ce que prouvera la citation de l'Évangile selon saint Matthieu, racontant, aux premiers versets du chapitre XII ², l'anecdote à laquelle il fait allusion :

« En ce temps-là, Jésus traversa un champ de blé un jour de sabbat. Ses disciples, qui avaient faim, se mirent à arracher des épis et à manger. Les Pharisiens voyant cela lui dirent : Voici, tes disciples font ce qu'il n'est pas permis de faire pendant le sabbat. Mais Jésus leur répondit : N'avez-vous pas lu ce que fit David lorsqu'il eut faim (Marc, II, 25 : lorsqu'il fut dans la nécessité), lui et ceux qui étaient avec lui : comment il entra dans la maison de Dieu et mangea des pains de proposition, qu'il ne leur était pas permis de manger, non plus qu'à ceux qui étaient avec lui, et qui étaient réservés aux prêtres seuls ? Ou n'avez-vous pas lu dans la Loi que les jours de sabbat, les prêtres violent le sabbat dans le temple ³, sans se rendre coupables ?

Ce n'est point d'avoir volé des épis que Jésus excuse ses disciples, car la loi de Moïse les y autorisait, consacrant un usage encore en vigueur en Orient et que nous avons constaté

¹ Même erreur chez les auteurs modernes, jusqu'aux plus récents : Stammier, 20 ; Janka, 49-50 ; G6b, p. 8 n. 5.

² Traduction Segond. Même récit, Marc, II, 23-8 ; Luc, VI, 1-5.

³ En offrant des sacrifices (Nombres, XXVIII, 9-10), ou en pratiquant la circoncision de l'enfant, qui doit se faire le huitième jour à partir de la naissance (Lévitiq. XII, 3). Il y a conflit de devoirs. — Le *Talmud* autorise la violation du sabbat dans les cas de nécessité les plus divers : Traité des Berakhoth, trad. Schwab, I, p. 373, 383 ; tr. Y6ma, ch. VIII, n. 5 (Schwab, V, 252) ; tr. Schabbath, ch. XVI (sauvetage en cas d'incendie ; Schwab, IV, 160 sv.) ; tr. Pesahim, ch. VI, n. 1 (sacrifice pascal ; Schwab, V) ; tr. Beça, ch. II in f., III, V (Schwab, VI, 122, 132).

chez les Germains: Deut. XXIII, 24-5: « Si tu entres dans la vigne de ton prochain, tu pourras à ton gré manger des raisins et t'en rassasier; mais tu n'en mettras point dans ton vase. Si tu entres dans les blés de ton prochain, tu pourras cueillir des épis avec la main; mais tu n'agiteras point ta faucille sur les blés de ton prochain. » Mais il y a dans le fait de cueillir les épis et de les froisser dans les mains pour en extraire le grain un travail, violation du sabbat que les Pharisiens, formalistes à l'excès, se refusent à excuser, bien que la faim l'ait nécessité. Nous les voyons souvent blâmer Jésus lui-même d'opérer des guérisons le jour du sabbat¹; reproches auxquels le Christ répond, en substance: Hypocrites! vous absteniez-vous du moindre travail ce jour-là, si c'est votre intérêt qui est en jeu et non la santé de malades dont, en égoïstes, vous n'avez cure? « Lequel de vous, si son fils ou son bœuf tombe dans un puits, ne l'en retirera aussitôt le jour du sabbat? » (Luc, XIV, 5). — Quant aux pains de proposition mangés par David, David les reçoit du prêtre Achimélec, il ne les vole pas (I Samuel, XXI, 4-6); mais il transgresse la loi qui voulait qu'ils ne fussent mangés que par les prêtres (Lévitique, XXI, 5-9).

Gratien lui-même voit dans l'acte des disciples une violation du sabbat, ce dont témoigne sa longue dissertation de la Causa XXV, q. 1, c. 16... Pars II: Jésus, dit-il, « apostolos quoque *contra litteram sabbati* per sata præterredientes, spicas vel lentes et confricantes manibus suis... excusavit. » Mais moins d'un siècle plus tard Huguccio de Pise conçoit ainsi le sommaire du canon « Discipulos »: « *Raptorem, vel furem, non facit necessitas, sed voluntas* », et la Glose — Barthélémy de Brescia, †1258 —, en commentant ce canon, disserte sur le vol par nécessité. Si bien que le glossateur des Décrétales — Bernard de Parme, †1263 — n'hésite pas à se baser sur ce même passage

¹ Marc, III, 4-5; Luc, VI, 6-10; XIII, 10-6; XIV, 1-6.

pour interpréter arbitrairement le chapitre « Si quis propter necessitatem famis » ; après avoir déclaré que ce chapitre souffre diverses interprétations, il continue : « In verb. pœniteat. Ex eo enim quod pœnitentia imponitur — « enim » se rapporte à la Summa, qui décide déjà que le texte ne vise que la necessitas non multum urgens —, colligit ut modica fuerit necessitas ; si enim magna fuisset non imponeretur pœnitentia. Ar. contra de consecr. dist. 5 discipulos. » Le vol nécessaire doit donc demeurer complètement impuni. Puis, recherchant le motif de l'impunité, la Glose le trouve dans la communauté des biens en cas de nécessité : « In necessitate omnia sunt communia » — argument inapplicable à la violation du sabbat — et cite à l'appui, à côté de nombreux passages conçus dans le même esprit¹, ces belles paroles de saint Ambroise, insérées au Décret de Gratien, Dist. XLVII, c. 8 §§ 2-4 : « Proprium nemo dicat quod est commune, quod plus quam sufficeret sumptum, etiam violenter obtentum est... Neque enim minus est criminis habenti tollere², quam quum possis, et abundes, indigentibus denegare. Esurientium panis est quem tu detines, nudorum indumentum est, quod tu recludis, et miserorum est redemptio et absolutio quam tu in terram defodis. » Il serait donc immoral, aux yeux de la Glose, de maintenir la propriété privée de biens que Dieu a donnés naturellement à tous les hommes, lorsque l'un, dans sa pauvreté, a besoin pour subsister des richesses de l'autre. Le propriétaire volé s'est trouvé dans l'obligation de secourir l'affamé et celui-ci a dû croire qu'il l'autorisait à s'emparer de son bien (debut enim credere dominum permissurum). Il n'est pas

¹ A remarquer Dist. 86, c. 21 : « Pasce fame morientem ; quisquis enim pascendo hominem servare poterat, si non pavisti, occidisti. » Cf. Causa XII, q. 1, c. 2 qui s'en réfère à Platon et à l'exemple des apôtres vendant leurs biens, et C. XXIII, q. 7, c. 3.

² Ces mots prouvent que saint Ambroise aurait été très étonné de voir qu'on argumentait de ses paroles pour justifier un vol.

étonnant qu'on ait appliqué aux rapports juridiques entre pauvre et riche les idées chrétiennes de socialisme; au XVII^e siècle encore, Pufendorf dira que la nécessité transforme en obligation parfaite l'obligation naturelle du propriétaire de secourir le nécessiteux.

Mais, ajoute la Glose, si la faim excuse le vol, elle n'excuse pas la prostitution: les créatures humaines ne sont point des choses qui puissent devenir communes en cas de nécessité (*creatura humana non venit in fructu*)! Et le Digeste dispose d'ailleurs expressément, l. 43 § 5, de ritu nupt. (23. 2), que « non est ignoscendum ei quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam egit. » — (Il ne s'agit pas ici de nécessité, mais des femmes qui donnent leur pauvreté comme *prétexte* au *métier* de prostitution.) — « Il faut souffrir tous les maux plutôt que de consentir au péché. » Pourtant, dit en terminant le glossateur, « l'homicide par nécessité est excusé ». Ne nous étonnons pas de cette affirmation; il s'agit du cas de légitime défense, et Bernard de Parme n'en base pas l'impunité sur la nécessité, il recourt à la plus étrange des explications: « Non interficio, imo potius se interficit qui me aggreditur »!

Que reste-t-il de commun entre cette théorie et celle de la nécessité dans le corpus juris canonici? Plus rien. Chaque cas est résolu par des principes différents, et la question est rabais-sée à celle de l'impunité du vol commis par l'affamé, impunité qu'on fait dériver des obligations du riche vis-à-vis du pauvre.

B. La Doctrine¹. I. Il n'est pas au moyen âge un seul auteur qui considère le vol par nécessité comme punissable; citons les noms les plus éminents: Alb. de Gandino, † vers 1300; Jac. de Belvisio, 1270-1335; Angelus Aretinus, † vers

¹ Cf. Janka, p. 34-9. Les assertions de Stammeler, p. 27, sont inexactes. Pour les citations, v. notre liste bibliographique.

1455 ; Bonifacius de Vitalinis, un peu postérieur ; Decius Phil., † 1536 ; Bossius Aeg., † 1546 ; Cagnolus Hieron., † 1551 ; Clarus Jul., † 1575 ; Covarruvias Didac., † 1577 ; Damhouder Jodoc. † 1581 ; Gaill Andr., † 1587 ; Menochius Jacob., † 1607 ; Farinacius Pr., † 1618, et Dicastillo Joan., † 1653. L'impunité du vol nécessaire est pour ainsi dire alors un article de foi. Presque tous s'appuient sur la communauté des biens en cas de nécessité, que beaucoup mettent à la base de la Lex Rhodia de jactu, contenue au Digeste, qu'ils invoquent.

II. La « fornicatio » sous toutes ses formes, prostitution, adultère, inceste, etc., n'est pas excusée. La plupart répètent la Glose ; quelques-uns recourent à d'autres arguments. Ainsi Decius s'appuie sur le fait que par le vol seul il est aussitôt pourvu à la nécessité de la faim : « Non sic videtur in coitu illicito, quia ex illo famis non satiatur » ! Mais, répond justement Covarruvias, il y est pourvu par l'achat d'aliments au moyen du prix retiré de la fornication, comme lorsque l'objet du vol est un vase précieux ; Covarruvias examine lui-même la question dans le plus grand détail et ne mentionne pas moins de sept arguments, dont deux méritent d'être cités, l'un pour sa tournure juridique, l'autre pour sa valeur intrinsèque.

Le premier, c'est la disparition en cas de nécessité d'un des éléments du délit de vol. Le consentement du propriétaire rend le vol impossible, et, ici, ce consentement est dû : « Injuria cessat plane ex consensu domini expresso vel tacito, dato quidem vel debito : qualis contingit tempore necessitatis, quo tenentur rerum domini consentire, quod pauperes eorum res accipiant ad subveniendum necessitati. » Mais le consentement de celui avec lequel est entrepris l'acte de fornication ne dépouille par cet acte de son caractère : « At præceptum quod fornicationem prohibet ideo eam prohibet quia mala est ipsa : cujus malitia voluntate et consensu humano tolli non potest. » Nous sommes en pleine fiction : le consentement du propriétaire

est imaginaire ; quant à la fornication, c'est contre l'ordre social et moral qu'est dirigé le délit et c'est le consentement de la société (accordé par la proclamation d'impunité), non celui d'un complice, qui serait juridiquement relevant.

Le second argument n'est pas sans valeur ; le voici, dépourvu de l'attirail scolastique dont le revêt Covarruvias : « *Melius est divitem rei unius privationem pati quam ut pauper fame percat ; . . . reipublicæ et rationi naturali magis convenit quemquam mori quam quod cum ea femina commercium carneale habeat quæ propria uxor non sit.* » La conservation d'une vie humaine importe plus à la société que la sauvegarde de la chose du riche ; mais il lui importe plus encore qu'il n'y ait rapports charnels qu'entre mari et femme. C'est, formulé plus nettement et rationnellement appliqué, l'argument d'utilité que nous avons vu indiqué chez Cicéron ; mais nous arriverions aujourd'hui par le même raisonnement à une conclusion opposée à celle de Covarruvias : à ses yeux, la fornication est le plus grave des péchés ; ce n'est point aux nôtres le plus grave des délits et nos législations le prouvent en frappant l'assassinat d'une peine plus sévère que le viol même compliqué d'inceste. Nous dirions donc : l'absence de rapports charnels entre d'autres que mari et femme importe *moins* à la société que la conservation de la vie et nous proclamerions l'impunité. Il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue du droit canonique, Covarruvias a raison.

Le principe de communauté des biens, qu'adoptent tous les canonistes, aboutit logiquement au droit de nécessité : l'affamé agit en propriétaire. Clarus est seul à le comprendre, et s'insurgeant contre l'opinion commune, il en tire la conséquence que le nécessité n'est pas astreint à la réparation du préjudice¹ :

¹ « *In foro contentioso* », c'est-à-dire au point de vue juridique ; l'autre opinion est plus morale, « *tutior in foro conscientie* ». Janka, p. 58-9, comprend mal et ce qu'il dit du droit de nécessité nous semble inexact.

« cum enim factum fuerit *in jure permittente*, non est ulterius de restitutione tractandum. » C'est la première fois que nous entendons qualifier, en connaissance de cause, l'acte nécessaire d'exercice d'un droit; le corpus juris canonici avait dit, sans doute: « Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum », mais ce n'était qu'une expression impropre de l'idée contenue dans l'adage « la nécessité n'a pas de loi », qui exempte de l'observation de la loi sans conférer aucun droit au nécessité¹. L'opinion de Clarus est d'ailleurs restée isolée et n'a pas eu d'influence historique.

III. Il n'y a que le premier pas qui coûte; une fois admis le faux principe qui se refuse à accorder à la vie, en toute circonstance, la faveur de la nécessité, on devait l'appliquer à tous les cas, excepté celui de vol qu'on résout par le principe de communauté des biens. L'homicide nécessaire est donc condamné. Covarruvias nous dit: « At tunc occisio hominis erit ob vitandam mortem licita, quoties haec extrema necessitas auferat malitiam actus et ideo agressorem occidentis... cessat malitia...., ex quo nulla injuria fit proximo qui, nocentissimus, propter agressionis causam occiditur.... Non erit idem si quis innocentem occiderit, quum non posset alioqui mortem effugere, scilicet ad vescendum corpus innocentis, ne fame pereat occisor. Nam haec extrema necessitas non tollit malitiam actus homicidii, cum adhuc, utcunque urgeat fames, innocens alter est, qui occiditur. » De même, Dicastillo².

Cependant tous les auteurs, se contredisant eux-mêmes,

¹ Une de ces différences fréquentes entre le droit réel et le droit formulé, que fait remarquer Ihering, *Esprit du droit romain*, 2^e éd., I, p. 29-33.

² Nous avons cependant trouvé un auteur (le seul peut-être) qui voit juste et applique aux cas de prostitution et d'homicide le principe « necessitas non habet legem ». C'est le commentateur de Decius (sans doute J. Ferrarius Montanus) dans l'édition intitulée « *Commentarii de Regulis Juris antiqui... Decii, Ferrarii, Cagnoli, Franci et Rævardi, 1593, Lugduni.* » Il déclare nettement que la l. 43 § 5 D. de ritu nupt. ne vise pas le cas de

sont unanimes à proclamer l'impunité d'un cas spécial d'homicide par nécessité, l'homicide d'un tiers innocent à l'occasion d'une légitime défense ; ils y voient un accessoire indispensable de l'acte de défense. Citons Jul. Clarus, qui déclare que c'est la « communis opinio », depuis Angelus Aretinus : « Non solum licet insultato occidere ipsum insultantem, sed etiam licet occidere alium non offendentem, si ab illo insultante se aliter defendere non poterat, nisi istum interficeret (le cas de nécessité est, on le voit, clairement exposé)... Ego fui agressus a Titio, et Caius se interposuit ut rixam divideret, et ego ne interficerer, opposui Titio me insultanti, istum Caium mediatorem, qui ab eo fuit occisus... Modo ego me defendendo percussio alium non debeo puniri, quia videor dare operam rei licite¹. Et ita fuit absolutus per Senatum quidam Ant. Daverius, qui dum se ab alio insultante defenderet percussit quendam saxo, qui mortuus est, jussus tamen fuit ipse Daverius exulare per annum 24. Octobris 1534. » La jurisprudence était donc d'accord avec la doctrine. — La seule particularité que présente cet homicide nécessaire, c'est que l'agent, qui pourvoyait déjà à sa conservation personnelle en se défendant contre un agresseur, *continue* à y pourvoir en s'attaquant à un tiers innocent, tandis que généralement la lésion est le premier acte de conservation. Mais la différence est sans portée : trouvé dans le fait que l'auteur agit pour la conservation de sa vie, acte de nature essentiellement licite (videor dare operam rei licite), le motif d'impunité peut aussi bien être allégué dans un cas que dans l'autre. Personne ne s'aperçoit alors de la contradiction ; pour nous, elle est significative : elle nous montre comment la vérité, chassée par la porte, rentre toujours par quelque fenêtre.

nécessité et qu'il faut distinguer le principe « tempore necessitatis omnia sunt communia » de cet autre principe « necessitas non habet legem ».

¹ C'est l'argumentation du droit canon en matière d'imprudence ; voir notamment Dist. I, c. 50, Decr. Grat.

IV. Ainsi, tout en reconnaissant l'impunité du vol nécessaire, les jurisconsultes nient que la nécessité elle-même soit un motif d'impunité ; « propter necessitatem delinquere non oportet », dit catégoriquement Gaill. Ils argumentent de la disparition d'un élément essentiel au délit de vol : la chose d'autrui peut seule être volée, et la nécessité rend les biens communs entre les hommes, disent les uns ; , il n'y a pas vol sans « animus lucrificandi » et le nécessité, qui veut seulement apaiser sa faim, ne cherche pas à s'enrichir, disent les autres.

Concentrant toute leur attention sur le seul cas du vol, ils en viennent à donner à des détails une importance décisive, et à déterminer ainsi d'une manière toujours plus étroite les conditions de l'impunité. Leurs distinctions ont fortement influencé les rédacteurs de la Caroline et l'interprétation qu'ont faite de ce code la doctrine et la jurisprudence des derniers siècles ; aussi faut-il en dire quelques mots :

L'affamé vole de préférence des aliments, parce qu'il en peut immédiatement apaiser sa faim ; on finit par voir dans le vol d'aliments le seul vrai cas de nécessité. Decius et Cagnolus donnent pour argument que c'est le seul « ex quo immediate satiatur fur », oubliant que le chap. « Si quis », aux Décrétales, parle aussi de nudité et de soustraction de vêtements. — Cette restriction visant la nature, en entraîne une autre visant la quantité des objets volés : il se peut qu'il ne tombe sous la main de l'affamé qu'une chose de grande valeur, dont, après l'avoir vendue, il n'aura besoin d'affecter qu'une partie du prix à l'achat d'aliments ; mais, s'il trouve des comestibles à voler et qu'il en vole plus qu'il n'est nécessaire pour apaiser sa faim, le motif d'impunité ne s'appliquera pas au surplus, la quantité des aliments soustraits trahira une intention coupable. Aussi Cagnolus, n'excusant que le vol d'aliments, en vient-il naturellement à n'excuser que le vol modique ; il s'appuie sur le canon « Discipulos », qui parle d'un vol d'épis consommés sur place : « Tunc

excusetur rapiens quando modicum quid rapuit, ut famem satiaret, secus ergo si raperet magnam quantitatem cibariorum et comestibilium rerum.... Licitum est in necessitate uvas comedere in agro alieno, sed non exportare : et ideo rustici uvas exportantes trahuntur per plateas, uvis ad collum pendentibus.» Opinion que fait sienne le flamand Damhouder, le plus influent criminaliste de l'époque avant Carpzov. — Troisième restriction enfin : le voleur n'est absous que s'il a restitué les choses volées, dès qu'il l'a pu (v. surtout Covarruvias) ; on s'appuie sur les mots « si reddiderit » du chapitre « Si quis », comme si cette restriction n'était pas incompatible avec l'interprétation donnée au canon « Discipulos », interprétation qui oblige à voir avec la Glose dans le chapitre « Si quis » un cas de « necessitas remissior ».

Nous avons esquissé à grands traits le tableau de la doctrine du moyen âge basée sur le droit canon ; partie des bases les plus larges, elle aboutit aux résultats les plus étroits. Ce n'est plus le délit en général qu'elle excuse au nom de la nécessité : c'est — au nom d'un principe de communauté des biens, dont elle se garde bien de tirer toutes les conséquences juridiques, ce qui en montrerait le danger — le *vol d'aliments commis par l'affamé, s'il n'est pas considérable*. Exemple instructif, nous le répétons, de la vanité des raisonnements à vide.

§ 2. GENÈSE DE LA THÉORIE DE CONTRAINTE BASÉE SUR LE DROIT ROMAIN

Tandis que les dispositions du droit canon, mal comprises, servent de point de départ à une théorie objective qui est le germe des théories modernes du droit de nécessité, mais d'une regrettable étroitesse dans ses applications, celles du droit romain touchant la signification de l'ordre d'un supérieur en

matière de responsabilité amènent les jurisconsultes à examiner une question d'une grande portée et que s'étaient déjà posée les rhéteurs et philosophes de la Grèce et de Rome : quelle est l'influence des menaces et, en général, de la présence d'un danger sur l'état psychique de l'agent, et quelles doivent être ses conséquences en matière pénale ? Les nombreux textes du corpus juris civilis sur l'état de nécessité ne sont point complètement ignorés ; mais personne ne songe à les rapprocher les uns des autres, ou, si l'on y songe, comme Belvisio et Gandino, l'on n'en extrait aucun principe. Les passages, par contre, qui traitent de l'ordre attirent spécialement l'attention. Les mœurs du moyen âge en sont peut-être la cause ; jamais les puissants ne se sont plus qu'à cette époque troublée servis des faibles comme instruments de leurs vengeances. A côté du vol commis dans la détresse de la faim et de l'homicide d'un tiers innocent en cas de légitime défense, l'assassinat perpétré sur l'ordre et dans la crainte d'un grand dut être alors le plus fréquent des délits nécessaires, et les besoins de la pratique les ont naturellement fait mettre tous trois au bénéfice de l'impunité.

Le droit romain, ayant surtout en vue les rapports entre esclave et maître, entre fils et père, base l'influence de l'ordre en matière de responsabilité sur l'absorption de la volonté de l'inférieur dans celle du supérieur et ne prend que rarement en considération le danger auquel s'expose l'inférieur en cas d'inexécution de l'ordre. Les jurisconsultes du moyen âge, au contraire, ayant surtout en vue l'ordre émanant d'un « vir potens », s'arrêtent de préférence à cette dernière considération ; de plus en plus, ils mettent l'accent, non sur l'ordre lui-même, mais sur les menaces expresses ou tacites qui l'accompagnent, faisant ainsi du cas d'ordre un cas de nécessité, qu'ils résolvent par le point de vue de la contrainte morale, inconnu au droit romain et auquel ils finissent par soumettre tous les cas de nécessité.

Gandino et Angelus Aretinus en sont encore à la théorie

romaine ; *Balde de Ubaldis* — † 1400 —, dans sa glose que citent tous les auteurs postérieurs, s'en écarte le premier, mais reste vague. *Decius* est plus précis ; interprétant la règle « ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit » (l. 169 pr. D. de Reg. Jur. 50. 17), il écrit : « Potens... mihi mandavit quod occidam Titium, alias quod me interficeret : ero excusatus, quia aliter vitam meam servare non possum » ; c'est donc l'impossibilité de sauver sa propre vie sans attenter à celle d'autrui qui excuse l'homicide. A quoi *Bossius* ajoute : « quod tamen intelligo quando verisimiliter debuit mandatarius dubitare de vita sua ; aliter, quando esset solitus (minans) minari, nec tamen exsequi minas, non esset excusatus » ; il faut que l'auteur des menaces ait l'habitude de les mettre à exécution, pour qu'elles excusent celui qui y a cédé. Plus tard, *Clarus* nous dit que l'impunité de l'homicide commis sous l'effet de menaces de mort est l'opinion commune ¹ ; il distingue très nettement ce cas de celui d'ordre simple, qui n'excuse que les délits de peu d'importance, et d'ordre d'un « vir potens et severus », non accompagné de menaces, qui, même dans les « atrocioribus delictis », est un motif d'atténuation de la peine.

Vient enfin le français *Tiraqueau*, qui, dans son remarquable ouvrage « de Pœnis temperandis aut etiam remittendis », publié vers 1550, fait faire un grand pas à la question. Il parle non plus seulement de l'homicide, mais de tous les délits, non plus seulement de la crainte causée par les menaces d'un supérieur, mais de la crainte en général, et, s'insurgeant contre l'opinion commune, refuse à l'agent l'impunité complète.

Après avoir fait de la nécessité, « grave imperium cui ne dii quidem resistunt, » un tableau coloré où figurent pêle-mêle,

¹ *Clarus* lui-même ne base pas l'impunité sur la contrainte, il voit dans l'homicide par nécessité un acte de légitime défense : « Videtur quodam modo facere ad sui defensionem ne scilicet ipse occidatur » ; mais il est seul de cette opinion.

dans des citations variées, tous les auteurs de l'antiquité grecque et latine, et assigné à la faim la première place au nombre des nécessités ¹, Tiraqueau examine l'effet du « *mandatum principis, dominis, parentis, magistratus vel alterius superioris* » et établit à grand renfort de textes et de citations historiques qu'il doit entraîner la remise, ou tout au moins l'atténuation de la peine; puis il met sur le même pied que l'ordre les prières d'un prince ou de quelque supérieur que nous avons de bonnes raisons de craindre (*preas armatae*) et pose enfin un principe général: « *Non solum in præcedentibus casibus, sed et alias semper, qui invito ac coacti delinquant, utpote vi metue compulsi ne vitam aut bona amittant, sunt levius puniendi.* » Il se réfère à Baldus et aux auteurs qui l'ont répété, mais ajoute: « *Si isti intelligant hunc excusari ne puniatur lege Cornelia de sicariis, sed mitius; id haud dubie verum; si vero ut omnino non puniatur, non admitterem.* » La peine n'est qu'atténuée, parce que « *coacta voluntas voluntas est... debemusque potius qualibet mala pati quam in malo consentire* ». Notre devoir étant de ne pas céder à l'impulsion de la crainte, nous commettons un délit en y cédant, et, comme nous avons la volonté de le commettre, nous devons en être punis. Punis plus légèrement, il est vrai: « *ejusque rei evidens est ratio, nam qui vi metue compulsus est dolo caret, l. imo ff. de liberali causa;* » mais le droit romain, dans la l. 16 § 4 de *liberali causa*, sur laquelle s'appuie Tiraqueau, comme partout ailleurs, voit dans l'absence de dol un motif d'impunité complète! Pourquoi Tiraqueau n'y voit-il qu'une circonstance atténuante? C'est que le dol ne

¹ Il en fait dans son traité « de utroque Retractu » une effrayante description: *Hæc pestis omnium rerum teterrima est et ad omne scelus suadendum efficacissima; ex nullo malorum fonte foediora manarunt exempla: hinc cædes et infanda epula: hinc præcipitationes aliaque festinae mortes; et, quod atrocissimum est, reperti sunt qui seipsos laniarunt, quando obscenos morsus in alios vertere non potuerunt.* *

renferme plus pour lui, comme pour le droit romain, un élément objectif (v. p. 78) ; ce n'est à ses yeux, comme aux yeux des criminalistes actuels, que l'élément volontaire de l'infraction. Aussi la contrainte morale, ne supprimant pas la volonté, ne peut-elle faire disparaître le dol ; Tiraqueau renvoie ses lecteurs à la Causa XV de son ouvrage, qui pose la règle « minor dolus, minor pœna », expliquant ainsi sa pensée ; c'est celle que préciseront les auteurs postérieurs : la contrainte morale, tout en laissant la volonté debout, l'affaiblit ; l'acte qui en est entaché ne provient qu'à demi de la volonté de l'agent contraint, il provient surtout de celle d'autrui. Tiraqueau qualifie cette contrainte de « conditionnelle », l'opposant à la contrainte physique, qu'il dit « absolue » et qui, elle, supprime toute responsabilité¹ : « Quae diximus intelligenda sunt in coactis conditionaliter, videlicet metu majorum malorum : qui certe puniuntur mitius, puniuntur tamen, utpote qui peccant... At coacti absolute, sive præcise... qui videlicet nihil conferunt secundum proprium motum, nihil certe peccant, neque puniuntur, ut qui potius pati quam agere videantur... Sic mulier vim passa. »

La théorie se précisera au XVII^e siècle avec Matthæus, au XVIII^e avec Filangieri, et régnera en maîtresse au commencement du XIX^e. Quoique énergiquement combattue par Covarruvias, — « nullum majus malum quam peccatum », dit-il — elle est adoptée à l'époque de Tiraqueau par ceux qu'on appelle les « praticiens italiens », au nombre desquels il faut citer *Clarus*, *Menochius* et, surtout, *Farinacius*. Comme Tiraqueau, qui mérite bien, lui aussi, le titre de « praticien », et à la seule exception de *Clarus*, ils ne pensent pas que la contrainte morale doive entraîner l'impunité complète ; ils infligent au nécessité

¹ Toutes les législations l'ont reconnu, depuis le Deutéronome (XXII, 25-7). Mais Tiraqueau est le premier auteur qui, à l'exemple du c. 5, X, de his quæ vi (l. 40), distingue en les rapprochant la contrainte physique et la contrainte morale.

une « *pœna extraordinaria* », solution seule conforme au principe de contrainte morale. Cette contrainte ne saurait être absolue et constituer une force irrésistible ; celui qui y a cédé n'a pas résisté, sans doute, mais il pouvait résister — nous nous plaçons au point de vue des partisans de la liberté de la volonté, les seuls qui puissent parler de contrainte morale.

Mais à plus tard l'éclaircissement de cette question. Il nous faut revenir quelques pas en arrière, jusqu'au commencement du XVI^e siècle, où nous voyons se dresser le plus grand monument législatif de l'époque, la « constitution criminelle de Charles-Quint », vulgairement désignée sous le nom de « Caroline ».

CHAPITRE VI

LA CAROLINE ET LE DROIT COMMUN

La constitution criminelle de Charles-Quint, de l'an 1532, n'a rien innové ; ce n'est pas là son mérite. Plus encore que l'œuvre législative dont on la dit fille — la « mater Bambergensis » —, elle devait tenir compte des idées et coutumes régnantes, ayant à faire accepter sa suprématie des ressortissants d'un grand empire, et non point seulement des habitants d'un petit territoire. Pour ce qui est de l'état de nécessité, nous y trouvons cristallisés les résultats des travaux des criminalistes italiens, popularisés en Allemagne dès la fin du XV^e siècle, rien de plus. Deux articles sur le vol par nécessité, un autre sur l'homicide de tiers à l'occasion d'une légitime défense ; ce sont là les deux seuls cas sur l'impunité desquels la doctrine fut alors unanime. La théorie générale de contrainte n'en est encore qu'à ses débuts.

L'article 166, qui excuse le vol nécessaire, a une grande importance historique ; il a vécu autant que le droit pénal commun de l'Allemagne, c'est-à-dire jusqu'à notre siècle, et c'est à en faire la théorie, plutôt que la théorie de la nécessité elle-même, que s'est attachée la science allemande jusqu'à Kant. On sait aussi que la Caroline, expressément ou tacitement adoptée par les cantons suisses allemands, y a été en vigueur jusqu'au Code Helvétique de 1799.

§ 1. LES ARTICLES 166 ET 175 ¹

L'article 166 est ainsi conçu : « Stelen in rechter hungersnott. — Item so jemandt durch recht hungersnott, die er, sein weib oder kind leiden, etwas von essenden dingeu zu stelen geursacht würde, wo dann derselb diebstall tapfer gross und kündtlich wer, sollen abermals richter und urtheyler als obsteht radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb einer unsträfflich erlassen würd, soll jm doch der kleger umb die klag desshalb gethan nichts schuldig sein. » Soit, en français : « Du vol en cas de vraie famine. Si un vol d'aliments a été vraiment nécessité par la faim dont souffrait l'auteur du vol, sa femme ou son enfant, et que ce vol soit considérable² et manifeste, les juges délibéreront à nouveau, comme il vient d'être dit. Quoique relâché sans punition, le voleur n'aura pas recours contre le plaignant pour le fait de la plainte. » D'où, argumentant a contrario, nous concluons que si le vol n'est ni considérable, ni manifeste, l'impunité est immédiatement acquise à l'accusé. La constitutio criminalis Bambergensis, de 1507, était moins large ; son article 192, auquel est identique l'article 194 de la Brandenburgensis de 1516 et que, sauf cette petite modification, la Caroline reproduit textuellement, disait : « und doch derselbig diebstall *nit* sundtlich gross, geverdlich oder schädlich were (et que le vol ne soit pas particulièrement considérable, dangereux et dommageable) », c'est-à-dire que les juges devaient toujours délibérer à nouveau et que le vol considérable n'était jamais impuni.

¹ *Güterbock*, Entstehungsgeschichte der Karolina, 1876, p. 242-5, 254-7; *Brunnenmeister*, Quellen der Bambergensis, p. 280-3; 182-3, 177; 206-12; *Stammier*, 25-7; *Janka*, 65-71; *Güb*, 11-2.

² « Tapfer » se rapporte à « gross »; *Walch*, op. cit., § XIII, y voit un adjectif et le traduit par audacieux, c'est-à-dire commis à main armée, à l'aide d'escalade ou d'effraction.

Cette distinction entre le vol considérable et modique, qui remonte aux criminalistes italiens (v. p. 110), a, croyons-nous, pour source une présomption touchant l'existence même de la nécessité : il ne faut pas beaucoup d'aliments pour apaiser la faim de quelques individus ¹, d'où le soupçon que le vol considérable n'a pas été dû à la nécessité et que le voleur s'est servi de sa pauvreté comme d'un prétexte ; les lois n'en arrivent que lentement à séparer nettement la question de preuve et la question de fond. La séparation est accomplie ici par la Caroline, qui se contente d'exiger, dans le cas de vol considérable, un examen plus soigneux des faits. La modification qu'elle apporte à la Bambergensis n'est du reste point due au hasard, comme le croit Zöpfel, qui, dans son édition classique de la Caroline, a rétabli le « nicht » de la Bambergensis. Le premier projet de la constitution impériale, de 1521, contient encore la négation ; mais elle disparaît dès le second projet, de 1524 — c'est précisément alors que Schwarzenberg, auteur de la Bambergensis, cesse de collaborer à la rédaction de la Caroline —, et ne reparait pas dans le troisième, de 1529. On ne la trouve ni dans la *Hassiacu* de 1535 (art. 141) ni dans aucune des traductions latines et des éditions successives de la Caroline. C'est donc le sachant et le voulant que le législateur a supprimé la négation ; suppression heureuse, car elle élargit sensiblement les prérogatives de la nécessité que l'article 166, suivant les errements de la doctrine du temps, restreint déjà trop.

L'article 175 sert à l'interprétation de l'article 166 : « Item es sollen auch die diebstall, so an gewechten dingen und stetten begangen, die hüngersnott... auch angesehen und wie von weltlichen diebstalen desshalb gesetzt ist, darinn gehandelt werden. » Ce qui signifie : « Dans les vols de choses sacrées et

¹ Cf. Kress, Commentatio, art. 166, n. 6 : « Nec enim famis necessitas furtum magnum pro necessario veluti remedio requirit, sed pauciorum rerum occupatione fami ad interim tolerandæ consuli potest. »

commis en lieu saint, la nécessité de la faim sera prise en considération... ainsi qu'il a été prescrit au sujet des vols profanes. » Comme on ne peut voler des aliments dans une église, cet article autorise à affirmer que l'excuse de la nécessité ne s'applique pas qu'au vol d'aliments, seul mentionné par l'article 166, mais à toute espèce de vols, ce qu'ont nié quelques commentateurs.

§ 2. L'ARTICLE 145 ¹

En voici la teneur : « Item so eyner inn eyner rechten bewisen notwoer wider seinen willen eyner unschuldigen mit stichen, streychen, würffen, oder schiessen, so er den nöttiger meynt, treff und entleibt het, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt (Sera excusé de la peine criminelle celui qui, en cas de défense nécessaire et dont la justice aura été prouvée, aurait, contre sa volonté, atteint et tué un innocent, en pointant ou frappant à coups d'épée, ou en tirant à coups de pierre ou de feu, alors qu'il pensait atteindre l'agresseur). » L'assailli a commis une maladresse coupable et serait puni, s'il ne s'était trouvé dans la nécessité de se défendre et, pour se défendre, de porter des coups à son adversaire, fût-ce même au risque d'atteindre un innocent ; c'est bien là un cas de nécessité. Il est donc inexact de dire que la notion de l'état de nécessité n'est dans la Caroline que celle d'un conflit entre la vie et la propriété. Le fait de l'imprudence eulève sans doute à l'homicide une partie de sa gravité ; mais, abstraction faite de l'état de nécessité, il reste coupable et punissable. D'autant plus que la Caroline n'entend pas parler seulement du cas de pure imprudence, où l'agent n'a nullement conscience des conséquences possibles de son acte, mais aussi du cas où, entrevoyant ces conséquences, il agit dans l'espérance de les éviter. L'assailli

¹ *Schütze*, Theilnahme, 1869, 297-8 ; *Janka*, 69-71 ; *Brunnenmeister*, 183.

savait qu'en tirant sur l'agresseur il risquait d'atteindre un tiers et s'est payé de l'espoir qu'il ne l'atteindrait pas; il a tué contre son gré (*wider seinen willen*). C'est plus qu'une imprudence aux yeux des criminalistes modernes.

Cet article est la copie de l'article 171 de la *Bambergensis*, et s'il est douteux que Schwarzenberg ait eu conscience de l'analogie intime de l'acte qu'il excuse avec le vol nécessaire, il est du moins certain qu'il a vu dans le meurtre du tiers autre chose qu'un acte de légitime défense. Il excuserait autrement l'homicide intentionnel, qu'il condamne, sa gravité le rendant plus difficilement excusable. Peut-être n'a-t-il, il est vrai, songé qu'au cas le plus fréquent, celui du coup mal dirigé contre l'agresseur; plus rare est le cas de lésion intentionnelle, qui se présente lorsque l'assailli se sert d'un tiers comme bouclier ou, se dérochant à l'attaque, le tue pour se frayer un passage. Mais l'origine même de l'article de la *Bambergensis* nous prouve que Schwarzenberg a pris l'état de nécessité en considération; guidé par les criminalistes italiens qui s'y référaient et dont les explications manquaient de clarté, en particulier par Angelus¹, Schwarzenberg a dû remonter à la loi 45 § 4 D. *ad legem Aquilianam* — il en a été parlé à propos du droit romain —, ainsi conçue :

« Paul. Qui, cum aliter tueri se non possint, damni culpam dederint, innoxii sunt : vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, tenebor lege Aquilia : illum enim solum qui vim infert ferire conceditur. »

« Il n'est permis de tuer que l'agresseur », dit Paul ; il condamne le meurtrier du tiers, mais à la réparation du préjudice seulement ; le meurtre est du reste impuni (v. p. 69-70).

¹ Dans un passage (*Gl. et dictus Titius*, citée par Brunnenmeister, p. 183), il condamne l'homicide du tiers ; dans un autre (*Gl. Atholus*), il l'excuse. C'est qu'il se place, ici au point de vue pénal, là au point de vue civil.

Schwarzenberg excuse, mais, il le dit expressément, il excuse de la peine criminelle, « von peinlicher straff » — la Caroline en frappe l'homicide par imprudence — et de la peine criminelle seulement ; il ne dit pas, comme de l'assaili tuant l'agresseur (art. 164) : « der ist darumb niemant nichts schuldig (il ne doit de ce fait rien à personne). » Il entend donc laisser subsister la composition alors en usage pour l'homicide par imprudence¹ et qui correspond aux peines privées du droit romain, de sorte que sa solution est identique à celle du jurisconsulte de Rome.

Quoi qu'il en soit, la doctrine du droit commun allemand n'a jamais rapproché l'article 145 de la Caroline de l'article 166. La plupart même se croient en présence d'un véritable cas de légitime défense ; ainsi Kress, qui dénature le sens des mots « wider seinen willen », pour qu'ils n'excluent pas l'impunité de l'homicide intentionnel : « Ad art. 145. . . Wider seinen willen : quod de exclusione doli mali capio, aut insignis oscitantia culpæque. Nam ad sui necessariam defensionem licet quoque scienti volenti tertium occidere, siquidem in hac specie licito fine nempe sui defensione licita quoque debent esse necessaria finis media. » D'autres, mais ils sont rares, reconnaissent qu'il n'y a pas légitime défense ; ainsi le célèbre Carpzov, qui base l'impunité, soit sur le fait de simple imprudence, soit sur la considération que l'auteur ne pouvait autrement échapper à la mort (maxime si mortis periculum evadere non potuerit)².

Si l'article 145 a joué un moins grand rôle historique que l'article 166, il est du moins par lui-même significatif : l'homicide nécessaire, généralement regardé comme punissable à cette époque, se voit assurer l'impunité dans un cas particulier. C'est

¹ Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1888, p. 299, note 7.

² Practica nova, 1638, pars I, quæst. 29, num. 34.

ainsi qu'instinctivement le bon sens de l'individu le met en contradiction avec ses théories et l'empêche de les appliquer. Il est fâcheux que la doctrine du droit commun n'ait point soupçonné cette contradiction, car, en cherchant à l'écartier, elle eût certainement fait faire un grand pas à la théorie de l'état de nécessité ; en rabaissant la question à celle du vol nécessaire, elle se condamne d'avance à une étroitesse de vues exclusive de tout progrès.

§ 3. LE VOL NÉCESSAIRE DANS LE DROIT COMMUN ALLEMAND¹

L'apparition de la Caroline passe inaperçue, la jurisprudence et la doctrine allemandes vivant encore au XVI^e siècle dans la plus complète dépendance des juristes italiens ; c'est pourquoi nous avons parlé de cette époque avant de parler de la Caroline elle-même. Ce n'est qu'au commencement du XVII^e siècle que les deux grands criminalistes saxons *Berlich* et *Carpzov* donnent le branle au mouvement qui va créer le nouveau droit pénal commun. Dans la question du vol par nécessité, ils se présentent comme traits d'union entre la doctrine du moyen âge et les doctrines modernes ; on peut dire qu'ils attribuent simplement à la Caroline leur propre théorie du vol par nécessité, basée, soit sur la doctrine antérieure, soit sur la jurisprudence saxonne. De là une double conséquence, une interprétation à la fois étroite et extensive de la Caroline :

D'une part, interprétation étroite, résultat naturel de la tendance des auteurs précédents à restreindre toujours plus la signification de la nécessité ; *Berlich* et *Carpzov* se refusent à laisser le vol nécessaire complètement impuni². Ils l'exemptent

¹ Stummler, 28-34 ; Göb, 11-4 ; Janka, 67-8, 74-3.

² *Berlich*, *Conclusiones*, V, 1618, co. 44, n. 40-7 ; *Carpzov*, op. cit. II, 83, n. 40-52. A la même époque, décision semblable chez un représentant de l'ancienne école, *P. Theodoric*, *Criminate Collegium*, 1618, Disp. II, Th. 8, h.

bien de la « *pœna ordinaria* », mais point de l'« *extraordinaria* », décision inconciliable avec l'article 166 du code : « *Licet necessitas famis reum a pœna (ordinaria) suspendii liberet — dit Carpzov — is tamen propterea ab omni pœna nequaquam immunis est, sed mitiori quodam supplicio pro arbitrio judicis affici potest ;* » à moins cependant que le vol ne soit très modique et que l'accusé n'ait déjà subi quelque temps de prison préventive. La jurisprudence saxonne suit alors les mêmes errements, témoins les nombreux jugements que cite Carpzov ; la peine qu'ils prononcent n'est rien moins que la bastonnade jointe au bannissement perpétuel !

D'autre part, interprétation extensive et qu'il faut approuver sans réserve, comme répondant seule aux besoins de la pratique. Berlich et Carpzov étendent le terme de « *Hungersnot* » (nécessité de la faim) à toute nécessité qui met en danger la vie, à la nécessité du froid en particulier, et celui de « *Esswaaren* » (aliments) à toutes choses ; on peut donc voler quoi que ce soit, quand la mort ne peut être autrement évitée.

L'influence de Carpzov, dont pendant un grand siècle l'autorité de criminaliste reste incontestée, ne se fait heureusement sentir ici que dans ce que son opinion avait de juste. Tout en adoptant son interprétation extensive de l'article 166, la doctrine proclame dès la fin du XVII^e siècle l'impunité complète du vol nécessaire ¹, l'influence des théories générales qui commencent à se répandre avec Grotius, Matthäus et Pufendorf contrebalançant heureusement celle du célèbre Saxon. Ces théories ne sont du reste prises en considération que dans leurs applications au cas spécial du vol, le seul dont traitent la grande majorité des auteurs jusqu'à la fin du XVIII^e siècle ; ils ne conçoivent jamais l'état de nécessité que comme un conflit entre la vie et la propriété et n'en parlent pas dans la partie

¹ *Fritsch*, dans son « *Telum necessitatis* », 1661, la refuse encore.

générale de leurs traités de droit pénal comme d'un motif d'impunité applicable à tous les délits, mais dans la partie spéciale à propos du vol. Nous verrons, en examinant les théories générales de la nécessité, les raisons qu'ils allèguent pour justifier l'article 166 de la Caroline; contentons-nous ici d'énumérer brièvement les conditions dont, entrant de plus en plus dans le détail, ils font dépendre l'impunité du vol nécessaire :

1^o *Nature de la nécessité* : il faut qu'elle soit extrême et ne consiste pas en un simple besoin; la vie doit être menacée, peu importe comment, par la faim, la soif, le froid ou toute autre circonstance. Stryk emprunte à Pufendorf l'exemple suivant : « Versatur quis in regione ignota et aliena; ab injusto invasore impetitur. Salutis via nulla est, nisi ut fuga arripiatur. Adest ad manum alienus equus, sed ejus restituendi nullum medium adparet, quum nec dominus noscatur et equus longius sit abducendus. »

2^o *Moyens d'y remédier* : le vol doit être le seul recours possible contre la mort; Kress blâme justement la sévérité exagérée de la plupart des auteurs — ainsi Böhmer, Engau, Quistorp, Grotius, Stryk — : « Comment un pauvre pourrait-il se rendre successivement chez tous les habitants de sa localité, pour les supplier de le secourir et leur offrir ses services, puis prouver que ces tentatives ont été inutiles? Est-il sage, le juge qui a vis-à-vis des malheureux des exigences semblables, auxquelles il ne peuvent moralement satisfaire? »

3^o *Objet du vol* : reconnaissant d'autres nécessités que celle de la faim, parce que le même motif d'impunité s'y applique, la doctrine, qui s'appuie aussi sur l'art. 175 de la Caroline, admet qu'on peut voler autre chose que des aliments; quelques-uns, comme Simon, Walch et Feuerbach, combattent cependant cette interprétation extensive de l'art. 166.

4^o *Personnes en danger* : ce peuvent être, aux termes stricts de la Caroline, l'agent lui-même, sa femme ou ses enfants;

d'après quelques-uns — Schulz, Böhmer, Tittmann —, qui que ce soit; d'après d'autres — Schott, Quistorp, Walch —, opinion conforme à l'esprit du code, tous ceux qu'unit à l'agent un rapport étroit de parenté ou, s'il s'agit de la nécessité de la faim, qu'une obligation alimentaire lui fait un devoir de nourrir.

5^o *Faute* : on condamne unanimement celui que sa paresse ou sa prodigalité ont réduit à la misère, jusqu'à ce que Böhmer (le premier criminaliste de l'Allemagne au siècle dernier) vienne poser la question sur son véritable terrain; elle sera discutée plus tard.

6^o *Personne volée* : la Caroline n'excusant pas l'homicide nécessaire, on ne peut voler à autrui son dernier morceau de pain, parce qu'on compromet alors sa vie (Berlich, Engau, Beyer, *delineatio juris crim.* 1722); Böhmer, Koch et Quistorp excusent cependant ce vol, à l'époque, il est vrai, où se répand l'opinion que l'homicide par nécessité doit rester impuni.

7^o *L'intention de restitution* est naturellement exigée de ceux qui basent l'impunité sur l'absence d'« animus lucri-faciendi » — Pufendorf, Stryk et, d'après Stammeler (qui cite à tort Grotius), Simon et Schott —.

8^o Seuls Berlich et Kress, influencés par Damhouder et méconnaissant l'intention du législateur, voient dans la *grandeur du vol* un obstacle à l'impunité.

Telle a été jusqu'à nos jours la théorie du vol nécessaire, ce cas de nécessité autrefois typique, qu'ont rendu si rare les progrès de la civilisation. Nous allons voir enfin les idées s'élargir et la question du vol nécessaire devenir celle de l'état de nécessité.

CHAPITRE VII

PHILOSOPHES ET JURISCONSULTES
AU XVII^e ET AU XVIII^e SIÈCLE

Le XVII^e siècle assiste au renouveau de la philosophie du droit ; la raison de l'homme prend conscience de sa force et commence à marcher sans autre appui qu'elle-même, tandis que jusque-là les idées des écrivains célèbres du passé, entassées dans d'informes fouillis de citations, et les dispositions, souvent mal comprises, du droit romain et du droit canonique avaient tenu lieu de la réflexion propre. On comprend que la question de l'état de nécessité, qui, plus que toute autre, se prête aux développements philosophiques, fasse alors un pas de géant : l'étude de ce conflit tragique entre l'intérêt et le devoir, sa solution d'une manière satisfaisante pour la société, placée dans la triste alternative de renier son but, en exigeant de l'individu qu'elle doit protéger qu'il se sacrifie, ou de le renier encore en autorisant la violation des lois fondamentales de l'ordre social, cette étude doit tenter également le philosophe, le moraliste et le jurisconsulte. Grotius et Pufendorf l'abordent en philosophes, Thomasiaus et Wolff en moralistes, Matthäus en jurisconsulte ; Kant, le premier, se placera au point de vue exclusif du criminaliste.

§ 1. GROTIUS : THÉORIE D'ÉQUITÉ ET DE RETOUR A L'ÉTAT
DE NATURE

On attribue communément à l'auteur du « de Jure belli ac pacis » une théorie de la nécessité d'une rare étroitesse¹; et pourtant, le savant hollandais s'est signalé ici par la plus remarquable largeur de vues. C'est que, des nombreux passages qu'il a consacrés à l'état de nécessité², on n'en mentionne qu'un, célèbre en Allemagne parce qu'il intéressait spécialement les commentateurs de la Caroline, celui qui concerne le vol nécessaire.

*Grotius*³ veut que la loi soit interprétée selon les règles de l'équité, qui commande de « redresser ce qui s'y trouve de défectueux à cause des termes trop généraux dans lesquels elle est conçue.... Comme elle ne peut prévoir ni spécifier tous les cas, il faut nécessairement avoir quelque liberté d'en excepter ceux qui seraient exceptés par celui-là même qui a parlé, s'il était présent.... Un indice qui oblige à excepter certains cas, comme ne s'accordant point avec la volonté de celui dont on explique les paroles, c'est lorsqu'en s'attachant scrupuleusement aux termes il résulterait de là quelque chose, non pas à la vérité d'illicite en soi, et à tous égards, mais qui, à en juger équitablement, serait très dur à supporter; soit en égard à la constitution de la nature humaine en général, soit en compa-

¹ *Köstlin*, Revision, p. 598; *Berner*, de impunit, p. 23 et les auteurs les plus récents: *Janka*, 66-7; *Stammler*, 48 et *Göb*, 14-5.

² Passage capital: I, I, c. 4, § 7 (cf. II, 16, §§ 26-7); applications: I, 5, § 4; II, 2, §§ 6 sv.; II, 6, §§ 5-6 et 24, § 6; III, 12, § 1; III, 17; III, 20, § 37. Ces exemples sont pour la plupart empruntés au droit public, auquel est consacré le « de Jure belli ». — En matière pénale: II, 20, §§ 19 et 29; III, 11, § 4, n. 4. — Autre point de vue: III, 1, § 2.

³ Trad. Barbeyrac, II, 16, §§ 26-7. — Le livre de Grotius date de 1624.

rant la personne et la chose dont il s'agit avec le but même de l'engagement (ou de la loi).» Ces règles d'équité, dont le double rôle consiste donc à tenir compte, dans chaque cas d'application des lois, et de la nature humaine, parce que c'est à des hommes que s'adresse la loi, et du but que celle-ci poursuit, conduisent à mettre la nécessité au bénéfice d'une exception à la loi; voici comment Grotius s'exprime à ce sujet, dans le plus important des passages qu'il consacre à l'état de nécessité (l. I, ch. 4, § 7) :

« Même parmi les lois divines, il en est qui, quelque générales qu'elles soient, renferment l'exception tacite des cas d'une extrême nécessité... Ce n'est pas que Dieu n'ait plein droit de nous obliger à faire ou ne pas faire certaines choses, quand même nous serions exposés par là à mourir certainement : mais il y a des lois de telle nature qu'on a tout lieu de croire que, tout maître absolu qu'il est, il ne demande pas qu'on porte à leur égard l'obéissance si loin : ce qu'on doit par conséquent présumer encore plus des législateurs humains. Les lois, même des hommes, peuvent sans doute prescrire certains actes de vertu si indispensablement qu'elles n'exceptent pas même le péril de mort le plus certain ; comme quand on défend au soldat d'abandonner son poste, » et, de même, toutes les fois qu'il y va de l'existence de la société ou qu'il s'agit d'éviter la « ruine d'un grand nombre d'innocents... Mais on ne présume pas légèrement que telle ait été la volonté du législateur... car les hommes doivent faire leurs lois et les font ordinairement de telle manière, qu'ils ont toujours devant les yeux la faiblesse humaine (*Ferri enim leges solent et debent cum sensu humanae imbecillitatis*). » D'ailleurs, « plus ce qui court le risque de périr est considérable et plus l'équité veut qu'on restreigne les paroles de la loi pour autoriser le soin de la conservation d'une telle chose. » L'exception à la loi est basée ici sur la considération de la nature humaine, dont Grotius dit, dans son

chapitre sur les peines (II, 20) : « Le mouvement intérieur qui nous porte à éviter le mal est le plus naturel de tous, et, par conséquent, de tous les désirs le plus honnête », et dont il déduit la règle que « les hommes ne doivent pas punir les fautes inévitables, qui sont une suite de la fragilité de notre nature. » N'y doit-on pas comprendre l'acte nécessaire ?

Quant à la considération du but poursuivi par le législateur, qui, elle aussi, oblige parfois à interpréter la loi contrairement à sa lettre, selon les règles de l'équité, elle entre en jeu dans les cas de nécessité où l'individu ne peut conserver sa vie ou ses choses qu'en se servant de la chose d'autrui ou en la détruisant ; la loi qui a institué la propriété disparaît alors, car la laisser debout serait aller à l'encontre du but d'utilité humaine qu'ont poursuivi les premiers hommes en l'introduisant ; ce serait méconnaître l'intention du législateur : « De là il s'ensuit que dans un cas d'extrême nécessité, le droit ancien de se servir des choses qui se présentent revêt en quelque manière, tout de même que si elles étaient encore communes... Si l'on eût demandé à ceux qui ont fait le premier partage des biens communs ce qu'ils pensaient là-dessus, ils auraient répondu ce que nous disons ici. » Ce passage — au chapitre second du livre second — attira naturellement toute l'attention des criminalistes de l'époque ; il s'appliquait directement au vol nécessaire et donnait une base scientifique au principe des canonistes : « *tempore necessitatis omnia sunt communia.* »

Ainsi, s'il faut excepter de la loi le cas de nécessité, ce n'est que pour se conformer à la volonté du législateur, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de lois fondamentales de l'ordre social, des premiers hommes qui abandonnèrent l'état de nature pour s'unir en société. Grotius regarde l'acte nécessaire comme juridiquement irrelevant ; c'est ce que dira plus tard Fichte. Mais tandis qu'aux yeux de ce dernier la nécessité, que la loi ne régit plus, ne fait qu'user de violence, il use souvent, aux yeux

de Grotius, d'un droit naturel que l'état social avait fait disparaître : « *Necessitas rem reducit ad merum jus naturæ* ¹. » Ce retour à l'état de nature auquel aboutit sa théorie, du reste si remarquable — elle suffit à baser l'impunité de tous les actes nécessaires ² — en est le côté faible ; la science d'aujourd'hui a reconnu que l'état de nature et les contrats sociaux n'ont jamais été qu'une invention de philosophes ; comme le dit déjà Leyser au siècle dernier ³ « *Quid opus est primævam communionem, qualis vel nunquam fuit, vel, si fuit, obscurissima et intricatissima ac lapsis tot sæculorum oblitterata et nunc incognita est, excogitare aut reducere ?* » S'il écrivait de nos jours, Grotius ne parlerait plus d'équité et de passage de l'état de nature à l'état social, il parlerait de justice et de législation, et sa théorie serait, tantôt celle de faiblesse humaine en vogue au XIX^e siècle, tantôt une théorie originale, se refusant à appliquer la loi au cas de nécessité parce qu'elle irait alors à l'encontre de son but, idée qui semble à la base des théories modernes les plus récentes. Celle de Grotius a du reste le mérite de toutes les théories objectives : avant de rechercher si la violation de loi doit être excusée en cas de nécessité, elle se demande si cette violation ne disparaît pas en même temps que la loi à violer elle-même, question résolue affirmativement.

Stryk, jurisconsulte éminent, dans sa dissertation « de Jure necessitatis » — 1712, præf. et cap. 1, §§ 5, 7 —, la plus connue de toutes celles qui ont été publiées à cette époque,

¹ II, §§ 5, 6 n. 8.

² Théorie d'équité analogue chez *Schütze*, *Theilnahme*, 1869, p. 296-7.

³ *Meditationes*, spec. 537, med. 1, 2. — Dans notre siècle, *Ersted*, (*Nothrecht*, 1822, p. 348-51) argumente encore de la communauté primitive des biens et du contrat social de propriété ; et une théorie analogue sur le cas du jet à la mer se retrouve chez *Rossi*, qui admet un contrat fictif entre les navigateurs et les propriétaires des choses chargeant le navire (*Traité de droit pénal*, p. 303-5).

adopte les idées de Grotius, avec quelques modifications inspirées de Pufendorf et de Thomasius et sans reproduire la théorie accessoire de communauté primitive des biens.

§ 2. THÉORIES DE CONSERVATION PROPRE

A. **Pufendorf et Wenckebach.** Ici comme partout, *Pufendorf* se montre habile systématisateur. Sa théorie n'est autre que celle de Grotius, légèrement modifiée ; mais il l'expose avec plus de méthode et de précision, et sait en tirer toutes les conséquences. Puis, jugeant le sujet digne d'un chapitre spécial, de son grand ouvrage sur le « Droit de la nature », il attire sur lui l'attention des savants.

Quiconque croit en Dieu, dit-il¹, doit être convaincu qu'en maître absolu de notre vie, il peut nous imposer des lois d'une telle sévérité qu'il nous faille mourir plutôt que de les violer ; et c'est aussi le cas de quelques lois humaines. Mais, en général, on peut présumer de ces dernières qu'elles ne créent pas de si dures obligations, car leurs auteurs, « s'étant proposé de contribuer à la sûreté ou à l'avantage et à la commodité des hommes, sont censés ordinairement avoir eu devant les yeux la faiblesse (*teneritas*) de la nature humaine et le penchant invincible qui nous porte à fuir et à éloigner tout ce qui tend à nous détruire. C'est pourquoi on suppose que les cas de nécessité sont tacitement exceptés dans la plupart des lois, en sorte qu'elles n'obligent point lorsque leur observation serait suivie de quelque mal destructif de notre nature ou assez grand pour surmonter la fermeté ordinaire de l'esprit humain. »

S'inspirant du matérialisme de Hobbes, Pufendorf s'appuie et s'appuie le premier sur *l'instinct de conservation propre* ; mais

¹ Trad. Barbeyrac, I. II, ch. 6. — Janka, 78 et Göb, 16, comprennent mal cette phrase. Cette partie du livre de Janka (p. 73-83) contient du reste de nombreuses inexactitudes.

ce n'est pas sa légitimité qu'il allègue, comme plus tard Thomasius et de nos jours Janka, c'est son irrésistibilité : il est dans la nature de l'homme de céder aux impulsions qui en proviennent (*non possit non homo omni studio ad se conservandum coniti*) et le législateur doit en tenir compte, par indulgence (*ex benevola legislatorum mente simulque naturæ humanæ consideratione*). C'est à peu près ce qu'avait dit Grotius : « *Ferri leges solent et debent cum sensu humanæ imbecillitatis.* » — Comme Grotius encore, Pufendorf exempte le nécessité de l'observation de la loi, sans cependant lui conférer jamais un droit contraire ressuscité de l'état de nature, un « *jus naturale reviviscens* », comme dira Wolff.

Mais, et c'est là son grand mérite, Pufendorf élargit heureusement la notion de l'état de nécessité. La plupart n'y comprenaient alors que les cas où la conservation de la vie nécessite une atteinte à la propriété; Grotius, faisant un pas en avant, y avait joint ceux où l'atteinte à la propriété est nécessitée par la conservation de simples choses — il se référait au droit romain — et, d'une manière générale, tous les cas, autres même que le vol, où la vie ne peut être sauvée que par la violation d'une loi, mais il n'avait pas mentionné expressément la loi qui défend de tuer, trop grave peut-être à ses yeux pour que l'exception de la nécessité pût y être admise. Pufendorf, lui, admet cette exception et excuse l'homicide nécessaire. Il parle de la « *tabula unius capax* » des anciens, qui devient dès lors un exemple classique; on le conçoit de cent façons diverses; Wolff, « pour plus de commodité, » comme dit ironiquement Fichte, transformera la planche en canot possédant les mêmes propriétés! Puis Pufendorf rapporte l'histoire de marins dévorant un de leurs compagnons (v. p. 11, note) et s'appuie, pour les justifier, sur la circonstance qu'aux dépens d'une seule vie en ont été conservées plusieurs. Il donne enfin des exemples d'homicides commis pour le salut d'une seule vie. Pufendorf est donc le premier qui,

depuis les jurisconsultes romains, ait fait de la nécessité un motif général d'impunité. Et cependant, il faut le reconnaître, ses affirmations sont encore bien timides ; il confond le droit et la morale, fait même parfois de la théologie, et, après avoir excusé l'homicide nécessaire, semble le condamner. Aussi son élargissement de la notion de l'état de nécessité demeure-t-il un sujet de discussion, jusqu'à ce que Kant vienne audacieusement concevoir l'homicide nécessaire comme le cas typique de nécessité, jugeant avec raison qu'où le meurtre est excusé il ne peut être question de punir aucun délit.

Comme tous ses contemporains, Pufendorf se croit du reste obligé d'édifier une théorie spéciale du vol nécessaire : l'obligation naturelle de secourir le prochain se transforme en cas de nécessité en une obligation parfaite, à l'exécution de laquelle l'individu en détresse peut contraindre le propriétaire, s'il ne la remplit pas de lui-même. Ainsi Grotius et Pufendorf, dont la théorie générale dispense simplement le nécessité de l'observation de la loi, sans lui conférer un droit à sa violation, reconnaissent au contraire dans le cas de vol un droit de nécessité — d'après Grotius, le droit naturel sur les biens communs —. Pourquoi ces décisions différentes ? Nous croyons nos auteurs guidés par un sentiment vague, qui, plus tard, devenu raisonnement conscient, fera distinguer deux sortes d'états de nécessité, l'un conférant un véritable droit, l'autre laissant subsister l'injustice de l'action qu'il excuse, — le sentiment que le sacrifice d'une chose pour le salut d'une vie humaine est un bien désirable et qu'il convient, pour l'assurer, d'accorder à la vie un droit sur la chose, le sacrifice d'une vie pour le salut d'une autre vie un mal regrettable, mais en présence duquel le meilleur parti à prendre est de fermer les yeux.

Ce sentiment trouve dès le XVII^e siècle son expression très sage dans la bouche de *Wenckebach*, auteur d'une dissertation sur la nécessité publiée quelques années après le « *Jus naturæ* »

de Pufendorf et bien supérieure aux écrits plus connus de Fritsch et de Stryk ¹. Il fait valoir d'excellents arguments à l'appui de la signification générale de la nécessité : il répète ces mots de Grotius et de Pufendorf, que, faite pour des hommes, la loi doit tenir compte de la faiblesse humaine et de la force irrésistible de l'instinct de conservation ; il ajoute qu'elle cherche le bien des hommes et ne peut par conséquent leur ordonner de se détruire, que, de plus, la conservation d'un homme est utile à la société ; qu'un des buts, enfin, que poursuit la loi est de détourner du mal et d'exciter au bien, tâche qu'elle n'a pas à poursuivre ici, parce que l'individu, la nécessité ne l'eût-elle contraint, aurait observé avec plaisir la loi, qu'il enfreint à contre-cœur. Puis, examinant le cas du vol nécessaire, il s'écrie : « *Hic moralistæ nec tantum, sed et Theologi, Jcti, mirum in modum se torquent, mox hoc, mox aliud tradentes... Quum ut ex superius dictis constat quis omni studio se conservare debeat, sane hominis nomine indignus foret, qui intuitu quarundam rerum rem inæstimabilem et simul dulcissimam frustra potius perdere velit, quam eas contrectare... Quæso an Deo amabilius foret, si homo periret, alteri autem res servaretur? Puto contrarium magis arridere. Homo servatur sibi, proximo, reipublicæ; ex re autem nemini forsan redundat utilitas... Inter naturalia mala terribilissimum habetur mors et stultum foret eam appetere sub levis cujusdam rei abstinentia.* » Se laisser mourir plutôt que de toucher à la chose d'autrui ne serait pas d'un sage, mais d'un imbécile ; c'est, présenté sous la même forme, l'argument sur lequel Berner, deux siècles plus tard, basera son droit de nécessité. Isolée, l'opinion de Wenckebach n'a pas eu

¹ *Necessitas exlex*, Jena, 1675, 4°. Faussement attribuée à Pet. Homfeldt (Berner, de impunit., 23; Janka, 81; Stammeler, VI), qui n'est que le doyen de la faculté devant laquelle la thèse a été soutenue, mais dont le nom a eu l'honneur d'être imprimé en caractères plus grands que celui de l'auteur!

d'influence sur le développement des idées, mais elle est du moins le signe caractéristique d'une tendance qui n'a abouti que dans notre siècle à une théorie consciente d'elle-même. Et nous voulions rendre justice à la sagacité d'un auteur oublié.

B. Thomasius. Schröder. *Thomasius*¹ se base sur la légitimité de l'instinct de conservation et non plus, comme Pufendorf, sur son irrésistibilité. Veiller à sa propre conservation est à ses yeux le premier et le plus sacré des devoirs de l'homme, car c'est un instinct que Dieu lui-même a mis dans la nature humaine; si l'état de nécessité est lui aussi l'œuvre de Dieu, c'est-à-dire s'il n'est dû ni à la malice des hommes — c'est le cas lorsqu'un individu use de menaces pour en contraindre un autre à commettre un délit —, ni à la faute ou à la nécessité, alors ce dernier est exempté de la loi: « *Leges tam naturales quam positivæ, tam divinæ quam humanæ, tam affirmativæ quam negativæ, tacitam habent exceptionem necessitatis, nisi medium evadendi suppeditatur a malitia humana contumeliam Dei intendente.* » Nous dirions aujourd'hui: l'homme a le droit d'obéir à l'instinct légitime de conservation, si, cependant, il ne se rend pas en même temps complice d'un délit, à la commission duquel d'autres hommes cherchent à le déterminer en le mettant en état de nécessité.

L'idée qui est au fond de cette restriction bizarre au premier abord est celle que *Schröder*² développe plus tard et qu'adoptent quelques criminalistes — *Püttmann* et *Quistorp*, notamment —: Schröder trouve la signification juridique de l'ins-

¹ *Institutiones jurisprudentiæ divinæ*, 1688, l. II, c. 2, de officiis hominis erga se ipsum, §§ 123-72. Confirmé dans les *Fundamenta juris naturalis et gentium*, 1705, l. II, c. 2, §§ 18-9. — *Barbeyrac* adopte cette théorie dans ses notes sur Pufendorf, II, 6 § 3, n. 1.

² *Elementa juris socialis et gentium*, 1779, cap. VII, de collisione legum atque obligationum moralium, §§ 128-42.

instinct de conservation dans son influence sur l'intention de celui qui y a cédé. Celui qui pourvoit à son salut ne veut pas tant léser autrui que se sauver lui-même ; l'intention coupable, qui seule peut être punie, est absente de son acte : « Non tam alium voluit lædere, a quo animus alias alienus fuit, quam suam expedire salutem. » Nous voilà revenus à travers de longues vicissitudes à l'idée romaine : « non enim injuria fecit qui se tueri voluit quum alias non posset, » disait déjà Ulpien. Est-il besoin de faire observer que, prise à la lettre, cette proposition est inacceptable ? S'il est défendu de tuer un homme, vouloir le tuer est une intention coupable, qu'on s'y décide avec plaisir ou à contre-cœur ; quoique atténuée, la culpabilité subsiste.

Pour Thomasius donc, comme pour Schröder, l'action dont la source unique est l'instinct de conservation n'est pas coupable parce que cet instinct est légitime et qu'on ne pèche pas en le suivant. Mais la théorie de Thomasius est plus acceptable que celle de Schröder qui confond le côté subjectif et le côté objectif de la culpabilité.

Un grand nombre de criminalistes adoptent au XVIII^e siècle le principe suivi par Thomasius, en supprimant la restriction qu'il y avait apportée. La fin légitime de la conservation disent-ils, rend légitimes les moyens nécessaires pour l'atteindre. Ainsi *Wildvogel*, et *Leyser*, qui s'exprime avec beaucoup de force (loc. cit.) : « Deus animo studium me conservandi et honestum erga me ipsum amorem indidit. Hoc studium, hic amor omnium actionum mearum principium est ; hic me parentesque meos ut civitates iniremus, ut principi et legibus nos subjiceremus moverunt ; hic obligationes reliquas omnes vincit ; igitur, quum salvus aliter esse nequeam, non solum non pecco, sed magis primo ac præcipuo officio meo satisfacio, si rebus quamvis alienis utor. » Ainsi *Böhmer*, dans ses « *Meditationes* » : « Quum cuilibet innata sit delicata sui æstimatio, secundum quam non potest non omnino studere ut conservetur, Deo utique volente

fit ut quia is *finem* vult, *media* quoque ad hunc necessaria velle debeat. »

C. Pufendorf argumente de l'irrésistibilité, Thomasius de la légitimité de l'instinct de conservation, Schröder de l'incompatibilité du but de conservation propre avec toute intention criminelle; le philosophe Wolff, dans son « *Jus naturæ* » utilise d'une quatrième manière le point de vue de la conservation. Il considère l'état de nécessité comme un conflit de lois ou de devoirs, devoir envers soi-même et devoir envers autrui. « *Exceptiones in casu collisionis legum pertinent ad jus necessitatis... Necessitas jus det ad legem unam non servandam, ut obligationi quæ est altera satisfacere possis.* » L'impossibilité d'observer à la fois les deux lois dispense de l'observation de la moins importante. Wolff justifie de la sorte un grand nombre de délits nécessaires, mais, quoiqu'ayant posé le principe qu'en cas de conflit d'un même devoir envers soi-même et envers autrui, c'est le premier qui l'emporte, il condamne l'homicide par nécessité parce que, d'après les principes généraux en matière de conflits de lois, la « *lex præceptiva* », qui ordonne une action (ici la loi de conservation propre), doit céder le pas à la « *lex prohibitiva* », qui ordonne une omission (ici la loi qui défend de tuer) règle évidemment arbitraire dans sa généralité ¹. Aussi le criminaliste Koch repousse-t-il avec raison la solution de Wolff et, le mettant en harmonie avec ses principes, excuse-t-il l'homicide nécessaire ² : « *In collisione officiorum æqualium erga me et alios vincit officium erga me. Quæ regula in præsentî casu nullo plane dubio subjacet, quum de maximo erga me officio, scilicet de evitanda morte, res sit.* » Le point de vue de Wolff est du reste inadmissible, parce que le pur

¹ Déjà posée par Grotius (II, 16 § 29) et Pufendorf (V, 12 § 23).

² *Institutiones*, 1779, § 174 in f. — Même raisonnement déjà chez Stryk, qui ne lui donne qu'une place secondaire (l. cit.).

devoir envers soi-même n'appartient pas au domaine du droit — l'impunité du suicide le prouve. De nos jours, Temme¹ a repris l'argument en le modifiant conformément aux idées modernes sur les rapports du droit et de la morale; il veut que la loi tienne compte, en laissant l'acte nécessaire impuni, de la contrainte qu'exerce sur tout homme doué de moralité l'obligation de se conserver. Mais il nous paraît singulièrement hardi de prétendre que l'acte nécessaire est dicté à l'individu par sa conscience! Il faudrait que cette moralité d'actes présentant les caractères des crimes les plus graves fût d'une évidence absolue pour que le législateur pût songer à la prendre en considération.

Les théories de conservation, en vogue au XVII^e et au XVIII^e siècle, disparaissent au XIX^e siècle du champ de la science. A l'ancien droit naturel, concevant comme de véritables droits de l'homme les instincts qui sont au fond de sa nature, répondent les théories scientifiques modernes du combat pour l'existence, qui tendent aussi à légitimer l'égoïsme individuel en en faisant la base de l'évolution générale des êtres animés. Depuis la mort du droit naturel jusqu'à leur apparition, personne ne parle plus de l'instinct de conservation — Temme seul excepté —. Ce n'est que récemment que Janka, retournant aux anciens point de vue, a cherché à baser sur la valeur juridique de cet instinct l'impunité de l'homicide nécessaire; nous montrerons plus tard l'insuffisance de sa théorie.

§ 3. LA THÉORIE DE CONTRAINTÉ MORALE. MATTHÆUS.

La théorie de la contrainte que nous avons vue naître au moyen âge, et s'épanouir au XVI^e siècle dans les écrits de Tiraqueau en France et de Farinacius en Italie, ne reste pas sans

¹ V. liste bibliographique. — Nous présentons les idées de Temme sous la forme la plus admissible. Cf. Janka, 137-44.

écho dans les siècles suivants ¹ ; elle continue à se développer d'un mouvement régulier. D'un côté la violence et la crainte (*vis et metus*) prennent place au nombre des motifs généraux d'impunité — ou tout au moins d'atténuation de la peine — dans la plupart des traités de droit pénal ² et dans deux législations criminelles du XVIII^e siècle, le *Codex juris bavarici criminalis de 1751* (I, 1, §§ 4 et 33) et la *C. C. Theresiana de 1768* (art. II, § 8, al. 2) ; la loi bavaroise surtout est très catégorique : « *Wenn es an genugsamen Verstand oder freien Willen ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach . . . aus Nothzwang geschieht wird für kein Verbrechen geachtet.* » D'un autre côté, la théorie se précise chez quelques écrivains isolés, en particulier chez le célèbre criminaliste hollandais *Matthäus*, dans son commentaire aux « *libri terribiles* » du Digeste (1644) ; il accorde au nécessité l'impunité complète que lui refusait Tiraqueau, grâce à l'intervention d'un nouveau facteur, mis en lumière par Grotius, le facteur de la faiblesse humaine, et crée ainsi la théorie des actions mixtes que nous nous réservons d'exposer et de discuter plus tard, car elle a été perfectionnée dans la suite et universellement adoptée au commencement de notre siècle.

Mais il est un point sur lequel *Matthäus* n'a malheureusement pas été suivi par ses imitateurs : il s'efforce d'établir que la nécessité n'enlève pas à l'acte son caractère délictueux. C'est ce que devraient faire tous ceux qui n'en veulent baser l'impu-

¹ Comme le croit Janka (p. 65), qui ne connaît de *Matthäus*, comme de Grotius, que le passage concernant le vol nécessaire et lui attribue faussement une théorie d'excuse.

² *Théodoric*, op. c., disp. X. th. 4, l. 1, et *Judicium criminale*, nova ed. 1674, c. I, aph. VIII, n. 46 ; *Berlich*, op. c., pars IV, co. 18, n. 50 ; *Carpzov*, op. c., pars I, q. 17 (ii qui minis seu metu delinquent aliquo modo excusentur, nam propter metum delinquentes videntur coacte delinquere. *Coacta autem voluntas non est voluntas*) ; *Koch*, op. c., § 37 ; *Engau*, *Elementa*, § 39, n. 3-4, etc.

nité que sur des arguments de nature subjective, cette démonstration pouvant seule donner une raison d'être à la théorie de la contrainte: à quoi bon rechercher l'influence de la contrainte sur la culpabilité, si l'acte n'est pas en lui-même coupable? Matthäus, le premier, s'attaque à cette démonstration, et, s'il n'y a pas réussi, il faut avouer qu'on n'a pas fait mieux depuis. Voici comment il s'exprime à propos de l'ordre accompagné de menaces, le cas typique de contrainte morale, pour lui comme pour les criminalistes des siècles précédents; le passage est célèbre (Prolegom. I, 12-3.): « Quum viro bono non potest ulla tanta necessitas imponi, ut facinoris alicujus labe se maculet, apparet eum qui jubenti paruit criminis reum esse. Idque ex philosophorum fontibus eleganter demonstratur. Ii enim de contentione malorum ita sentiunt: propositis duobus malis, veluti turpi et turpi, tristi et turpi, tristi et tristi, turpium quidem nullam esse electionem; ex tristibus id quod minus triste est, ex turpi et tristi triste potius eligendum esse, tanquam id sit honestius. Atqui palam est, quum is qui jubendi potestatem habet delictum imperat, proposita duo esse: peccatum et pœnam: quorum illud turpe est: hoc non turpe, sed triste. Vir ergo bonus potius pœnam injustam sufferat quam ut, doloris aut cruciatus metu, sciens scelere se contaminet. » (Cf. ad lib. 47, I, 1 n. 7). Placé entre deux maux, dont l'un consiste à souffrir, l'autre à pécher, l'homme de bien n'hésitera pas à choisir le premier; céder aux menaces de celui qui ordonne de faire du mal à autrui n'est donc pas le fait d'un homme de bien. Mais Matthäus s'enferme dans un cercle vicieux: il s'agit précisément de savoir si c'est un péché que de détourner sur autrui le mal dont on est soi-même menacé, non si l'on doit tout souffrir plutôt que de pécher. Les prémisses de Matthäus, c'est qu'infliger un dommage est toujours immoral et qu'il ne l'est jamais de se soumettre à un mal injuste; il ne les démontre pas. Les raisonnements des modernes renferment toujours une pétition de principes analogue.

Matthäus soutient la même thèse par d'autres arguments en ce qui concerne le vol nécessaire, et, ici, il est plus heureux, car il s'agit seulement d'établir que le vol est toujours un vol, quoique commis en état de nécessité; qu'étant admise la présence des éléments essentiels de tout délit, aucun des éléments spécialement constitutifs du vol ne fait défaut. Ce n'était pas l'opinion commune; on voyait souvent la signification de la nécessité dans ce qu'elle faisait disparaître un de ces éléments. L'acte pouvait ainsi rester injuste sans tomber sous le coup de la loi pénale. Le vol est, suivant les idées de l'époque, la *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui dans une intention de lucre*. Or, disaient les uns (Grotius et, avant lui, les canonistes), il n'y a pas « *contractatio rei alienæ* », parce que la nécessité rend toutes les choses communes; il n'en est ainsi qu'en cas de danger commun, répond Matthäus. D'autres soutenaient (Covarruvias, Pufendorf) qu'il n'y a pas « *fraudulenta contractatio* », le nécessité contraignant le propriétaire à l'exécution de l'obligation de secourir l'individu en détresse; Matthäus nie cette obligation: « *Fatetur publica utilitate urgente, quod quisque frugum domi flagellat, id eum ad annonæ subsidia proferre debere, sed negamus singulis indulgendum, ut suo arbitratu auferant quod sibi desit, aliis superat.* » Pour d'autres enfin, c'était l'élément intentionnel qui faisait défaut, « *l'animus lucrificandi*, » parce que la nécessité, qui ne fait que pourvoir à la conservation de sa vie ne recherche pas un gain; mais, s'écrie notre auteur, « *quis persuaserit homini intelligenti lucrificandi animum non habere eum qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, quum manifestum sit, ipsum cibum ab eo lucrificari?* » Sur ce dernier point, nous croyons qu'il a tort: pour attribuer une intention de lucre à l'affamé qui s'empare d'un pain dans le but d'« *explere stomachum latrantem* », il faut considérer le mot « *lucrum* » comme synonyme d'avantage, utilité — interprétation très contestable dans la locution « *lucrificare* » — et alors l'exigence de

l'animus lucrificiendi perd toute signification, l'exigence d'une intention de soustraire la rendant superflue.

Nous sommes parvenus au seuil du XIX^e siècle. Le développement des idées va se poursuivre et, d'abord, la théorie de la contrainte arriver partout au pouvoir. La doctrine française en reste là ; mais l'évolution continue dans les pays de langue allemande, où la science criminelle prend un prodigieux essor, grâce à l'esprit germanique de spéculation et au stimulant donné aux études pénales par la fréquente apparition de lois nouvelles, qui viennent incessamment remettre les principes en question, tandis qu'en France le code pénal de 1810 reste immuable ; le latin ne servant plus, du reste, de trait d'union entre les savants des différents pays, la science est moins que jamais internationale. En Allemagne, donc, la théorie de la contrainte, abandonnée, fait place à d'autres et, après de longs efforts — aucun sujet n'a été considéré sous tant de faces diverses, ce qui témoigne de sa difficulté —, la question de la nécessité reçoit une solution qui semble définitive. Nous verrons les idées s'élargir en même temps que les faits seront mieux examinés ; nous avons déjà vu dans cette première partie que les législateurs primitifs, n'ignorant pas les réalités de la vie, excusaient dans une large mesure l'acte nécessaire, mais qu'ensuite les théoriciens, ne pouvant s'expliquer cette exception aux règles et fermant les yeux sur les faits, le condamnaient et n'en venaient que lentement à le laisser impuni. Ce recul et ce progrès, dus aux mêmes causes agissant en sens inverse, sont significatifs ; comme nous le disions dans notre introduction, le progrès a dans toute science l'observation des faits pour condition première.

Deuxième Partie

EXPOSÉ HISTORIQUE ET CRITIQUE DES THÉORIES ET DE LA LÉGISLATION AU XIX^e SIÈCLE

CHAPITRE 1^{er}

THÉORIES SUBJECTIVES OU DE NON-IMPUTABILITÉ

§ 1. KANT

1. Les criminalistes allemands s'exagèrent singulièrement l'influence de Kant sur le développement de la théorie de l'état de nécessité. Sa propre théorie n'a pas grande valeur et n'est point originale. Il excuse l'homicide nécessaire, mais d'autres avant lui l'avaient fait aussi catégoriquement, sinon Pufendorf, du moins les partisans de l'idée de la contrainte morale, en première ligne Filangieri, qui fait alors école dans tous les pays. Deux grands philosophes s'occupent après Kant de l'état de nécessité, mais ce n'est pas lui qui attire leur attention sur le sujet : celle de Fichte est éveillée par les mêmes écrits qui éveillent celle de Kant, les œuvres de leurs prédécesseurs à tous deux, celle de Hegel par les dispositions du droit positif sur le vol nécessaire. Et Kant se serait tu qu'il n'y aurait pas un iota de changé dans les pages que les criminalistes du

commencement de notre siècle ont consacrées à l'état de nécessité; il ne fait que prêter sa puissante voix aux idées en cours. Ses paroles n'en sont pas moins dignes d'attention; on ne peut s'empêcher d'admirer l'audace avec laquelle, prenant le taureau par les cornes, il abandonne le vol nécessaire autrefois chéri des théoriciens pour ne voir dans l'état de nécessité que le plus aigu des cas de nécessité, le cas où deux vies sont en présence, d'admirer aussi la netteté et la vigueur de son langage, qui font un heureux contraste avec les longues et diffuses dissertations de Wolf et de Thomasius. Et, d'une manière générale, les idées philosophiques de Kant, qui ont longtemps fait autorité, ont eu dans notre question un important résultat négatif: elles ont amené la chute, chute temporaire, des théories du droit de nécessité.

II. Kant ¹, en effet, dans ses « Principes métaphysiques du droit » (Appendice à l'introduction), nie tout *droit* de nécessité; il rompt heureusement avec les anciennes théories du « jus naturæ », qui, ne trouvant la source du droit que dans la nature individuelle de l'homme, oubliaient qu'il n'a pas à considérer l'homme pris isolément, mais seulement dans ses relations avec d'autres individus, et tendaient à ériger en droits toutes les tendances innées de notre nature. La maxime fondamentale du droit est d'après Kant: « Agis extérieurement de telle sorte que ta liberté puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant une loi générale de liberté pour tous. » Législation externe par opposition à la morale qui est une législation interne, le droit consiste dans le respect mutuel des libertés et ne s'applique qu'aux devoirs extérieurs. C'est pour cela qu'il implique la faculté de contraindre; la contrainte est la force matérielle qui écarte les obstacles à l'exercice extérieur de la liberté. — Or, il est bien évident que l'homicide commis par un individu

¹ Janka, 85-8; Stammler, 37, 45-6; Göb, 19-20; Köstlin, Revision, 599-600.

dans d'autres cas que celui d'une agression injuste, ne saurait être la base d'une loi commune d'exercice des libertés ; le droit du nécessité à tuer trouverait en face de lui le droit d'autrui également plongé en état de nécessité, et le système de Kant ne peut admettre des droits contradictoires. Il n'existe donc pas de *droit* de nécessité ; ce prétendu droit n'est qu'une « contrainte sans droit » (l'équité autre « droit équivoque » est au contraire un « droit sans contrainte »), un acte de violence dépourvu de toute sanction juridique. « *Il ne peut y avoir de nécessité qui rende légitime ce qui est injuste.* »

Déclarant injuste l'acte nécessaire, Kant devrait le punir, lui qui couvre de ses anathèmes quiconque veut poursuivre à l'aide de la peine un but d'utilité — *Wehe dem! welcher die Schlangewindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht* —, lui qui proclame dans ce même ouvrage dont nous extrayons nos citations sur la nécessité, que tout acte injuste doit être puni par la seule raison qu'il est injuste, selon l'ordre de l'impératif catégorique qui dit à notre conscience que tout mal doit recevoir un châtement. Kant sent cependant que l'acte nécessaire ne saurait être puni et base l'impunité sur un argument qui contredit d'une manière flagrante sa théorie de la pénalité¹. La question ne doit pas, dit-il, être considérée « objectivement, selon la prescription de la loi, mais seulement d'une manière subjective selon la sentence qui serait portée en justice. En effet, il ne peut y avoir de loi pénale qui condamne à mort celui qui, dans un naufrage, repousse un de ses compagnons de la planche à l'aide de laquelle il s'était sauvé, afin de se sauver lui-même.

¹ Les idées de Kant sur la pénalité ne sont d'ailleurs pas celles qui auraient dû naturellement découler de son idée générale du droit (Cf. Hepp, *Strafrechtssysteme*, I, 1843, § 17) ; l'essence de la peine devait être pour lui la contrainte et à cette contrainte il devait assigner des buts. En ce sens, on peut dire que sa théorie de la nécessité est dans l'esprit de son système ; mais la loi pénale ne doit pas poursuivre le seul but d'intimidation.

La peine dont la loi menacerait le coupable ne pourrait être plus grande pour lui que la perte de la vie ; or, une loi pénale de ce genre n'aurait pas l'effet qu'elle se proposerait : la menace d'un mal encore incertain, (la mort infligée par un arrêt de la justice) ne saurait l'emporter sur la crainte d'un mal certain (celui de se noyer). L'action qui consiste à employer la violence pour se conserver (*die That der gewaltthätigen Selbsterhaltung*) échappe donc à la punition (est unstrafbar, impunible) quoiqu'on ne puisse la regarder comme non coupable (*unsträflich*, inculpable) et c'est par une étrange confusion que les juristes prennent cette impunité subjective pour une impunité objective (pour une chose légitime). »

III. Nous sommes persuadés que le philosophe de Königsberg n'a point trouvé lui-même cet argument ; que, ne sachant comment échapper à la conséquence logique de ses idées sur le droit et la pénalité, conséquence qui est la punition de l'homicide nécessaire, le grand homme a glané dans le champ d'autrui. Ses « principes métaphysiques du droit » datent en effet de 1797 et l'année précédente *Erhard*, professeur à Leipzig, avait publié sa traduction des « Lois pénales » de Pastoret, où nous trouvons déjà nettement exposée la théorie kantienne ¹ : en application de son système pénal d'intimidation (I, 1790, p. 26, note p), Erhard déclare que celui qui commet un délit pour le salut de sa vie ne peut être puni parce que la menace d'aucun mal ne saurait détourner du crime l'homme placé dans une telle situation ; que la peine ne rem-

¹ Tome II, p. 157, note : « Warum kann der, welcher zur Rettung seines Lebens ein Verbrechen begeht nicht bestraft werden ? Weil kein Straf-übel den abzuschrecken im Stande ist, der dem grössten aller sinnlichen Uebel, dem Tode, zu entgehen sucht, also hier die Strafe ganz zwecklos sein würde, weil sie nicht wirksam sein kann. » Erhard annonce qu'il développera l'argument dans son commentaire à l'ouvrage de Pastoret, mais nous ne croyons pas que ce commentaire ait été publié.

plirait pas alors son but, étant « inefficace ». Kant n'est pas plus explicite. Et Michaelis dans son ouvrage célèbre sur le droit mosaïque, avait déjà dit vingt ans auparavant — mais l'argument jeté négligemment en passant avait dû rester inaperçu ¹ : « Je ne sais à quoi servirait de punir le vol commis par un affamé ; car chacun préférera passer rapidement de vie à trépas par le glaive ou la corde du bourreau plutôt que de périr dans les lentes souffrances de la faim. » Le point de vue d'intimidation était du reste en vogue à la fin du siècle dernier ; chez quelques auteurs, il devient une manie ². Aussi peut-on dire que nombre de criminalistes auraient formulé d'eux-mêmes la théorie de Kant, si le cas de l'homicide nécessaire leur eût été soumis ³.

IV. L'argument d'inefficacité de la loi pénale ne vise pas seulement le cas célèbre de la « planche » ; il s'applique à tous les cas où la conservation de la vie est impossible sans la violation de la loi, à tous ceux aussi dans lesquels la peine édictée par le législateur est moindre que le mal qui résulterait pour l'individu de la non-commission du délit. L'exemple suivant, dû à Thibaud, fait ressortir ce que l'argument a de caractéristique et son côté absurde : La loi dispose que celui qui frappera autrui sera passible d'une amende de 20 écus. Un inconnu, taillé en hercule, exige de A qu'il roue B de coups, sans quoi il lui

¹ Mosaisches Recht, 2^e Aufl., 1775, VI, § 282.

² Ainsi *Gmelin*, Grundätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen 1785, § 71, p. 149, base uniquement le droit de légitime défense sur la nécessité d'intimider l'agresseur et de le détourner de ses projets en lui faisant savoir que la loi donne le droit de le tuer.

³ Qu'on lise notamment les développements de *Schall*, von Verbrechen und Strafen, 1779, sur l'efficacité des lois pénales ; il aboutit à la conclusion suivante : « Sonach werden alle Strafen wirksam sein, wenn die der Seele ein solches Uebel vorhalten dessen Vorstellung die Leidenschaft der Selbstliebe stärker machen kann, als es die zum Verbrechen antreibende Leidenschaft ist. »

jettera sa montre d'or à l'eau. A, auquel toute résistance est impossible, peut battre impunément autrui, parce que c'est un plus grand mal de perdre une montre en or que de payer 20 écus.

V. L'acte nécessaire est, aux yeux de Kant, coupable sans être punissable (impunibile, sinon inculpabile). Cette distinction qui, depuis Kant, devient courante, peut sembler subtile et oiseuse ; mais elle a d'importantes conséquences pratiques. Kant veut dire que, quoique impuni, l'acte nécessaire est, de sa nature, injuste et imputable à son auteur ; injuste, il autorise le tiers assailli à la légitime défense ; imputable, il oblige son auteur à la réparation du dommage causé. Et s'il reste impuni, c'est par un motif d'excuse personnel ou de nécessité, dont ne peut se prévaloir celui qui cherche à sauver autrui de la mort. Mais, en s'appuyant sur l'état psychique de l'individu, sur lequel ne peut agir la menace de la loi, Kant prépare la voie à la théorie de non-imputabilité de Feuerbach.

C'est sa signification historique qui nous a fait parler ici de la théorie de Kant ; nous en réservons la critique à plus tard.

§ 2. FEUERBACH ET SA THÉORIE DE NON - IMPUTABILITÉ

I. Avec *Feuerbach*, nous abordons l'exposé et la critique de la théorie de contrainte morale, sous les formes diverses qu'elle a revêtues dans notre siècle. Inconnue au droit romain, elle est pourtant sortie au moyen âge du droit romain lui-même ; elle a pris une forme scientifique avec Tiraqueau et, avec Matthäus, s'est développée par l'adjonction d'un principe nouveau. Au début du XIX^e siècle, elle règne en maîtresse ; puis elle perd chaque jour du terrain, et nous concluons à son complet abandon.

II. Pour qu'un acte soit punissable, il ne faut pas seulement que les conditions objectives du délit soit remplies, c'est-à-dire

qu'il s'agisse d'un acte prohibé par la loi pénale et que l'individu ne peut accomplir en vertu d'un droit spécial ; le délit a aussi des conditions subjectives : il faut que l'acte soit le fait d'une volonté humaine, que d'un côté un homme en soit l'auteur matériel, que de l'autre cet homme puisse en être déclaré responsable, en un mot que cet acte puisse lui être imputé. On pose ordinairement comme conditions de l'imputabilité l'intelligence et la liberté de l'agent.

Nul n'a jamais prétendu que, de sa nature, l'état de nécessité exclut l'intelligence. Si le danger peut jeter l'individu dans un trouble qui l'empêche de discerner les conséquences de ses actes, si la peur peut changer en tigre l'homme le plus doux, il n'en est pas toujours ainsi. Lorsque le cas s'en présentera, ce n'est point l'état de nécessité, c'est le fait accidentel du trouble de l'agent qui motivera son impunité. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais on a soutenu, l'unanimité des écrivains français soutient encore que, de sa nature, l'état de nécessité exclut la liberté de nos décisions, qu'il constitue une **contrainte morale**. C'est cette théorie que nous allons réfuter.

La réfutation la plus radicale consisterait à démontrer que l'on ne doit pas faire de la liberté une condition d'imputabilité ; c'est le chemin qu'a suivi Janka. Mais nous ne l'y suivrons pas. Si nous inclinons fortement à croire que le droit pénal, science particulière, ne doit point se baser sur une vérité aussi controversée que celle de la liberté de la volonté et ferait bien de s'en rendre indépendant, nous sommes plus intimement persuadés encore que la solution de la question spéciale qui nous occupe, celle de l'impunité de l'acte nécessaire, doit être rendue indépendante de la question controversée de la liberté humaine. Qu'on l'admette ou qu'on la nie, le résultat est d'après nous le même : l'état de nécessité ne saurait à aucun point de vue être considéré comme une cause de non-imputabilité ; il peut être, que l'on fasse ou non de la liberté une condition de la responsabi-

lité pénale, un motif d'atténuation de la peine; un motif d'impunité, jamais.

Ces remarques préliminaires faites, examinons la théorie de Feuerbach.

III. L'homicide par nécessité, nous disait Kant, doit rester impuni, parce que la menace d'une condamnation à mort ne peut avoir d'effet sur un homme menacé d'autre part d'une mort immédiate; la théorie de la pénalité de Feuerbach n'est que la généralisation de cette idée ¹. L'effet intimidant de la loi pénale est la pierre d'angle de son système, système admirable par la force logique des développements du principe et le talent extraordinaire d'exposition de son auteur plutôt que par l'idée qui en est la base, idée déjà banale à son époque, comme nous l'avons déjà dit, et impuissante à justifier la peine.

La *contrainte physique* qu'exercent dans la société humaine, en empêchant les atteintes au droit la police préventive, et en poursuivant la réparation la justice civile, trouve, selon Feuerbach ², son complément dans la *contrainte psychologique* exercée par la loi pénale. L'effet psychologique de la menace de peines consiste dans l'opposition aux mobiles qui poussent l'individu au crime de mobiles plus forts qui doivent nécessairement l'en détourner; nécessairement, car Feuerbach, regardant comme inapplicable en pratique la notion kantienne d'une liberté transcendantale, nie toute liberté humaine et voit dans le délinquant un être matériel (Naturwesen) dont les actes ne sont que des phénomènes naturels, c'est-à-dire nécessaires (homo «phenomenon», par opposition à homo «noumenon»). Le mobile du crime, c'est la recherche d'un plaisir; le mobile qui en triomphera, c'est la crainte d'un mal plus grand que celui qui

¹ Il ne faut pourtant pas dire, avec Janka (p. 92) et Göb (p. 21) que Kant a donné à Feuerbach l'idée première de sa théorie pénale! Nous avons vu au contraire que Kant a emprunté son argument à une théorie en vogue.

² Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 14^{te} A. §§ 8 ff.

résulte de la privation de ce plaisir, mal dont la loi proclame l'inévitabilité, c'est la crainte de la peine.

La loi pénale, ne se justifiant que par le fait qu'elle exerce une contrainte psychologique nécessaire au maintien de l'ordre social, ne peut s'appliquer qu'aux cas où cette contrainte est possible¹. Celui-là seul est punissable qui pouvait être intimidé par la menace de la loi ; l'imputabilité n'est autre chose que « l'intimidabilité » (« Abschreckbarkeit, » mot que Feuerbach lui-même n'emploie pas).

Le délit ne sera donc pas imputable et son auteur restera impuni toutes les fois que l'effet intimidant de la loi pénale sera nul² ; et tel est le cas, non seulement lorsque l'individu n'a pas conscience de la criminalité de son acte (ainsi le fou, l'enfant, la victime d'une erreur), mais encore lorsque, malgré la conscience de la criminalité, l'influence de la loi pénale en ce qui concerne l'empêchement du délit est physiquement ou psychologiquement impossible, autrement dit lorsqu'une contrainte étrangère annihile la contrainte psychologique de la loi pénale. Contrainte physique (*vis absoluta*), quand la volonté n'a pas eu part aux mouvements du corps ; contrainte psychologique « lorsque la personne a été entraînée à l'acte par un mal présent et certain surpassant ou, tout au moins, égalant le mal de la peine », que cet état de nécessité ait été amené par les forces naturelles ou par d'autres hommes, comme dans le cas de menaces (*vis compulsiva*³.)

¹ Op. cit. §§ 85, 91.

² Lehrbuch, 1^{re} Aufl., 1801, §§ 96-7.

³ Feuerbach comprend à tort dans la « *vis compulsiva* » le cas où « l'auteur de la contrainte prend autrui pour objet d'une lésion de droit, cas dans lequel le droit de nécessité ne fait qu'un avec le droit de légitime défense » ; par ex. le viol accompli à l'aide de menaces. La femme attaquée est en état de légitime défense vis-à-vis de celui qui la menace, en état de nécessité vis-à-vis de la loi pénale si cédant aux menaces elle commet un délit (adultère, inceste, outrage à la pudeur).

II. La théorie semble logique ; elle ne l'est qu'en apparence. C'est à tort que Feuerbach tranche la question d'intimidabilité par une règle précise de proportion entre les maux en présence desquels se trouve l'auteur ¹, oubliant qu'il s'agit ici d'états psychologiques, non de règles objectives de justice ; ce qui importe, ce n'est pas la grandeur réelle des maux, c'est uniquement la représentation que s'en fait l'auteur, leur valeur comme impressions et leur influence psychique (Janka). Or cette influence dépend soit de la connaissance, rarement exacte, que l'auteur a de la peine ², soit du degré de probabilité de la découverte du crime, soit de la constitution physique et morale de l'individu : insouciance plus ou moins grande des conséquences possibles de son délit, caractère brave ou peureux, souffrances variables attendues de la peine en cas de condamnation, etc., etc. De même l'influence contraire du mal qui contrebalance la peine, mal qui n'a pas besoin, du reste, d'être « certain et présent », mais seulement d'être cru tel. En un mot, ce qui importe, ce n'est pas que tel ou tel acte soit généralement imputable, c'est qu'il le soit dans le cas particulier, et c'est une question que le juge seul peut résoudre.

Puis, si le mal rival de la peine n'est pas si terrible que le législateur n'en puisse inventer de pire, l'état de nécessité doit n'être pour lui qu'une raison de plus grande cruauté ; qu'il menace de mort le délit ordinairement puni de prison pour le cas où il serait commis dans le but d'éviter une perte d'argent ! Cette objection et d'autres analogues, formulées par divers critiques ³, engagèrent Feuerbach à modifier sa théorie. Dans la 8^e édition de son traité (1823), il exige que le mal qui s'oppose

¹ Même détermination chez *Rosshirt*, Lehrbuch, 1821, § 26.

² « Da muss also der Gezwungene ein guter Kriminalist sein ! » Exclamation de von Wächter dans une note à son exemplaire du traité de Rosshirt (à la bibliothèque du Reichsgericht, à Leipzig).

³ Notamment Thibaut, p. 81-9 des « Beyträge, etc. », 1802.

à la peine, non seulement lui soit égal, mais encore consiste dans la perte d'un « bien inestimable et irremplaçable de sa nature » ; dans l'édition suivante (1825), il ne parle plus d'égalité des maux, mais exige un mal tel qu'aucune peine ne puisse le surpasser (perte de la vie ou autre mal irréparable atteignant la personne).

Les objections précédemment énoncées n'en subsistent pas moins. D'un côté, la peine ne sera pas infligée alors que l'influence de la loi pénale était possible, car la crainte d'une mort immédiate et honorable peut céder le pas, suivant les individus, à celle d'une mort honteuse par la main du bourreau, après les souffrances morales d'un procès pénal ; de l'autre, elle sera infligée alors que le mal écarté par le délit, sans être irréparable, était supérieur au mal de la peine.

Mais le principal argument contre sa théorie, argument redoutable qui s'adresse à tous les déterministes qui voudraient faire de la contrainte morale un motif d'impunité, Feuerbach l'a développé lui-même ! Esprit sagace, il s'est réfuté un beau jour en réfutant autrui. Si, dit-il dans sa polémique contre Klein ¹, « l'acte entraîné par l'action irrésistible d'une impression venant de l'extérieur » ne doit pas être imputé, aucun délit ne peut l'être, car tout délit dérive de « circonstances résidant en dehors du sujet » ; c'est toujours le mobile le plus fort qui entraîne l'homme, toutes ses actions sont des phénomènes nécessaires comme ceux de la nature. Continuant Feuerbach, nous dirons : La commission d'un délit ne prouve pas seulement que la contrainte psychologique, but de la loi pénale, ne s'est pas produite, mais encore, puisque tout ce qui est arrivé devait nécessairement arriver, qu'elle ne pouvait pas se produire. Tout délinquant a été en état d'« inintimidabilité » ;

¹ Revision des positiven peinlichen Rechts, II, 1800, p. 184-190.

² Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, 1796, § 124.

sans cela, il aurait été intimidé; s'il est puni, c'est selon la déclaration de Feuerbach, parce que la menace de peines, si elle n'était suivie d'exécution, ne serait qu'une plaisanterie dont la vanité éclaterait aux yeux de tous, c'est pour que l'intimidation d'autrui soit possible. Feuerbach est donc en présence du dilemme suivant : ou ne pas punir le nécessaire, et alors ne punir personne, ce qui est la suppression du droit pénal; — ou le punir, et alors apparaît clairement l'injustice de sa théorie pénale, qui, justifiant l'exécution de la peine par la menace préalable qu'en a faite la loi, veut que cette peine soit exécutée alors même que cette menace ne peut avoir d'efficacité; toute exécution est ainsi le sacrifice d'une victime innocente, qui paie pour les autres parce que le législateur a été maladroit à son égard en ne sachant pas s'y prendre pour l'intimider. Il faut renoncer, ou au droit pénal, ou à la théorie de la nécessité; le droit pénal ne pouvant disparaître, chacun tirera de lui-même la conclusion.

Tel est le cercle vicieux où se trouvent enfermés tous les déterministes qui veulent baser l'impunité de l'acte nécessaire sur une irresponsabilité qui résulterait de la contrainte¹.

V. Chez les partisans, par contre, de la liberté de la volonté, qui, adeptes ou adversaires de la théorie d'intimidation, déclarent victime d'une contrainte morale supprimant la liberté l'individu placé en perspective du mal futur de la peine et d'un mal immédiat qui lui est égal ou supérieur — ainsi *Bauer*, *Martin*, *Rosshirt*, *Schröter*, *Salchow*, *Heimbach*² —, cette ad-

¹ Ainsi *Jenull*, österr. Criminalrecht (1807) 2^e A., 1820, p. 146-7; cf. § 9. *Janka*, 98-9, croit à tort *Jenull* partisan de la liberté de la volonté.

² *Bauer* (Lehrbuch, 1827, § 121) veut que la loi pénale fasse appel à la nature matérielle de l'homme en l'intimidant, à sa nature morale en l'avertissant; il considère donc l'homme comme un être libre. — *Martin*, partisan d'une théorie subsidiaire d'intimidation, Lehrbuch, 1825, § 40, III, IV. Cf. §§ 32, 56, où l'auteur, d'accord avec ses principes de liberté, ne voit plus dans la nécessité qu'un motif d'atténuation de la peine. — *Rosshirt*,

mission de la contrainte est une négation de leur principe de liberté. Sans doute le nécessité, placé entre deux maux, ne peut pas ne pas choisir l'un de ces deux maux ; mais la faculté de choisir l'un ou l'autre, quoique ne pouvant s'exercer que dans d'étroites limites, reste intacte. Et un élément nouveau entre en jeu, élément irréductible, incommensurable, le sentiment du devoir ; le sentiment du moindre devoir peut triompher de la crainte des plus grands maux. Seule, la contrainte physique peut, aux yeux de ces auteurs, être absolue et rendre toute imputation impossible, en empêchant l'exercice extérieur de la liberté ; ce n'est qu'en faisant intervenir un point de vue nouveau qu'ils pourraient admettre l'existence d'une contrainte morale : le point de vue de la faiblesse humaine, de l'impuissance de l'homme à remplir en certains cas son devoir. C'est ce que font les auteurs dont nous allons examiner la théorie.

§ 3. LA THÉORIE DES ACTIONS MIXTES ; CONTRAINTE
ET FAIBLESSE HUMAINE

A. **Exposé.** 1. C'est d'Aristote que le hollandais Matthaüs et l'italien Filangieri, qui l'ont introduite en droit pénal, disent tenir la théorie des actions mixtes ; le grand philosophe ne fait plus, Dieu merci, autorité en psychologie. Il s'est ici complu dans une

Lehrbuch, 1821, §§ 25-6 ; dans un ouvrage postérieur « Entwicklung, etc. 1828 », Rosshirt tend à une théorie objective. — *Schröter*, Handbuch, 1818, I, §§ 101, 103-6. On le range généralement au nombre des partisans de Fichte (Janka, 91 ; Stammler, 40 ; Göb, 23 ; Köstlin, Revision, I, 601 ; hésitant, Wächter, sächs. Strafr., 360, 363) ; mais il ne s'appuie qu'accessoirement sur la théorie de ce dernier et détermine d'accord avec Feuerbach des conditions d'impunité incompatibles avec les idées de Fichte. — *Salchow*, Lehrb. 1823, § 78, en cas de menaces. — *Heimbach senior*, in Weiske's Rechtslexikon, XV, 1861, p. 537-8, 514. — Les théories de ces auteurs sont des théories bâtardes ; entraînés par l'ascendant de Feuerbach, ils adoptent les conséquences de son système en en modifiant les bases, de manière à rendre ces conséquences elles-mêmes inacceptables.

fâcheuse obscurité, que n'ont pas dissipée les auteurs modernes : elle seule pouvait donner à une conception fautive une apparence de vérité.

« La louange ou le blâme ne s'adressent qu'aux actions volontaires » dit Aristote ¹ ; et Filangieri ² : « Le délit consiste dans la violation de la loi jointe à la volonté de la violer ». « Or, on peut dire — poursuit le premier — que tout ce qui se fait par contrainte ou par ignorance est involontaire et il y a contrainte dans toute action qui a son principe hors de nous, de sorte que celui qui agit n'y contribue en rien : comme lorsqu'on est poussé par un vent violent ou par des hommes qui sont maîtres de nous ». « Pour vouloir, dit le second, il faut désirer et connaître » ; ne peut donc être imputée l'action commise sous l'empire de la violence, « impression d'une force étrangère qui nous entraîne malgré nous » (nous laissons de côté l'ignorance). Il s'est agi jusqu'ici de contrainte physique ; mais peut-on parler de contrainte morale ? « Je ne sais trop — dit le philosophe grec — s'il faut déclarer volontaire ou involontaire ce qu'on fait par la crainte de maux plus grands ou par quelque motif honorable, par ex. lorsqu'un tyran, qui tient en sa puissance vos parents et vos enfants, vous commande une action criminelle, promettant de leur sauver la vie si vous faites ce qu'il exige, menaçant de la leur ôter si vous refusez de lui obéir. C'est ce qui arrive au navigateur qui, battu par la tempête, jette à la mer ce qui charge son vaisseau ; car assurément personne ne consent de gaieté de cœur et sans motif à perdre ce qu'il possède ; au lieu que tout homme sensé en fait aisément le sacrifice pour sauver sa vie et celle des autres. De pareilles actions sont pour ainsi dire *mixtes* et semblent plutôt volontaires ; car elles sont le résultat d'un choix, mais le but dépend des circons-

¹ Morale à Nicomaque, l. III, ch. I ; trad. Thurot, 1823.

² Science de la législation, trad. Gallois, an VII ; IV, l. 2, ch. 13.

tances. . . Celui qui les fait agit volontairement puisque le principe du mouvement imprimé à ce qui sert à les exécuter est en lui-même et que par conséquent il dépend de lui d'agir ou de ne pas agir. Mais, considérée en soi, peut-être l'action est-elle involontaire, car personne ne se détermine à de pareils actes pour eux-mêmes ¹. » Aristote ne conclut pas ; il nous dit, d'un côté que l'action est involontaire, de l'autre que l'individu agit volontairement, c'est-à-dire qu'elle est volontaire ! Matthäus déclare (l. c.) qu'elle est « passim voluntaria, passim involuntaria ». Filangieri reste dans le même vague : « Il est certaines actions qui semblent procéder en même temps de la violence et de la liberté, actions qu'Aristote appelle mixtes. . . L'homme peut se trouver dans la dure nécessité de n'avoir à choisir qu'entre deux ou plusieurs maux. La préférence qu'il donne à l'un d'eux dépend il est vrai de sa volonté, . . . mais, ne l'aurait-elle pas éloigné de ce mal si la nécessité de fuir un autre mal ne l'eût forcé de faire ce choix ? . . . Si un tyran arme ma main d'un poignard et me fait annoncer par ses satellites que je dois ou perdre la vie ou assassiner quelqu'un, n'est-ce pas cette cruelle alternative qui déterminera mon action ? Elle est volontaire, mais l'aurais-je faite sans la nécessité d'échapper au danger ? » — Doit-elle être imputée ? Il semble qu'oui, puisqu'elle est volontaire ; mais Filangieri répond non, parce que, quel que puisse être le jugement du moraliste, il n'en est pas moins vrai que « si les lois civiles doivent inspirer la perfection morale, elles n'ont pas le droit de l'exiger ; elles peuvent donner des martyrs à l'héroïsme, comme la religion en a donnés à la

¹ Τοιοῦτον δὲ τι συμβαίνει καὶ περὶ τὰς ἐν τοῖς χιμῶσιν ἐκβολὰς ἀπλῶς μὲν γὰρ οὐδεὶς ἀποβάλλεται ἐκὼν, ἐπὶ σωτηρίᾳ δ' αὐτοῦ καὶ τῶν λοιπῶν ἅπαντες οἱ νοῦν ἔχοντες. Μικτὰ μὲν οὖν εἰσὶν αἱ τοιαῦται πράξεις, ἐοικασὶ δὲ μᾶλλον ἐκουσίοις. Αἰρεταὶ δὲ γὰρ εἰσὶ τότε ὅτε πράττονται, τὸ δὲ τέλος τῆς πράξεως κατὰ τὸν καιρὸν ἐστίν. Ἐκούσια δὲ τὰ τοιαῦτα, ἀπλῶς δὲ δίσωξ ἀκούσια· οὐδεὶς γὰρ ἂν ἔλοιτο καθ' αὐτὸ τῶν τοιούτων οὐδέν.

foi, mais elles ne peuvent, comme elles, punir ceux qui n'ont pas le courage qu'exige un tel effort. » — « Dans certains cas, ajoutait de son côté Aristote, on croit devoir user d'indulgence, lorsque celui qui fait une chose blâmable s'est vu exposé à des maux qui surpassent tout ce que la nature humaine est capable de supporter. » Les législateurs, dit *Cremani*, (de Jure criminali, 1791) « injecta pœnarum formidine, conatum magis et quasi adumbrationem virtutis quam virtutem ipsam a subditis exigunt. » — En fin de compte, l'acte nécessaire reste impuni, sous prétexte de contrainte morale.

II. Publié à la fin du siècle dernier, à l'époque de rénovation du droit pénal qui en prépare l'essor magnifique au XIX^e siècle, l'ouvrage de Filangieri est aussitôt traduit en diverses langues et répand un peu partout la théorie des actions mixtes. La doctrine française et en Allemagne tous ceux qui ne se rangent pas sous la bannière déterministe de Feuerbach l'adoptent avec empressement ; elle les tire d'un grand embarras, car ils ne savent comment établir que l'état de nécessité doit être un motif d'impunité, du moment qu'ils ne voient sa signification que dans le fait qu'elle exerce une contrainte morale, qu'il savent ne pouvoir être absolue. Ils ne remarquent pas que Filangieri — qui ne s'en doute pas lui-même — a fait intervenir à côté de la liberté conçue comme faculté de choisir (libre arbitre) un autre facteur : la force morale nécessaire à l'usage de cette liberté ; qu'il confond deux questions : la première — question d'imputabilité — est celle de savoir si l'individu était libre ou non de s'abstenir du délit ; la seconde — qui ne concerne pas l'imputabilité —, s'il avait assez de force morale pour faire usage de sa liberté et si on peut lui reprocher ici son manque de force morale ; si ce n'était pas là une faiblesse dont auraient fait preuve la plupart des hommes en de semblables circonstances et que la loi doit par conséquent pardonner. Il y aurait un moyen de réunir ces deux idées en une théorie d'imputabilité ;

ce serait de poser comme condition de celle-ci non seulement la faculté de choisir, le libre arbitre dont est doué tout homme en état de santé morale et qui subsiste évidemment dans le cas de nécessité, mais encore un degré de force morale tel que le délinquant ait pu faire usage de cette faculté et résister à la tentation de violer la loi ; d'où la présomption qu'il n'a pas agi librement lorsque, comme dans le cas de nécessité, il fallait un degré peu commun de force morale pour y résister. C'est à peu près la théorie du criminaliste autrichien Geyer et nous verrons à quels résultats inadmissibles elle aboutit. Mais cette théorie est étrangère à nos auteurs, qui ne se doutent pas de la confusion dont ils se rendent coupables ; ils maintiennent ces deux affirmations inconciliables : la première que la liberté subsiste avec la possibilité du choix, la seconde qu'elle disparaît par suite de la contrainte, — dont l'unique rôle est pourtant de restreindre le nombre des alternatives soumises à notre détermination, sans supprimer toute possibilité de choix !

Quelques citations en convaincront. La contradiction des idées apparaît surtout chez les criminalistes allemands, qui aiment à condenser leurs théories en des formules brèves ; il va sans dire que nous négligeons les infinies diversités de détail :

Tittmann (1806) laisse échapper de sa bouche cet oracle de Pythie — nous traduisons — : « En vérité, la contrainte psychologique laisse subsister un choix entre deux maux, mais l'imputation n'en est pas possible, parce que le choix de l'activité délictueuse est contraint et que les lois ne peuvent exiger des citoyens l'héroïsme. » Y a-t-il ou non liberté de choisir ; un choix contraint est-il un choix ? — *Mittermaier* (1847) écrit cette phrase enveloppante : « La contrainte psychologique. . . doit être reconnue comme un motif d'impunité, parce que, d'après les exigences que le législateur peut justement avoir envers les citoyens, elle amène un état de nécessité, dans lequel disparaît la libre détermination de la volonté. » Comme si la

présence de la liberté n'était pas une question de fait et qu'un article de loi y pût rien changer ! — Qu'on lise encore *Klein, Kleinschrod, von Hye, Henke, Jarcke, Weigand* ¹.

Les auteurs français, postérieurs en date, ne nous satisfont pas davantage. *Rossi* (1829) : « On est en état de contrainte morale lorsqu'on se trouve placé entre deux maux immédiats de manière que l'un ou l'autre soit impossible à éviter. Celui qui dans cette position prend le parti de commettre l'acte défendu n'agit pas involontairement ; à la vérité, le jeu de sa liberté n'est point arrêté, mais la faculté de choisir est resserrée dans des bornes très étroites. Il ne peut pas s'abstenir, dans ce sens qu'il ne peut pas s'empêcher de prendre l'un ou l'autre des deux seuls partis qui lui restent : souffrir un mal immédiat ou nuire à autrui. » Il n'y a pas moins contrainte, parce que la justice humaine ne peut exiger l'héroïsme. — *Bertauld* (Cours, 1859) : « Dans la réalité des choses, celui-là n'est pas libre qui ne peut s'abstenir de violer la loi que par un courage d'abnégation au-dessus des forces ordinaires et raisonnablement appréciées de la nature humaine. » Cette réalité des choses c'est le jugement d'un législateur indulgent ! — *Sarrau de Boynet* (Excuses légales, 1875) : « La crainte d'un grand péril a-t-elle paralysé la raison morale et la liberté ? Voilà la question. » Et voici la réponse de l'auteur, l'unique réponse : « La loi ne saurait punir le premier venu de ne pas s'être conduit en héros. » Quel lien trouver entre ces deux idées ?

Il serait oiseux de poursuivre ces citations. La doctrine française et belge est unanime ². Qu'on lise *Chuvpneau et Hélie*,

¹ V. liste bibliographique. — Janka cite à tort *Thibaut*, qui rend l'imputabilité indépendante de la question de la liberté (op. cit. p. 57) ; il aboutit déjà à la solution actuelle de von Liszt : il identifie la « Zurechnungsfähigkeit » à la « Bestimmbarkeit ».

² En Italie, *Carrara* (Programme, trad. Baret, 1876) ne range que pour la forme le droit de légitime défense et l'état de nécessité sous la rubrique

Ortolan, Lainé, Haus et Garraud, le dernier en date. Toujours le même vague, les mêmes contradictions.

B. Critique. I. Quelle signification donner au caractère de *mixtes* que présentent certaines actions, en particulier l'acte nécessaire ? Ce qui les distingue, dit-on, c'est qu'elles dérivent à la fois du dehors et du dedans ; sans la survenance imprévue d'un mobile extérieur, qui fait pression sur la volonté, le délit n'aurait pas été commis. Que l'idée de l'action mixte inspire même les auteurs qui ne renouvellent pas la démonstration psychologique de Filangieri, ressort du fait qu'ils exigent que la contrainte morale provienne d'une source extérieure — ainsi *Boitard, Blanche, Hélie (Pratique)* —, ce qui les empêche de considérer la nécessité de la faim comme un motif d'impunité.

II. Mais toute action est mixte ! Toute action humaine est plus ou moins directement amenée par une circonstance extérieure, les actions, du moins, de l'homme raisonnable que n'entraîne pas inconsciemment, comme le fou, une force indomptable venant de sa personne même. Il n'y a pas vie, physique ou psychique, sans échange de matériaux entre l'être vivant et le monde extérieur ; de même que notre corps ne s'entretient que par l'absorption et l'assimilation d'éléments étrangers, de même notre volonté ne se détermine que sous l'influence de mobiles qui, du dehors, sont venus peser sur elle. Sans doute, lorsque c'est au mal qu'elle se détermine, c'est ordinairement parce que les mobiles qui l'y ont poussé étaient particulièrement puissants, car le sentiment du devoir ou la crainte des peines nous en détourne tous plus ou moins ; mais, libre, notre volonté devait résister à ces impulsions mauvaises et commet une faute en y cédant.

de la contrainte. Cf. §§ 272-3, 275, 282, 288. Au point de vue subjectif, il ne conclut qu'à l'atténuation de la peine et n'aboutit à l'impunité que par des arguments objectifs.

Le plus redoutable des criminels, le plus sévèrement frappé par le juge, est le criminel d'habitude, et il ne l'est généralement devenu que par un concours de circonstances indépendantes de sa volonté ; s'il fût né dans l'aisance, s'il eût été entouré de bons exemples, s'il eût reçu une éducation convenable, il serait sans doute resté honnête. « Il y a, dit Prins ¹, un milieu social favorable à la santé morale ; et il y a un milieu social où l'atmosphère est corrompue, où les éléments malsains s'amoncellent, où les plus vigoureux dépérissent, où la criminalité s'abat comme la moisissure sur le fumier. » Chez cet homme, le penchant au crime est certainement plus violent que chez le nécessité et il n'eût pas acquis cette puissance sans d'incessantes impressions du dehors. Cette remarque est plus vraie encore du criminel d'occasion, chez lequel ce n'est pas la tendance au crime, mais, en particulier, la résolution coupable de l'exécution de laquelle on lui demande compte qui doit sa naissance à des causes indépendantes de sa volonté. Cruellement offensé, un homme nourrit de longs mois des projets de vengeance et assassine son ennemi. L'offense reçue, qui a fait naître le besoin de vengeance, n'est-elle pas comme le danger qui menace le nécessité une circonstance extérieure dont il n'est pas le maître ? et le mal fait à autrui n'est-il pas aussi le seul moyen d'assouvir ce besoin, besoin impérieux entre tous ? Dans les deux cas, c'est malgré elle qu'un élément étranger est venu influencer sur la volonté ; comme le danger, l'offense était mal venue. Et dans les deux cas, cet élément a été assimilé : la volonté a cédé au mobile qu'il faisait naître.

Mais, s'écrie Boitard, si celui qui tue par passion n'est plus maître de s'arrêter au moment où il va frapper, il a commis la faute de laisser se développer cette passion, jusqu'à ce qu'elle exerçât sur la liberté une action irrésistible ; si l'article 64 du

¹ Criminalité et répression, Bruxelles, 1886, p. 13.

code pénal, qui admet l'excuse de la force irrésistible, s'appliquait à la contrainte interne résultant des passions, il n'y aurait plus de crime punissable ! D'accord ! cela montre le danger qu'il y a à ouvrir la porte à l'idée de la contrainte. Comment est née cette contrainte interne, sinon par des causes externes ? qui nous dit que ce n'est pas irrésistiblement que la passion s'est développée ? L'agent devait d'autant moins la combattre à l'origine qu'il ne pouvait y voir alors qu'un sentiment naturel, dont il ne pouvait prévoir les conséquences funestes et auquel il lui semblait légitime de s'abandonner. Le nécessité, lui, est mis immédiatement en face d'un acte dont il ne peut méconnaître la criminalité, ses forces morales n'ont pas été lentement minées ; et c'est lui qu'on veut excuser au nom d'une force irrésistible ! On dira qu'il y a dans le cas de nécessité ceci de particulier qu'il s'écoule un temps presque nul entre la survenance du mobile extérieur et la commission du délit. C'est vrai, mais il en est ainsi dans bien d'autres cas ; toutes les fois, par exemple, qu'un acte illégitime est le seul moyen de se procurer une satisfaction quelconque. « L'occasion fait le larron », dit le proverbe. Le premier accusé que nous ayons défendu devant le jury correctionnel avait volé deux draps imprudemment abandonnés sur la table d'une salle d'auberge et en présence desquels on l'avait laissé seul, au moment où il s'apprêtait à partir. Le « gueux » dont Guy de Maupassant nous raconte l'histoire navrante trouve ouverte la porte d'une maison de paysans, entre, voit une table servie et mange à sa faim ; puis il s'en va, allumé par le bon repas, et rencontrant une fille dans un chemin creux, il la viole ! La volonté de ce gueux et de ce voleur de draps n'était-elle pas enfermée dans l'alternative, pour eux cruelle, de se priver d'un bien ou de se le procurer par un délit ? Qu'ils s'en privent, dira-t-on, puisqu'ils ne peuvent satisfaire leur désir d'une manière légale. Fort bien ! mais alors, que le nécessité se soumette au mal qui le menace, s'il ne peut l'éviter que par un cri-

me. C'est avec raison que *Levita* qui, sans admettre la théorie de la contrainte, voit la signification de la nécessité dans l'influence d'excitations extérieures sur la détermination de la volonté, — c'est-à-dire dans le caractère d'« action mixte » que présente l'acte nécessaire —, met sur le même pied l'occasion tentante et l'état de nécessité ; et il faudrait ranger dans la même catégorie toutes les espèces de provocations, en particulier celles qui résultent d'injures ¹.

En un mot, il n'est pas de détermination de la volonté libre sans motifs, et ces motifs proviennent le plus souvent de l'extérieur. Les moyens propres à atteindre les buts que se propose notre volonté se trouvent quelquefois, par suite de circonstances de force majeure, être des actes illégaux ; notre devoir est alors de renoncer à la poursuite de ces buts, quelque licites qu'ils puissent être en eux-mêmes. C'est précisément le rôle de notre intelligence d'examiner la nature juridique des actes auxquels nous poussent les événements, le rôle de notre liberté de nous déterminer à leur omission, s'ils sont illicites.

L'action mixte doit donc être imputée, car toute action humaine l'est à quelque degré. Plus ce caractère de mixte est accusé, moins, sans doute, elle est coupable : aux yeux des partisans de la liberté, parce que la volonté est plus fortement influencée par des causes extérieures ; aux yeux des autres, parce que l'acte est d'autant moins l'expression de l'individualité de l'auteur, qu'un plus grand concours d'éléments étrangers a été nécessaire à son apparition. Ce sentiment guide souvent le jury accordant des circonstances atténuantes, le juge se rapprochant, dans le choix de la peine, du minimum fixé par la loi.

III. Nous venons de voir que nos résolutions étaient toujours

¹ Nothwehr, p. 16. Cf. codes vaudois, 1843, art. 58, et 1867 ; schwytois, 1869, § 46 c ; valaisan, 1858, art. 99 a.

dues en quelque mesure à des causes extérieures, mises malgré nous et par une nécessité inévitable en relation avec nous. Montrons maintenant que, pour les partisans du libre arbitre, la volonté est de sa nature incontraignable, selon l'adage romain « *coacta voluntas voluntas est* ». L'homme n'est contraint que s'il veut se laisser contraindre, autrement dit se laisser déterminer.

La liberté est essentiellement conçue par ceux que nous critiquons comme libre arbitre, soit comme faculté de choisir ; à leurs yeux, tout homme en est naturellement doué. Cette faculté existe ou n'existe pas. Elle n'existe pas chez le fou, chez l'individu affolé par la peur. Elle existe chez la victime d'une contrainte physique, mais ne peut alors s'exercer, toute possibilité d'action de la volonté sur le monde extérieur par l'intermédiaire du corps qu'elle gouverne étant matériellement anéantie. Elle existe aussi chez celui qu'on dit moralement contraint ; on ne le nie que timidement et insiste surtout sur le fait qu'elle est « resserrée dans d'étroites limites ». Ici, l'on joue sur les mots : l'on prend le mot liberté dans le sens de « faculté de choisir » d'abord — et c'est dans ce sens seulement qu'elle est une condition de l'imputabilité —, dans celui de « champ dans lequel s'exerce cette faculté », ensuite ¹. Ce champ peut varier infiniment d'étendue ; mais qu'importe, du moment que la faculté reste intacte ? Le nombre restreint des alternatives qui se présentent au choix de l'agent est sans signification aucune, du moment que l'une d'elles est la seule qui doit être choisie. Tout délit prouve sans doute que l'agent n'a

¹ Ce jeu de mots se rencontre chez tous les auteurs, depuis Cremani en 1791 : « *quum electio quaedam ejus arbitrio relinquatur, libertatem quidem retinet, quæ licet minima sit, adhuc tamen libertas est* », jusqu'à Garraud en 1888 (Traité, p. 373 ; il parle de l'individu placé dans l'alternative de voler ou de périr de faim) : « la liberté dans les limites de ce choix est tellement restreinte qu'elle n'est pas suffisante pour engager la responsabilité. »

pas, dans le cas particulier, fait un usage légal de son libre arbitre, qu'il a préféré son agrément au respect de la volonté sociale; il ne prouve pas qu'il n'en pouvait pas faire un autre usage. Ce qui est incontestable, c'est que les obstacles à l'exercice de cette faculté peuvent être plus ou moins grands, qué l'homme doit, suivant les circonstances, faire appel à une plus ou moins grande énergie pour s'abstenir de délinquer, et qu'il en résulte un nombre infini de degrés de culpabilité¹; il n'en résulte pas que l'action ne puisse être imputée, à moins de poser comme condition de l'imputabilité un degré de force morale tel que l'auteur ait pu triompher de ces obstacles, théorie qui mène au déterminisme et dont nous montrerons l'absolue impraticabilité.

IV. Les partisans du libre arbitre ne peuvent donc voir dans la contrainte morale un motif d'impunité; s'ils absolvent le coupable en se basant sur la faiblesse humaine, ils doivent dire qu'ils le font « *quoique l'action lui soit imputable* » et non pas « *parce qu'elle ne lui est pas imputable.* » (Janka.)

Nous laissons de côté l'argument de la faiblesse humaine comme indépendant de la question d'imputabilité, nous réservant d'en examiner plus tard la valeur intrinsèque. Résumons le résultat de nos recherches :

a. La doctrine qui veut rendre la question d'imputation indépendante de celle de la liberté n'a pas à prendre en considération la contrainte morale.

b. Le déterminisme ne peut voir dans la contrainte une

¹ La plus raisonnable des théories de contrainte reste celle de *Früsch*, qui n'aboutit le plus souvent qu'à l'atténuation de la peine (Telum necessitatis, 1661, sect. VI, co. 7): la peine correspond à la faute, la faute aux « *varii gradus voluntarii et involuntarii* ». « *Quod facillime facere possimus, si id omittamus, maxime velle videmur: rursus si difficilium, minus; si difficillimum, omnium minime velle videmur. Si prorsus fieri non potuit et nostras vires excessit, jam impossibile fuit factu, adeoque velle non potuimus et prorsus excusamur.* »

cause de non-imputabilité, parce que toute action dérive suivant lui d'une contrainte irrésistible, que l'individu contraint en ait ou non conscience.

c. De même ceux qui conçoivent l'homme comme être de sa nature libre et doué de raison — ainsi les criminalistes français —, parce que, tant que les facultés de l'homme restent intactes et qu'un choix entre deux ou plusieurs alternatives est offert à sa détermination, l'acte qu'il entreprend volontairement doit être à leurs yeux un acte libre.

V. Il nous reste à examiner une théorie d'imputabilité toute différente, qui permet d'admettre, sans contradiction, la possibilité d'une contrainte morale, mais inacceptable en elle-même, la théorie de Geyer († 1885, professeur à Munich) qui l'a soutenue avec énergie pendant trente ans d'activité scientifique, mais sans y rallier, semble-t-il, un grand nombre d'adhérents.

§ 4. HEGEL ET LA LIBERTÉ ABSOLUE ; HERBART ET LA LIBERTÉ RELATIVE ¹

I. Tandis que la théorie de la contrainte que nous venons de réfuter règne encore en France, les criminalistes allemands l'ont dès longtemps abandonnée. En France, la science du droit pénal est restée à l'écart du mouvement scientifique et philosophique ; en Allemagne, elle l'a fidèlement suivi, les doctrines les plus diverses se sont succédées et opposées et il en est résulté, après des instants de confusion, un éclaircissement et un approfondissement de toutes les notions.

L'idéalisme hégélien, qui n'est plus dès longtemps aux yeux des philosophes qu'un système chimérique et grandiose à simple signification historique, y est encore vivace dans ses applications au droit pénal. Depuis 1850, nous le voyons do-

¹ Cf. Janka, p. 106-118.

miner sans conteste avec Köstlin, Berner, Hälschner et d'autres ; aussi les théories de la contrainte sont-elles unanimement abandonnées. Car aux yeux d'Hegel, toute volonté intelligente est libre et la liberté est un absolu incontraignable. On pourrait la comparer à une armée, à laquelle aucune force divine ou humaine ne pourrait résister tant que l'intelligence de son chef la dirigerait et qui devrait périr tout entière avec lui. Que cette liberté, absolue vis-à-vis du dehors, mais soumise aux lois nécessaires de la raison, soit une pseudo-liberté et les hommes d'Hegel des êtres idéaux que la terre n'a jamais portés, nous ne le contestons point ; mais sa conception apportait de la clarté dans des idées confuses. Le nœud gordien, compliqué à plaisir, était tranché d'un coup ; la théorie de la contrainte est dès lors morte en Allemagne ¹.

II. Les hégéliens trouvent cependant un adversaire acharné dans la personne de *Geyer*, disciple d'*Herbart*, ce grand philosophe un peu méconnu, auquel on doit le premier essai d'une psychologie scientifique. D'après *Herbart*, la liberté, conçue comme la domination du moi sur la volonté, n'est pas tant une réalité qu'un état d'âme vers lequel nous devons tendre. Il ne faut pas confondre ce qui est et ce qui doit être, dit après lui *Geyer* ² ; l'homme ne naît pas libre, il le devient. L'expérience enseigne qu'il n'apprend que lentement à connaître ses penchants et à les combattre en se donnant des principes pratiques de conduite, que ce n'est que lentement qu'il devient capable de se dominer, c'est-à-dire psychiquement libre (*selbstbeherrschungs-, selbstbestimmungsfähig*). Il n'arrive jamais du reste à la liberté

¹ Binding parlant (*Handbuch*, 1885, p. 764) de la « thörichte Annahme der Unzurechnungsfähigkeit » exprime l'opinion de tous les criminalistes allemands ; seul *Lönning* admet encore la contrainte morale, en se plaçant à un point de vue analogue à celui de *Geyer* (*Grundriss*, 1885, §§ 25, 29).

² *Notstand*, 1863, p. 78 sv. ; *Erörterungen*, 1862, p. 115. V. liste bibliographique.

absolue, qui est un état de domination constante de la conscience sur la volonté. Si tout acte de volonté est libre ou non-libre, un individu donné n'est que plus ou moins libre ; il agira librement ici, et là sans liberté. Et chaque homme jouit d'un degré différent de liberté ; où celui-ci a librement agi, cet autre aurait été incapable de dominer les excitations qui, venant de sa personne ou du dehors, le poussaient à un acte blâmable.

Cette incapacité à être maître de soi-même malgré l'appel à toutes ses forces psychiques constitue l'état de non-liberté, exclusif de l'imputation pénale. Cet état est constant chez l'aliéné, chez l'enfant et peut exceptionnellement survenir chez tout homme ; il en est notamment ainsi dans le cas de nécessité : un mobile unique, la crainte du danger, s'empare alors de la volonté et l'entraîne le plus souvent avec une force irrésistible.

III. Juste peut-être, la théorie de liberté de Geyer est certainement inapplicable en droit pénal. Car si l'homme ne naît pas libre et ne le devient que peu à peu, du plus au moins, de sorte que chacun l'est à un degré différent, ce n'est que par l'examen du cas particulier que le juge peut établir la présence de la liberté. Et il ne saurait jamais y réussir.

Il lui faudrait démontrer tous les rouages de l'organisation psychique de l'accusé, rouages d'une excessive complication et qui se modifient incessamment, sous l'influence d'innombrables facteurs ; tâche difficile lorsqu'on opère sur soi-même, plus difficile encore quand on juge autrui, car on n'en peut connaître la vie intérieure que par des indices extérieurs, d'une insurmontable difficulté quand il s'agit d'anciens procès psychiques dont il ne reste que des traces effacées — c'est le cas dans l'appréciation d'un délit commis —. D'autant plus que chacun hérite de ses ancêtres des facultés différentes, qu'il se transforme, soit en raison de ces dispositions naturelles, soit en raison du milieu où il vit, de l'instruction qu'il reçoit, des individus qu'il

fréquente, des mille événements dont il est acteur ou témoin ; il faut connaître non seulement les influences du dehors qui sont venues le façonner, mais encore son état au moment où elles ont agi, le résultat de leur action dépendant de sa propension à les subir.

Partant de semblables prémisses, aucun juge n'oserait se faire fort d'établir la liberté d'aucun acte. Ne sait-on pas d'ailleurs — ce qui interdit au juge de se prononcer à la légère — que les individus les plus maîtres d'eux-mêmes ont leur point vulnérable ? qu'il est ordinairement quelque passion dont l'attaque les trouve désarmés ? La commission même du délit est la preuve que l'homme n'a pas su dominer ses mauvais instincts et, comme le nombre des délits commis est infiniment petit comparé au nombre de ceux que les circonstances donnent la tentation de commettre, ne doit-on pas présumer que les cas où l'homme a cédé à leur entraînement, sont précisément ceux où il n'avait pas la force d'y résister ?

IV. Geyer reconnaît lui-même que, « d'après ces principes, chaque individu devrait être jugé uniquement d'après son développement psychique ; entreprise certainement impossible pour le juge, parce qu'un tel examen ne saurait jamais donner des résultats qui suffisent à baser un jugement pénal. » Il faut, conclut-il, se contenter d'une moyenne, admettre dans chaque individu de tel âge et de tel sexe un certain degré de force morale d'après lequel se mesure l'effet des mobiles sur la volonté, en particulier la contrainte qu'exerce la menace d'un mal dans le cas de nécessité ; c'est-à-dire se contenter souvent d'une « fiction à la place de la vérité introuvable ». (Erörterungen.)

Mais, peut-on baser la responsabilité pénale sur une fiction ? Quoi ! un homme irresponsable parce qu'il n'a pas agi librement, serait condamné en vertu d'une fiction ? C'est reconnaître que l'État peut être obligé de punir les actes auxquels la liberté n'a pas présidé, que la liberté n'est point une condition de l'imputabilité.

V. Mais voici une autre fiction encore : il est des cas où l'acte nécessaire est indéniablement libre et où le besoin de l'impunité se fait cependant sentir. L'État doit les laisser impunis, dit Geyer, parce qu'il ne peut exiger de l'individu qu'il fasse constamment appel à toutes ses forces psychiques. Il ne réprimera pas les délits dont des hommes exceptionnellement doués auraient sentis en le courage de s'abstenir, qu'ils soient ou non imputables à l'agent. La loi, ne pouvant imputer à faute l'absence d'une volonté héroïque « admet en quelque sorte une fiction de non-imputabilité ». (Notstand, 81 ; Erörterungen, 116). Les conditions d'imputabilité sont présentes et l'acte n'est pas imputé, ce qui signifie que l'État s'abstient de punir pour des motifs étrangers à la question d'imputabilité. Nous voilà retombés dans la théorie de Filangieri !

§ 5. CONCLUSION

Nous avons dû repousser une à une toutes les théories qui font dériver l'impunité de l'acte nécessaire de sa soi-disant non-imputabilité. Résumons nos longs développements :

L'imputabilité pénale peut être rendue indépendante de la question de la liberté humaine ; ou bien être basée sur le déterminisme ; ou bien enfin sur la liberté.

Quelle que soit la théorie adoptée, la *contrainte physique* exclut l'imputation, en tant qu'obstacle à la manifestation de la volonté, et non parce qu'elle détruit la liberté de la volonté, qui demeure entière — « l'homme garrotté reste moralement libre », dit justement Bertauld (Cours, p. 599). L'individu sur lequel elle s'exerce n'est pas actif, mais passif ; son corps est l'instrument d'une force étrangère, non de sa personnalité.

Quant à la *contrainte morale*, les partisans du premier point de vue n'ont pas à la prendre en considération, puisqu'ils ont pour principe de punir l'acte non libre comme l'acte libre.

De même les déterministes, pour lesquels tout acte est le résultat d'une contrainte, que l'homme en ait ou non conscience.

Les partisans de la liberté, enfin, doivent reconnaître que l'état de nécessité n'exclut pas la libre détermination de la volonté. Si la responsabilité pénale suppose à leurs yeux la liberté, c'est qu'on ne peut, pensent-ils, avoir à répondre d'un acte qu'on ne pouvait pas ne pas commettre ; ils conçoivent la liberté comme *faculté de choisir*. Cette faculté, ils doivent la regarder comme le patrimoine de tout homme adulte sain d'esprit et de corps — c'est du reste l'avis de la plupart d'entre eux — ; voir dans la liberté un idéal jamais atteint, un pouvoir qu'aucun homme ne possède en toute circonstance et dont chacun jouit à un degré différent, suivant sa nature première et les causes qui ont influé sur son développement, c'est se condamner à l'impuissance d'établir jamais la présence de la liberté, d'où la nécessité de recourir à des fictions, inadmissibles parce qu'elles exposeraient constamment les juges à punir des innocents. Or l'état de nécessité laisse intacte la santé de l'esprit et du corps (sauf de rares exceptions) ; il ne porte donc pas atteinte à la faculté de choisir, faculté qui du reste y trouve une occasion de s'exercer, puisqu'il n'exclut jamais la possibilité d'un choix. L'acte nécessaire est donc l'œuvre d'une volonté libre.

Il est d'ailleurs des cas où la liberté de l'acte nécessaire est si évidente, que les adeptes de la théorie de contrainte morale n'osent la nier ; ils n'en soutiennent pas moins qu'il ne peut être imputé. Ils argumentent alors de la faiblesse humaine ou de l'inutilité d'exigences légales, auxquelles sa nature empêchera toujours l'homme de satisfaire, considérations qu'ils ne font rentrer dans la question d'imputabilité, à laquelle elles sont étrangères, que par suite d'une confusion : confusion entre la nature de la volonté, libre suivant eux chez tous les hommes, et l'énergie de volonté dont il est besoin pour l'observation de

la loi, énergie très inégalement répartie entre les hommes. La loi punit le délinquant parce qu'il a agi avec intelligence et liberté : pas d'imputation possible sans la présence de ces deux facteurs. Mais elle le punit aussi parce qu'il n'a *pas eu* assez d'énergie pour résister à la tentation de la violer ; l'absence de force morale, sur laquelle on se base pour ne pas imputer l'acte nécessaire, est au contraire la condition première de toute résolution illicite ! Qu'on admette ou non l'existence du libre arbitre, l'énergie de la volonté entrera toujours en ligne de compte pour l'évaluation de la peine ; la culpabilité est d'autant moins grande qu'il était besoin de plus de force morale pour agir conformément à la loi, et c'est parce qu'il en faut beaucoup dans le cas de nécessité qu'il doit largement atténuer la culpabilité. Mais a-t-on jamais discuté sur le degré de culpabilité d'un acte qui n'est pas imputable à son auteur ?

A cette réfutation de principe, il faut ajouter une réfutation des théories de la contrainte par l'exposé des conséquences inadmissibles qu'elles entraînent :

1° La loi ne pourrait jamais imposer l'obligation d'affronter un danger, si la présence du danger faisait disparaître la liberté. Le soldat qui fuit l'ennemi serait irresponsable ! « L'assassin qu'on arrête et qui sait que la mort ou la réclusion perpétuelle lui est réservée a des motifs aussi puissants de tuer le fonctionnaire qui procède à son arrestation, que celui qu'on a décidé à ce crime par des menaces. Personne n'a jamais songé à l'excuser parce qu'il a agi sous l'empire d'une contrainte irrésistible, tandis qu'on absoudrait le second ; et pourtant, à considérer l'irrésistibilité du mobile, l'avantage est au premier, que menacent et la peine et la honte. » (Glaser.) ¹

¹ La théorie de contrainte peut cependant imputer l'acte à titre d'imprudence, en vertu du principe de l'*actio ad libertatem relata* : l'assassin devait penser qu'il courait le risque d'être arrêté (Schröter, *op. cit.*, § 106).

2° Aucune condition objective d'impunité ne saurait être posée ; il serait contradictoire d'exiger que le mal dont a été menacé l'agent ait été grave, imminent, certain, proportionné au mal causé par l'acte, que cet acte ait été nécessaire. L'existence de la contrainte est une question de fait ; le juge doit absoudre celui qui n'a pas agi librement, quelles qu'aient été les causes de son action et les codes, la jurisprudence, ni la doctrine ne peuvent tracer des règles précises déterminant d'avance les cas où l'individu a le droit de se laisser contraindre : ce qui revient à dire qu'il peut, s'il le veut, résister à la contrainte, c'est-à-dire à nier que la contrainte morale soit irrésistible ².

3° On ne peut raisonnablement parler d'absence de liberté et de force irrésistible dans une foule de cas où l'impunité s'impose, notamment toutes les fois que le bien en détresse n'est pas très précieux, et, généralement, quand l'acte nécessaire est commis pour le salut d'un tiers.

4° L'acte non-imputable n'entraîne pas, d'après la plupart des législations, l'obligation de réparer le dommage.

Quelle que soit du reste l'influence de l'état de nécessité au point de vue subjectif, sa signification objective doit être étudiée. La théorie de contrainte s'applique à la légitime défense et ses partisans étudient pourtant le *droit* de légitime défense : c'est que la détermination des actes à laisser impunis et de leurs conséquences juridiques varie infiniment suivant les principes adoptés.

² Typique, Haus, Dr. pén. belge, p. 531, n. 2: « On ne doit pas confondre le cas où, menacé d'une perte pécuniaire plus ou moins considérable, la personne provoquée consent à servir d'instrument à la vengeance ou à la cupidité du provocateur et à donner la mort à un innocent, avec le cas où pour repousser une atteinte à la propriété, on tue l'agresseur. La justice humaine peut admettre dans la seconde, non dans la première de ces deux hypothèses, que l'agent a été contraint par une force irrésistible. »
