

SCIENCE PÉNALE
ET
DROIT POSITIF

PAR

ADOLPHE PRINS

INSPECTEUR GÉNÉRAL AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
PROFESSEUR DE DROIT PÉNAL A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES



BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & C^{ie}, ÉDITEURS
EMILE BRUYLANT, SUCCESSEUR
RUE DE LA RÉGENCE, 67

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AÎNÉ
CHEVALIER-MARESCQ & C^{ie}, SUCCESSEURS
RUE SOUFFLOT, 20

1899

TABLE DES MATIÈRES

[Les chiffres renvoient aux numéros.]

PRÉFACE, pages XXXIX à XLIX.

INTRODUCTION

LE DROIT PÉNAL EN GÉNÉRAL

Portée et caractères du droit pénal (1 à 4).

CHAPITRE PREMIER

Développement historique du droit pénal.

Division en quatre périodes (5).

SECTION PREMIÈRE

PÉRIODE PRIMITIVE OU COUTUMIÈRE

Rôle de la coutume dans la formation du droit pénal (6 à 9). — Le droit de vengeance (10 à 13). — La *compositio* (14 et 15). — La féodalité transforme la *compositio* en amende ou pénalité (16).

SECTION II

PÉRIODE D'INTIMIDATION

Naissance de la peine corporelle (17 et 18). — Sa généralisation (19). — Codification et caractère du droit pénal de cette période (20 et 21).

SECTION III

PÉRIODE HUMANITAIRE

Réaction de la philosophie du XVIII^e siècle contre l'empirisme de l'ancien régime (22). — La réforme est à la fois métaphysique et philanthro-

gique (23 à 25). — Conséquences de la réforme (26). — Défauts et lacunes (27 et 28).

SECTION IV

PÉRIODE CONTEMPORAINE

Ses deux aspects. Anthropologie et sociologie criminelles (29 à 31).

§ 1^{er}. *École anthropologique.*

Son origine (32). — Classification des délinquants (33). — L'école de médecine mentale (34). — Division entre les délinquants (35). — Délinquants primaires et délinquants professionnels (36 et 37). — Délinquants professionnels normaux et anormaux (38).

§ 2. *L'école de sociologie criminelle.*

Son origine et son caractère (39 et 40). — Constance relative du penchant au crime (41). — Évolution du penchant au crime (42 à 44). — Accroissement de la criminalité au XIX^e siècle (45 et 46). — Nécessité des mesures préventives (47 et 48). — Portée de la répression (49 et 50). — Portée de la décentralisation de la justice répressive (51). — L'école contemporaine et la liberté (52).

CHAPITRE II

Point de vue doctrinal.

On peut grouper les doctrines autour de quatre théories fondamentales (53). — Principe de la réparation (54). — Principe de l'intimidation (55). — Principe de l'amendement (56). — Principe moderne de la défense sociale (57 à 58bis).

CHAPITRE III

Le code pénal belge.

Son origine (59). — Son caractère (60).

CHAPITRE IV

Le droit pénal particulier.

Son utilité (61). — Ce qu'il comprend (62). — Rapport entre le code pénal de 1867 et les lois spéciales (63).

LIVRE PREMIER

CHAPITRE PREMIER

La loi pénale.

Les délits et les peines doivent être fixés par la loi (64 et 65). — Mais la loi pénale ne crée pas le délit; elle s'en réfère à des principes généraux qui lui sont antérieurs (66 et 67).

CHAPITRE II

Modes d'interprétation de la loi pénale.

Les quatre modes d'interprétation (68). — Caractère officiel du texte flamand (69). — Règles propres à l'interprétation de la loi en matière pénale (70).

CHAPITRE III

De la force obligatoire de la loi pénale.

Il faut l'examiner à trois points de vue (71).

SECTION PREMIÈRE

PAR RAPPORT AU TEMPS

Portée du problème (72).

§ 1^{er}. *À quelle époque la loi nouvelle devient-elle obligatoire?*

Principes (73).

§ 2. *Non-rétroactivité de la loi pénale.*

Principe (74). — Exceptions à ce principe (75). — Gravité relative des peines (76 et 77). — Lois qui rétroagissent toujours (78). — Disposition du projet de code pénal russe (79).

§ 3. *De l'époque à laquelle la loi pénale cesse d'être obligatoire.*

Principe (80). — Lois de circonstance (81). — Lois temporaires (82). — L'abrogation par désuétude n'existe pas (83).

SECTION II

PAR RAPPORT AUX PERSONNES

Principe (84). — Exceptions (85).

§ 1^{er}. *Exception de droit constitutionnel* (86, 87, 88).

§ 2. *Exception du droit des gens* (89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96).

SECTION III

DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI PÉNALE QUANT AU TERRITOIRE

La loi pénale est territoriale (97). — Extension de cette notion. L'aide judiciaire internationale (98). — Conséquences de ce principe (99). — Dispositions de la loi positive (100).

§ 1^{er}. *La loi pénale est territoriale.*

Infractions commises sur deux territoires (101 et 102).

§ 2. *Cas où la loi pénale s'applique en dehors du territoire.*

Infractions commises sur le territoire étranger (103 à 106). — Dispositions des articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 (107 à 114).

§ 3. *De l'extradition.*

Principe (115 à 118). — Législation belge (118bis à 121). — Questions examinées à l'occasion de l'extradition : un traité est-il indispensable (122)? — La clause de réciprocité est-elle indispensable (123)? — Un État peut-il livrer ses nationaux (124). — Réaction contre le droit d'asile accordé aux délinquants politiques (125). — Rétroactivité (126).

§ 4. *De l'expulsion.*

Principe (127 et 128). — Catégories d'étrangers auxquels l'expulsion s'applique (129). — Catégories d'étrangers auxquels elle ne s'applique pas (130). — Rupture de ban d'expulsion (131).

LIVRE II

L'INFRACTION EN GÉNÉRAL ET SES DIVISIONS

CHAPITRE PREMIER

De l'infraction en général.

L'infraction au point de vue social et au point de vue juridique.

§ 1^{er}. *L'infraction comme phénomène social.*

Elle obéit à loi de l'évolution (133). — Attentats contre la vie (134). — Attentats contre la propriété (135 et 136). — Influence de l'organisation politique (137). — Garofalo a essayé de définir le délit naturel (138). — Échec de cette tentative (139 et 140).

§ 2. *L'infraction comme phénomène juridique.*

Elle est caractérisée par la sanction pénale (141). — La définition doctrinale usuelle de l'infraction est inexacte (142). — Conséquences de ce fait que la sanction pénale est la condition d'existence de l'infraction (143).

CHAPITRE II

Division des infractions d'après le droit positif.

§ 1^{er}. *Division tripartite du code de 1867.*

L'article 1^{er} du code pénal; son origine (144). — Son caractère empirique (145). — La tradition historique (146). — La division bipartite (147).

§ 2. *Classification des infractions établie par le code pénal.*

La loi les groupe dans un but d'utilité pratique (148).

CHAPITRE III

Division des infractions d'après leur nature intrinsèque.

SECTION PREMIÈRE

DÉLITS PUBLICS ET DÉLITS PRIVÉS

Historique (149 à 151). — Survivance de cette distinction dans le droit moderne (152).

SECTION II

INFRACTIONS POLITIQUES

Les infractions politiques forment un groupe à part (153). — Définition doctrinale et éléments du délit politique (154 à 157). — Délits mixtes et délits connexes aux délits politiques (158 et 159). — Pouvoir d'appréciation des gouvernements quant au délit politique (160). — Tendance

SECTION III

DÉLITS DE PRESSE

Absence de définition légale (162). — Dispositions constitutionnelles (163). — Définition doctrinale (164). — Privilèges accordés aux délits de presse (165). — Spécialement des privilèges garantis par la Constitution (166). — Éléments constitutifs du délit de presse (167). — Énumération des délits de presse (168). — Examen de la controverse relative aux articles 353 et 354 du code pénal (169). — Délits commis par la presse et ne constituant pas des délits de presse (170).

CHAPITRE IV

Division des infractions d'après le mode d'exécution matérielle.

Cette classification a des conséquences pratiques (171).

SECTION PREMIÈRE

DÉLITS D'ACTION ET DÉLITS D'INACTION

En général le délit est une action. Cas où il y a délit d'inaction (172 à 174).

SECTION II

UNITÉ DE DÉLIT ET UNITÉ D'ACTION OU PLURALITÉ D'ACTIONS. — PLURALITÉ D'ACTIONS ET DE DÉLITS. — UNITÉ D'ACTION ET PLURALITÉ DE DÉLITS.

En général (175).

§ 1^{er}. *Unité de délit avec unité d'actes ou pluralité d'actes.*

A. — Un seul acte et un seul délit.

Définition de l'hypothèse (176). — Règle ordinaire (177). — Délit instantané (178). — Délit continu (179).

B. — Pluralité d'actes et unité du délit.

Définition de l'hypothèse (180). — Délit collectif (181). — Délit d'habitude (182). — Délit qualifié (183).

§ 2. *Pluralité d'actes et de délits.*

Définition de l'hypothèse (184). — Délits connexes (185). — Délits concurrents (186). — Récidive (187).

§ 3. *Unité d'acte et pluralité de délits.*

Hypothèse du concours idéal (188 et 189).

CHAPITRE V

Délits flagrants et délits propres.

Définition du délit flagrant (190). — Système du code pénal (191). — Définition du délit propre (192).

LIVRE III

LES CONDITIONS CONSTITUTIVES DE L'INFRACTION

Conditions constitutives de l'infraction : sujet, objet, matérialité et moralité de l'infraction (193).

CHAPITRE PREMIER

Sujet de l'infraction.

La personne humaine seule peut être auteur d'infraction dans notre droit pénal positif (194). — Fondement de cette théorie (195). — La conception de l'ancien droit est différente (196). — Retour de la science sociale à la conception de l'ancien droit (197). — Responsabilité du milieu social (198). — La foule criminelle (199). — Foules organiques et inorganiques (200). — Conséquences pratiques de la psychologie des foules (201). — Données de la science pénale et classification des délinquants (202). — D'après l'âge, les antécédents, l'état psychique, les instincts et le genre de vie (202 bis).

CHAPITRE II

Objet de l'infraction.

L'objet de l'infraction (203). — Ce qui peut être objet d'infraction (204). — Système de von Ihering (205).

CHAPITRE III

Matérialité de l'infraction.

Matérialité de l'infraction (206). — Délits d'action (207). — Délits d'inac-

len (208). — Degrés de la matérialité (209). — Notamment la préparation, la tentative et la consommation (210). — De la nécessité de punir, abstraction faite de l'existence d'un préjudice (211).

SECTION PREMIÈRE

ACTES PRÉPARATOIRES

Qu'est-ce que l'acte préparatoire (212)? — Système de la loi pénale (213). — Dispositions exceptionnelles du code de 1867 (214).

SECTION II

ACTES D'EXÉCUTION

§ 1^{er}. *Commencement d'exécution.*

Qu'est-ce que le commencement d'exécution (215)? — Difficulté de distinguer l'acte d'exécution de l'acte préparatoire (216). — Quand l'acte d'exécution devient punissable, il s'appelle tentative (217).

§ 2. *De la tentative punissable.*

Toute tentative n'est pas punissable (218). — Quand la tentative devient-elle punissable (219)? — Théorie de la tentative punissable dans l'ancien droit (220 et 221). — Dans le droit moderne et dans le code belge de 1867 (222 à 225).

§ 3. *Les degrés de la tentative.*

Tentative suspendue et délit manqué (226).

§ 4. *Influence des circonstances de fait.*

L'appréciation des faits exerce une influence sur l'existence de la tentative punissable (227). — Exemples (228). — Difficultés d'interprétation (229).

A. — Tentative physiquement impossible.

Quand la tentative est-elle physiquement impossible (230)? — Contre-verse (231). — École classique (232). — École moderne (233). — Exemples (234).

B. — La tentative dans le délit d'inaction.

Le délit d'inaction n'est pas susceptible de tentative (235).

C. — La tentative dans certains délits.

Règles particulières d'interprétation (236).

§ 5. *Prouison de la tentative.*

Système du code pénal de 1867 (237 et 238). — L'indulgence de l'école classique et la sévérité de l'école moderne (239 et 240). — L'assimilation de la tentative à la consommation est juste dans certains cas (241 et 242).

§ 6. *Déroation du code pénal aux règles consacrées par l'article 52.*

Énumération des principales exceptions (243).

SECTION III

DE LA CONSOMMATION DE L'INFRACTION

Consommation de l'infraction (244). — Distinction entre les infractions consommées suivant que la loi exige ou non l'obtention d'un résultat (245). — Une distinction est possible, même pour les délits d'inaction (246). — Le vrai critérium est le danger social (247). — Excuses péremptoires (248). — Règle spéciale en ce qui concerne le délit manqué (249).

CHAPITRE IV

Éléments moraux de l'infraction.

Définition de la moralité de l'infraction (250). — Processus de l'activité psychique (251). — Les actes volontaires seuls sont punissables (252 à 254). — Les deux aspects du problème de la volonté en droit pénal (255).

SECTION PREMIÈRE

POINT DE VUE PHILOSOPHIQUE

§ 1^{er}. *Libre arbitre et déterminisme.*

Le droit de punir reste indépendant de la question du libre arbitre (256). — La question n'est pas indifférente au point de vue moral (257). — Le libre arbitre absolu et le déterminisme absolu sont des actes de foi (258 et 259). — Dans l'enchaînement des causes, la cause dernière échappe à notre observation et le principe de causalité rejoint le principe de liberté (260). — Nous connaissons le mécanisme de la vie psychique, nous n'en connaissons pas le pourquoi (261). — La loi des grands nombres ne nous

donne que l'illusion de la réalité (262). — La fatalité des actes de l'individu est démentie par le sentiment interne de la liberté (263). — L'hypothèse de la liberté est indispensable au développement de la vie morale (264). — La caractéristique de la formation de la personnalité, c'est la formation de la volonté (265). — Conciliation du naturalisme et de l'idéalisme (266). — La volonté libre est déterminée par les conditions générales de la vie (267).

§ 2. *La liberté relative.*

Tout être humain a en lui un élément de liberté et un élément de nécessité (268 à 270). — La liberté humaine est relative (271). — Le droit pénal ne peut avoir en vue que la liberté relative (272).

§ 3. *Conclusion de la science pénale contemporaine.*

L'homme parfait est une pure création de l'esprit. L'exercice du droit de punir n'envisage qu'un homme relativement normal (273). — Il y a une zone intermédiaire d'anormalité (274). — Comme quoi ce n'est pas en pareil cas le problème de la responsabilité qui doit être posé (275 et 276). — Mission du juge répressif (277). — Nécessité de la notion d'un système de préservation sociale (278). — Le droit pénal bien compris n'aboutit pas à un conflit entre les juristes et les médecins (279).

SECTION II

POINT DE VUE JURIDIQUE

§ 1^{er}. *Distinction entre l'État protégeant l'ordre public et le juge appliquant la peine à un coupable.*

L'État protège l'ordre public contre toute atteinte quelconque et se place au point de vue objectif (280 et 281). — Le juge répressif qui se borne à réagir contre les violations de la loi pénale se place au point de vue subjectif et doit examiner si l'auteur de l'infraction est punissable (282 à 284).

§ 2. *Point de vue du droit pénal positif.*

Principe de la responsabilité pénale (285 et 286). — Circonstances qui la diminuent ou la suppriment (287). — Le code pénal est incomplet (288). — Conditions de la moralité en droit positif (289).

SECTION III

DEGRÉ DE LA MORALITÉ DE L'INFRACTION

Ces hypothèses sont l'application des règles ordinaires de la vie (290). — Définition du dol et de la faute (291).

§ 1^{er}. *Le dol.*

A. — Modalités du dol au point de vue des mobiles de la volonté.

Dol ordinaire (292). — Dol spécial (293). — Dol plus spécial (294). — Préméditation (295). — Critique du système du code sur la préméditation (296 et 297).

B. — Modalités du dol au point de vue des conséquences de la volonté.

Position du problème (298). — De quelles conséquences l'auteur est-il tenu en droit pénal (299). — Dol déterminé (300). — Dol indéterminé (301 et 302). — Dol éventuel (303 et 304). — Limites de la responsabilité dolense (305). — Cas de l'article 392 du code pénal (306).

§ 2. *De la faute.*

De la faute en droit pénal (307). — Inexactitude de la terminologie (308). — Assimilation de la faute civile et de la faute pénale (309). — Différences quant à la sanction (310). — Multiplicité des modalités de la faute (311). — Il y a deux formes principales (312). — La faute sans prévoyance (313). — La faute avec prévoyance (314). — Elle se distingue du dol éventuel (315).

§ 3. *Concours du dol et de la faute.*

Quand y a-t-il concours du dol et de la faute (316)? — Règles à appliquer (317).

§ 4. *Délits d'inaction.*

Application de la distinction du dol et de la faute aux délits d'inaction (318). — Dans les délits d'inaction cette distinction a moins d'importance (319). — Exceptionnellement la loi pénale réprime la simple violation matérielle des textes (320).

§ 5. *Système et terminologie du code.*

La division du dol et de la faute n'est pas en rapport avec la division des infractions (321). — La terminologie du code n'a rien de méthodique (322).

LIVRE IV

DES CIRCONSTANCES EXCLUSIVES DE L'INFRACTION

Les causes de justification sont objectives ou subjectives suivant qu'elles effacent la criminalité de l'acte ou la culpabilité de l'auteur (323).

CHAPITRE PREMIER

Causes de justification objectives.

Énumération (324).

SECTION PREMIÈRE

- LA LÉGITIME DÉFENSE

Développement de la notion du droit de légitime défense (325 et 326). — Droit moderne (327). — Interprétation restrictive du code pénal belge (328). — Règles d'application. Article 416 du code pénal (329). — Article 417 du code pénal (330 à 332).

SECTION II

VOIES DE FAIT SUR LES CHOSES DANS L'EXERCICE D'UN DROIT

Voies de fait réelles (333). — Le code pénal de 1867 n'en parle pas (334). — La doctrine admet cette cause de justification (335).

SECTION III

ACTES COMMANDÉS PAR L'AUTORITÉ LÉGITIME

§ 1^{er}. Actes ordonnés ou autorisés par la loi et commandés par l'autorité.

Article 70 du code pénal belge (336 et 337). — Hypothèse du fait ordonné par la loi sans commandement de l'autorité (338). — Hypothèse de l'ordre donné par l'autorité sans autorisation de la loi (339 à 341). — Spécialement dans l'ordre judiciaire (342); — dans l'ordre administratif (343); — dans l'ordre militaire (344).

§ 2. Actes autorisés par la loi et commandés par la nécessité.

L'acte délictueux peut également être justifié quand le fait, sans être formellement ordonné par la loi, était commandé par la nécessité (345).

SECTION IV

LE CONSENTEMENT DE LA PARTIE LÉSÉE

Le consentement de la partie lésée n'est pas en principe exclusif d'infraction (346 à 348). — Exceptions (349). — Ratification de l'infraction (350).

CHAPITRE II

Causes de justification subjectives.

Énumération (351). — Lacunes de notre législation positive (352).

SECTION PREMIÈRE

LE JEUNE ÂGE ET LA VIEILLESSE

A. — Le jeune âge.

§ 1^{er}. La législation pénale classique et ses lacunes.

Le jeune âge dans l'ancien droit et dans le code pénal de 1867 (353 à 355). — Mission du juge répressif d'après le code pénal (356). — Le discernement de l'article 72 du code pénal (357). — Vices de cette législation quant à la classification des enfants (358 à 360). — Le fait que les enfants ont ou n'ont pas commis un délit ne peut servir de base à la classification (361). — *A fortiori* le discernement juridique ne peut servir de base à cette classification (362). — Le système du code de 1867 produit des résultats illogiques (363).

§ 2. Le système rationnel.

Il faut à la répression substituer l'éducation et la protection. Enfants normaux. Enfants anormaux (364). — La tutelle protectrice de l'État et les mesures qu'elle comporte (365). — Même pour les enfants exceptionnellement responsables le système du code est incomplet (366).

§ 3. Réformes accomplies en Belgique.

On abandonne la conception superficielle du code (367). — Disposition nouvelles en vigueur (368). — Lacunes quant au traitement des enfants anormaux (368 bis).

§ 4. Le droit de correction paternelle.

Il est remis actuellement en question (369). — Les dispositions du code civil sont discutables (370). — Solution proposée (371).

§ 5. Observations complémentaires.

La question du jeune âge et le problème de la criminalité en général (372). — Délinquants primaires et récidivistes (373). — La question de discernement est accessoire (374). — Le régime éducatif est essentiel (375). — Il faut reculer le plus possible l'âge de la majorité pénale (376). — Il faut prolonger le plus possible la durée du système éducatif (377). — Résumé et aspect social du problème (378).

B. — La vieillesse.

L'extrême vieillesse peut devenir une cause de justification (379). — Hésitation de l'école classique (380). — La criminalité sénile est exceptionnelle, mais existe (381 et 382).

SECTION II

INFIRMITÉS PHYSIQUES.

§ 1^{er}. *La surdi-mutité.*

L'article 76 du code pénal (383). — Système rationnel (384).

§ 2. *La cécité.*

La cécité n'est pas une cause de justification. — Elle doit avoir une influence sur la pénalité (385).

SECTION III

ALTÉRATION DES FACULTÉS MENTALES

§ 1^{er}. *Le code pénal belge de 1867 et ses lacunes.*

L'article 71 du code pénal (386). — Divergence entre les aliénistes et les criminalistes (387). — Progrès de la psychiatrie (388). — Insuffisance du texte de l'article 71 du code pénal. Notamment inexactitude du mot *démence* (389); — des termes *au moment du fait* (390); — des termes *il n'y a pas d'infraction* (391).

§ 2. *La science moderne et l'état mental des délinquants.*

Le passage de la santé physique ou psychique à la maladie se fait par des gradations insensibles (392). — Classement des anormalités psychiques (392bis). — Le rôle du juge vis-à-vis des anormaux aliénés et irresponsables (393). — Distinction entre les aliénés inoffensifs et les aliénés dangereux (394). — Le rôle du juge vis-à-vis des anormaux défectueux et imparfaitement responsables (395). — Le degré de responsabilité des défectueux ne peut servir de base unique à la délibération des juges (396).

§ 3. *La science pénale moderne et la classification des maladies mentales.*

Difficulté de la classification des maladies mentales (397). — Différentes formes de psychoses organiques (398). — Autres états psychiques anormaux (399). — Simplicité d'esprit, etc. (400). — Folie morale (401 et 402). — L'épilepsie et l'hystérie (403). — L'obsession morbide criminelle (404). — Les folies périodiques ou circulaires (405). — La folie alcoolique (405bis).

§ 4. *Procédure en cas de folie constatée.*

Règles admises et lacunes de la législation (406).

SECTION IV

IVRESSE ET ALCOOLISME

Importance de la question (407).

§ 1^{er}. *L'ivresse.*

L'ivresse conduit à l'alcoolisme (408). — L'ivresse doit être réprimée sévèrement (409). — Cas d'application (409bis). — Les législations contemporaines punissent l'ivresse publique. Loi belge du 16 août 1887 (410). — Nécessité de réprimer l'ivresse habituelle (411).

§ 2. *De l'alcoolisme.*

Ravages de l'alcoolisme (412). — Caractère de l'alcoolisme (413). — Lutte contre l'alcoolisme (414).

SECTION V

LE SOMNAMBULISME

Le sommeil est parfois un délit (415). — Quand le somnambulisme est-il une cause de justification. (416)? — Quand n'est-il pas exclusif de toute culpabilité (417)?

SECTION VI

LA CONTRAINTE

En général (418).

§ 1^{er}. *La contrainte physique.*

Elle se rencontre surtout dans les délits d'inaction (419).

§ 2. *La contrainte morale.*

Système du code pénal (420). — Discussion de ce système (421). — 1^o Danger du système (422). — 2^o Contradiction du système (423). — La vraie théorie est celle de l'état de nécessité (424). — Cas exceptionnels où l'on peut admettre le système de la contrainte morale (425).

§ 3. *La suggestion criminelle et l'hypnose.*

La suggestion en général (426). — La suggestion hypnotique (427). — Système de l'Académie royale de Belgique (428). — En cas de suggestion criminelle, l'hypnotisé est justifié (429). — Répression de l'hypnotisme par la loi du 30 mai 1892 (430).

§ 4. *Des cas de nécessité ou de l'état de nécessité.*

La formule qui répond le mieux aux hypothèses prévues par la contrainte morale, c'est la formule de l'état de nécessité (431). — Définition légale de l'état de nécessité (432). — Il n'y a que des cas particuliers de nécessité et non un droit général de nécessité (433). — Du cas de nécessité quand il y a danger pour la vie (434). — Du cas de nécessité en matière de vol d'aliments (435). — Du cas de nécessité quand il s'agit de protéger des intérêts moins graves que la vie (436).

SECTION VII

DE L'IGNORANCE ET DE L'ERREUR

L'ignorance et l'erreur de droit en général (437).

§ 1^{er}. *L'ignorance.*A. — *L'ignorance du droit.*

L'ignorance de la loi pénale n'est pas une cause de justification (438). — Exceptionnellement elle le devient (439).

B. — *Ignorance de fait.*

Quand y a-t-il ignorance de fait (440)? — Quand l'ignorance de fait a-t-elle une influence sur la culpabilité (441 et 442)?

§ 2. *De l'erreur.*A. — *Erreur de droit.*

L'erreur de droit (443). — L'erreur de droit ne justifie jamais (444).

B. — *Erreur de fait.*

L'erreur de fait (445). — Quand peut-elle justifier (446 et 447)? — Cas où le code pénal s'occupe de l'erreur de fait (448).

LIVRE V

CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES; EXCUSES ET CIRCONSTANCES AGGRAVANTES

Ce sont des circonstances étrangères à l'infraction (449).

CHAPITRE PREMIER

Circonstances atténuantes.

Principe général (450).

§ 1^{er}. *Historique.*

Évolution du droit quant aux circonstances atténuantes (451).

§ 2. *Système du code pénal belge.*

En général (452); — en matière criminelle (453); — en matière correctionnelle (454); — en matière de police (455). — Latitude laissée aux juges (456).

§ 3. *La doctrine moderne.*

Difficultés de la question des circonstances atténuantes (457). — Vices du système belge (458 et 459). — Vices de la pratique suivie par les juges (460). — Les circonstances atténuantes sont des circonstances subjectives (461 à 463). — Le problème de la responsabilité mitigée (464 et 465). — L'orientation qu'il faut donner aux juges en cette matière (466).

CHAPITRE II

Les excuses légales.

Les différentes excuses consacrées par la loi (467 et 468).

SECTION PREMIÈRE

EXCUSES PROPREMENT DITES

Définition et division (469).

§ 1^{er}. *Excuses générales.*A. — *Jeune âge et surde-mutisme.*

Système du code (470 à 472).

B. — *Vieillesse.*

Influence de la vieillesse sur la culpabilité et sur la peine (473).

C. — *Cécité.*

Influence de la cécité sur la peine (474).

§ 2. *Excuses spéciales.*

Cas d'excuses spéciales (475). — Principes (476 à 478).

A. — L'article 411 du code pénal (479).

B. — L'article 412 du code pénal (480 et 481).

C. — L'article 413 du code pénal (482 et 483).

SECTION II

EXCUSES PÉREMPTOIRES

Définition (484). — Principales causes péremptoires (485).

SECTION III

EXCUSE DE LA RÉPARATION DU TORT CAUSÉ

La science contemporaine propose d'introduire dans la législation ce nouveau cas d'excuse (486 et 487).

CHAPITRE III

Circonstances aggravantes.

Définition et division (488).

SECTION PREMIÈRE

CIRCONSTANCES AGGRAVANTES SPÉCIALES

Système du code pénal belge (489). — Principales circonstances aggravantes spéciales (490). — Caractère superficiel de la législation positive (491).

SECTION II

CIRCONSTANCE AGGRAVANTE GÉNÉRALE

En principe (492).

§ 1^{er}. *La récidive.*

Définition et portée sociale de la récidive (493). — Droit ancien (494). — Le droit positif moderne méconnaît la portée sociale de la récidive (495).

§ 2. *Le récidiviste.*

Le récidiviste n'est pas un type anthropologique (496). — Le récidiviste est un type professionnel (497). — Formation du type professionnel (498 et 499). — Loi d'adaptation au milieu (500). — Caractère trop absolu de la loi d'hérédité (501). — La physiologie démontre la complexité de cette loi (502). — Elle démontre la non-transmissibilité des caractères acquis (503). — Elle démontre la plasticité des organismes (504). — La loi d'adaptation au milieu est favorable au progrès (505). — Il n'en reste pas moins acquis que le délinquant professionnel est un type à part (506). — Les récidivistes anormaux (507). — La notion purement juridique de la récidive est incomplète (508).

§ 3. *Système du code pénal de 1867.*

Le principe fondamental du code pénal (509). — Récidive générique et récidive spécifique (510). — L'aggravation de la peine est facultative (511). — La récidive du code n'altère ni le caractère de l'infraction ni le caractère de la peine (512). — Conditions légales de la récidive (513). — La preuve de la récidive et le casier judiciaire (514). — La communication des extraits du casier judiciaire (514 bis).

§ 4. *Observations critiques.*

Défectuosités du système légal (515). — Absence d'obstacles à l'indulgence du juge (516). — Absence de la conception concrète du récidiviste (517). — Absence de dispositions sur la récidive de crime sur délit (518). — Absence de dispositions efficaces quant à la récidive de la petite criminalité (519). — Absence de dispositions sur la récidive internationale (520). — Réformes nécessaires dans la distribution de l'indulgence et de la sévérité (521). — Récidive générique (522). — Récidive spécifique (523). — Récidivistes anormaux (524).

SECTION III

CONCOURS D'INFRACTIONS

§ 1^{er}. *En général.*

Il est possible de voir dans le concours d'infractions une circonstance aggravante (525). — Concours idéal et concours matériel (526 à 528).

§ 2. *Du concours matériel.*

Comment faut-il punir le concours matériel d'infractions (529 et 530). — Système du cumul (531). — Système de l'absorption (532). — Système de l'aggravation (533). — Ce dernier système répond aux exigences de la défense sociale (534). — Correctif au pouvoir d'aggravation (535).

§ 3. *Système du code pénal belge et vices de ce système.*

Analyse des articles 58 à 64 du code pénal belge (536 à 542). — Le juge peut rencontrer en dehors de ces textes d'autres difficultés d'application (543). — Combinaison du concours d'infractions et des circonstances atténuantes (544). — Le concours d'infractions et la loi de 1881 (545). — Combinaison du concours d'infractions et de la récidive (546).

§ 4. *Remarques spéciales.*

Règles particulières (547). — Complication de tout le système du code sur le concours (547bis).

LIVRE VI

DE LA PARTICIPATION DE PLUSIEURS PERSONNES AU MÊME CRIME
OU AU MÊME DÉLIT

De la participation (548).

CHAPITRE PREMIER

Conditions générales de la participation.

§ 1^{er}. *Première condition.*

L'élément moral (549).

§ 2. *Deuxième condition.*

Les faits de participation (550).

§ 3. *Troisième condition.*

L'acte principal auquel on participe (551).

§ 4. *Quatrième condition.*

Les modes légaux de participation (552). — Les catégories de participants (553).

CHAPITRE II

Des coauteurs d'après le code pénal de 1867.

SECTION PREMIÈRE

COAUTEURS MATÉRIELS

Définition (554). — La distinction entre auteurs et complices est souvent délicate (555).

SECTION II

COAUTEURS MORAUX OU PROVOCATEURS

Définition (556). — Les deux catégories de provocateurs (557).

§ 1^{er}. *Conditions de la provocation.*

Conditions communes aux deux catégories de provocation (558). — Conditions spéciales à chacune d'elles (559).

§ 2. *Conditions spéciales de la provocation individuelle.*

Dons et promesses (560). — Menaces (561). — Abus d'autorité et de pouvoir (562). — Machinations ou artifices coupables (563). — Réserves à faire sur le système du code pénal (564). — Examen de la question du mandat (565). — L'offre ou la proposition de commettre un crime (566).

§ 3. *Conditions spéciales de la provocation publique ou collective.*

Article 66 du code pénal et article 2 de la loi de 1891 (567). — Conditions de la publicité (568). — Rédaction vicieuse du code (569). — Le système du code est discutable (570).

§ 4. *Provocations non suivies d'effet.*

Texte de l'article 66 du code pénal (571). — Motifs de poursuite d'une provocation non suivie d'effet (572 et 573). — Cas de poursuite de provocation non suivie d'effet (574). — Le principe de la répression des provocations non suivies d'effet est conforme à la doctrine de la foule criminelle (575).

CHAPITRE III

Des complices d'après le code pénal de 1867.

Définition et division (576).

SECTION PREMIÈRE

DES COMPLICES INTELLECTUELS

Définition et conditions (577).

SECTION II

COMPLICES MATÉRIELS

Définition et conditions. Article 67 du code pénal, alinéa 3 (578). — Article 67 du code pénal, alinéa 4 (579). — Article 68 du code pénal (580).

CHAPITRE IV

De la pénalité à appliquer aux participants d'après le code pénal de 1867.

Pénalité des coauteurs (581). — Pénalité des complices (582). — Règles particulières (583). — Résumé (584).

CHAPITRE V

Des fauteurs.

Les fauteurs ne sont pas des complices (585). — Définition et division (586). — Fauteurs assurant l'impunité aux coupables (587). — Fauteurs par recel (588 à 590).

CHAPITRE VI

Observations critiques sur le système du droit positif.

Le droit pénal positif envisage surtout la part matérielle d'intervention des participants (591 et 592). — Caractère factice de ce système (593). — C'est l'accord des volontés qui constitue le vrai danger (594). — Preuves de la vérité de cette théorie dans la législation (595). — Dans la statistique (596). — La différenciation doit se faire entre les provocateurs et les provoqués (597).

LIVRE VII

CONSÉQUENCES CIVILES DE L'INFRACTION

CHAPITRE PREMIER

Les conséquences civiles de l'infraction en général.

Les conséquences de l'infraction (598). — Historique (599). — Le droit moderne a sacrifié les intérêts pratiques des victimes de la criminalité à la conception théorique de la répression (600). — Inconvénients de ce système (601).

CHAPITRE II

Des restitutions et des dommages-intérêts.

Droit positif en général (602).

SECTION PREMIÈRE

DES RESTITUTIONS

Définition et caractères (603). — Les restitutions ont pour fondement le droit de propriété (604).

SECTION II

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Conditions de leur octroi (605 et 606). — En quoi consistent les dommages-intérêts (607). — Liberté du juge quant à l'évaluation (608). — A qui incombe l'obligation de réparer (609)? — Responsabilité solidaire des participants (610). — Exceptionnellement responsabilité collective des communes (611). — Responsabilité de tiers étrangers à l'infraction (612). — Responsabilité des parents (613). — Responsabilité des aubergistes et hôteliers (614). — Responsabilité des héritiers (615).

CHAPITRE III

Frais de justice.

Définition et portée du principe (616 et 617). — Discussion du principe (618 et 619). — Droit positif (620). — Solidarité (621 et 622). — Partie civile (623).

CHAPITRE IV

De l'exécution des condamnations civiles.

SECTION PREMIÈRE

EN GÉNÉRAL

L'État est ordinairement dans l'impossibilité de récupérer les frais (624). — Procédure (625 et 626). — Ordre de préférence des créances civiles (627).

SECTION II

SPÉCIALEMENT DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

Maintien de la contrainte par corps (628). — Historique (629). — Loi belge de 1871 (630). — Procédure (631). — Observations critiques (632).

CHAPITRE V

Propositions de réformes quant à la façon d'indemniser les victimes des délits.

Difficulté du problème (633). — Propositions de réforme relatives au rôle du ministère public (634). — Hypothèse de la solvabilité du délin-

quant (635). — Hypothèse de l'insolvabilité du délinquant (636). — Introduction de l'idée de la réparation dans le système de la condamnation conditionnelle et de la libération conditionnelle (637). — L'excuse légale de la réparation dans les délits économiques (638). — Nécessité pour les tribunaux répressifs d'accorder leurs soins à l'examen de ces questions (639).

LIVRE VIII

DES PEINES

INTRODUCTION

La peine est en rapport avec les sentiments moraux et l'état social (640 et 640bis). — La peine dans l'ordre civil (641). — Peine réparatrice (642). — Peines intimidantes (643). — Origine économique du travail forcé (644). — Travail forcé à l'intérieur du pays et à l'extérieur (645). — Prison et transportation (646). — Régime pénitentiaire au XIX^e siècle (647). — Prestige de la prison (648). — Valeur relative de la prison (649). — Principe actuel d'individualisation (650). — Portée de ce principe (651). — Ses conséquences (652).

CHAPITRE PREMIER

Des peines en théorie.

Les principales peines (653).

SECTION PREMIÈRE

DE LA PEINE DE MORT

Recul de la peine de mort dans le droit positif (654). — Réduction des crimes capitaux et des exécutions (655). — Continuation de la controverse à notre époque (656). — La peine de mort est-elle indispensable (657 et 658). — Est-elle intimidante dans la mesure restreinte où on l'applique (659 à 661). — La peine doit avoir un caractère relatif (662). — Arrêt du mouvement abolitionniste (663). — Opinion de Bismarck en 1870 (664). — La bienveillance exagérée envers les coupables a fourni des arguments aux partisans de la peine de mort (665 et 666). — Position de la question (667). — La peine de mort n'est pas nécessaire (668). — Elle n'est pas exemplaire (669). — L'argument économique (670 et 671). — Les peines perpétuelles répondent à toutes les nécessités (672).

SECTION II

LA PEINE DES VERGES OU DU FOUET OU DE LA BASTONNADE

Ses traces dans le droit moderne (673). — Impossibilité de la maintenir (674 à 676).

SECTION III

PEINES PRIVATIVES DE LA LIBERTÉ

§ 1^{er}. *La transportation.*

Son caractère (677). — Ses origines (678 et 679). — Sa transformation (680).

A. — En Angleterre.

La forme primitive (681). — Ses débuts (682 et 683). — Les phases de la transportation en Australie (684 et 685). — Sa chute (686 à 688).

B. — En France.

Code pénal de 1791 (689). — Le second Empire (690 et 691). — La déportation (692). — La rélegation de la loi de 1885 (693 à 695).

C. — En Russie.

Les origines (696). — Transportation simple et *katorga* (697 et 698). — Réformes du comte Speransky (699). — Réformes postérieures (700). — Système actuel (701 à 704).

D. — Autres pays.

Espagne et Portugal (705).

E. — Le problème de la transportation.

La théorie (706). — La pratique (707 à 709). — La solution (710 à 712). — La transportation et l'émigration (713 et 714).

§ 2. *Le bannissement.*

Le bannissement n'a plus de valeur pratique comme peine (715 et 716).

§ 3. *La prison.*

A. — Les origines.

Origines de la prison (717 à 719). — La réforme pénitentiaire (720 et 721). — En Belgique (722). — En Angleterre (723). — En Amérique

(724 à 726). — Tendances pénitentiaires en Europe au XIX^e siècle (727). — Le régime cellulaire (728). — Le régime d'Auburn (729). — Le régime progressif (730 à 732). — L'évolution du régime pénitentiaire (733).

B. — Appréciation du régime cellulaire.

Son mérite (734). — Principe de l'isolement (735). — Le travail en cellule (736 et 737). — Les visites aux détenus et l'instruction (738). — Le régime progressif anglais (739 et 740).

C. — Spécialisation de la pénalité.

La pénalité obéit à la loi de différenciation (741). — Cette différenciation est corrélative à la différenciation des catégories de détenus (742).

I. *Établissements pour jeunes délinquants et pour adultes normaux.*

N^o 1. — Écoles de bienfaisance.

N^o 2. — Prisons (743).

a. *Établissements pour adultes normaux non dangereux.*

La prison cellulaire (744).

b. *Établissements pour adultes normaux dangereux.*

Le régime progressif anglais et la maison de travail (745 à 747).

II. *Établissements pour délinquants anormaux.*

Pour les anormaux le régime doit se différencier qualitativement de la peine (748) :

a. *Établissements pour délinquants aliénés.*

Prisons asiles ou quartiers spéciaux (749).

b. *Établissements pour anormaux defectueux ou maisons de préservation.*

Maisons de préservation (750).

Résumé (751).

§ 4. *La sentence indéterminée.*

Principe (752). — Origines (753). — Portée de la sentence indéterminée (754 à 756). — Autres mesures répondant à des préoccupations identiques (757 et 758). — Objections à la sentence indéterminée comme peine (759 à 764). — Forme sous laquelle la sentence indéterminée peut être admise (765 à 769). — Mesures d'éducation (770). — Mesures de protection (771).

§ 5. *La surveillance spéciale de la police.*

Surveillance spéciale de la police (772). — Son fondement (773). — Son origine est la surveillance de la haute police (774 et 775). — La surveillance spéciale de la police dans le droit moderne (776 à 778). — Les critiques s'adressent, non au principe, mais à la façon de le réaliser (779 et 780). — Remèdes à apporter à la situation (781 à 783).

SECTION IV

DES PEINES MORALES

Réaction contre l'abus des courtes peines de prison (784 à 787). — De cette réaction naît le retour aux peines morales (788).

§ 1^{er}. *L'admonition.*

Définition (789). — Dans l'ancien droit (790); — dans le droit moderne (791); — dans le droit belge (792).

§ 2. *La condamnation conditionnelle.*

Remède à l'abus des courtes peines (793); — dans l'ancien droit (794); — dans le droit anglais (795); — aux États-Unis (796); — en France (797); — en Belgique (798). — Appréciation du système belge (799). — Critiques non fondées contre la loi du 31 mai 1888 (800). — Les bons résultats de cette loi (801).

SECTION V

PEINES PRIVATIVES DE L'HONNEUR ET DES DROITS

Peines infamantes de l'ancien droit (802 à 804). — Le code de 1810 (805). — Le droit moderne n'admet plus de peines infamantes (806). — L'infamie ne peut résulter de la loi (807). — Délits politiques et de presse (808). — Le droit pénal moderne tend dans la mesure du possible à la réhabilitation (809). — La législation pénale positive consacre des peines restrictives de la capacité juridique (810). — Elle devrait pouvoir interdire l'exercice d'une profession ou d'un métier (811). — La mort civile (812). — La dégradation civique (813). — La destitution et l'interdiction de certains droits (814).

SECTION VI

PEINES PRIVATIVES DU PATRIMOINE

L'ancien droit (815). — Survivances (816). — La confiscation des biens (817). — La confiscation spéciale (818). — L'amende (819); — en théorie (820); — en pratique (821). — Solutions proposées (822). — Réformes admises dans le droit étranger (823).

CHAPITRE II

Des peines d'après le code pénal belge.

Classification (824). — Tableau d'ensemble (825).

A. — Peines principales.

SECTION PREMIÈRE

PEINES CRIMINELLES

§ 1^{er}. De la peine de mort.

Dispositions légales (art. 8 à 11 du code pén.) (826).

§ 2. Travaux forcés et reclusion.

Dans l'ancien droit ces deux peines diffèrent dans leur essence (827). — Dans le droit belge la différence est minime (828). — Régime de la séparation ou régime cellulaire (829). — Le travail forcé (830). — L'objection de la concurrence (831). — Le pécule (832). — Taux du pécule et répartition (833). — Les visites et les correspondances (834). — Disposition de l'article 12 du code pénal sur les travaux forcés à temps (835).

§ 3. La détention.

Prescriptions légales (836). — Privilèges accordés au détenu (837). — Quatre degrés de détention (835).

SECTION II

PEINES CORRECTIONNELLES ET DE POLICE

§ 1^{er}. Emprisonnement.

1. — Emprisonnement correctionnel.

Articles 25 à 27 du code pénal (839). — Durée (840). — Lieu de détention (841). — Travail obligatoire (842). — Caractéristique de l'emprisonnement correctionnel (843).

2. — Emprisonnement de police.

Articles 28 et 29 du code pénal (844). — Lieu de détention (845). — Travail facultatif (846).

3. — Observations sur l'emprisonnement de police.

Il faut dans la mesure du possible en restreindre l'application (847 et 848).

§ 2. L'amende.

Différentes espèces d'amendes (849). — Amendes pénales (850). — En matière criminelle (851). — En matière correctionnelle et de police (852). — Personnalité de l'amende (853). — Difficulté de recouvrer l'amende et emprisonnement subsidiaire (854). — Procédure de l'emprisonnement subsidiaire (855). — Le condamné n'a pas le choix entre les deux peines (856). — L'emprisonnement subsidiaire est peine correctionnelle ou de police suivant le taux de l'amende (857).

§ 3. L'amende de police en particulier.

Taux de l'amende (858). — Perception au profit de l'État (859).

§ 4. De la condamnation conditionnelle.

Article 9 de la loi du 31 mai 1838 (860). — Conditions d'application (861). — Rôle du juge (862). — Le bénéfice de la condamnation conditionnelle ne peut être obtenu qu'une fois (863). — A qui elle s'applique (864). — Loi interprétative du 27 juin 1895 (865).

§ 5. Admonition et réprimande.

Admonition (866). — Réprimande (867).

B. — Peines accessoires.

SECTION PREMIÈRE

PEINES ACCESSOIRES COMMUNES AUX CRIMES, AUX DÉLITS
ET AUX CONTRAVENTIONS

Il y a deux peines accessoires communes à toutes les infractions (868).

§ 1^{er}. L'amende.

L'amende comme peine accessoire (869).

§ 2. La confiscation spéciale.

La confiscation spéciale comme mesure de précaution (870); — comme réparation civile (871); — comme peine accessoire (872). — A quoi elle s'applique (873). — Confiscation prononcée au profit de l'État (874).

SECTION II

PEINES ACCESSOIRES COMMUNES AUX CRIMES ET AUX DÉLITS

Elles sont au nombre de trois (874 bis).

§ 1^{er}. De l'interdiction de certains droits.

1. — Portée des articles 31 à 33 du code pénal (875 et 876). — L'interdiction est perpétuelle ou temporaire (877). — Obligatoire ou facultative (878). — Divisible ou indivisible (879).

2. — Point de départ de l'interdiction (880).

3. — Dispositions du code pénal qui confient au juge la mission de prononcer d'autres privations de droits (881).

§ 2. Le renvoi sous la surveillance spéciale de la police.

Dispositions des articles 35 à 37 du code pénal (882 et 883). — Rupture de ban (884). — Caractères distinctifs des dispositions du code pénal (885).

§ 3. L'impression et l'extrait par affiches du jugement de condamnation.

Cas où la loi l'ordonne ou l'autorise (886).

SECTION III

PEINE ACCESSOIRE SPÉCIALE AUX CRIMES

La destitution.

Portée des dispositions du code pénal (887).

C. — Incapacité civile résultant de la condamnation à une peine criminelle.

L'interdiction légale.

L'interdiction légale (888). — Elle diffère de la destitution (889). — Condamnations qui emportent l'interdiction légale (890). — But de l'interdiction légale (891). — Point de départ (892). — Condamnation par contumace (893). — Condamné gracié (894).

CHAPITRE III

De l'exécution des peines.

SECTION PREMIÈRE

RÈGLES D'EXÉCUTION

Principes relatifs à l'exécution (895).

§ 1^{er}. La détention préventive.

Motifs de l'article 30 du code pénal qui tient compte au détenu condamné de la durée de la détention préventive (896). — Caractère excessif de la règle (897).

§ 2. La réduction des peines subies en cellule.

La loi du 4 mars 1870 (898). — Barème de réduction (899). — Durée de l'isolement cellulaire (900). — Motifs de la réduction (901). — Défauts du système (902 et 903).

§ 3. La libération conditionnelle.

La libération conditionnelle (904). — Elle est un mode d'exécution de la peine (905). — Elle ne fait pas double emploi avec la grâce (906). — Elle est devenue un élément important du système pénal (907). — Dispositions de la loi du 31 mai 1888 (908 et 909). — Avis à demander (910). — Réserve à observer dans l'octroi des libérations conditionnelles (911). — Solennité de la mise en liberté conditionnelle (912).

§ 4. Supputation de la durée de la peine de l'interdiction de certains droits.

L'article 34 du code pénal (913).

SECTION II

LE PATRONAGE DES CONDAMNÉS LIBÉRÉS

Le patronage des condamnés libérés se rattache à l'exécution des peines (914). — Sa portée (915). — Historique (916 et 917). — Il comprend deux ordres de mesures (918). — Les visites aux détenus (919). — L'appui donné aux libérés (920). — Catégorie de délinquants auxquels il s'applique (921). — Son utilité sociale (922).

SECTION III

DU DROIT D'EXÉCUTION DES PEINES ET DE L'AUTORITÉ INVESTIE DE CE DROIT

Peines matériellement exécutoires (923). — Autorité investie du droit d'exécution (924). — Juridiction chargée de statuer sur les contestations relatives à l'exécution des peines (925).

CHAPITRE IV

De l'extinction des peines.

Modes d'extinction des peines (926).

SECTION PREMIÈRE

LA MORT DU CONDAMNÉ

L'article 86 du code pénal consacre la personnalité des peines (927). —

Il s'applique aux amendes (928). — Amendes fiscales (929). — Confiscation spéciale (930).

SECTION II

DE LA GRÂCE

§ 1^{er}. *En principe.*

Historique (931). — Objections (932). — Fondement du droit de grâce (933). — Il répond aux données de la science contemporaine (934). — Son utilité pratique (935). — Ses limites (936). — Son caractère d'exception (937).

§ 2. *D'après le droit positif.*

Dispositions légales et portée de ces dispositions (938 et 939). — Conditions de l'exercice du droit de grâce (940).

§ 3. *Effets de l'arrêté royal de grâce.*

Deux principes dominent les effets de la grâce (941). — Conséquences (942).

§ 4. *De la réhabilitation des condamnés.*

Principe et historique de la réhabilitation (943).

1. — Remise de certaines incapacités en vertu de l'article 87 du code pénal.

Article 87 du code pénal (944). — Portée de cet article (945).

2. — La loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation.

Principe de la loi (946). — Portée de la loi (947). — Procédure (948). — Conséquences de la réhabilitation (949 et 950). — La réhabilitation se concilie avec le droit de grâce (951).

SECTION III

DE L'AMNISTIE

Principe de l'amnistie (952). — Origine de l'amnistie (953). — Son but politique (954). — Ses conséquences (955). — Ses caractères (956). — Règle d'interprétation (957).

SECTION IV

DE LA PRESCRIPTION

§ 1^{er}. *En principe.*

Principe de la prescription (958). — Elle n'a pas été admise par toutes les législations (959). — La prescription de l'action est rationnelle (960). — La prescription de la peine l'est moins (961). — Motifs donnés par le

législateur de 1810 pour légitimer la prescription de la peine (962). — Critique de ces motifs (963 et 964).

§ 2. *De la prescription d'après le code pénal belge.*

Des peines prescriptibles en vertu des articles 91 à 99 du code pénal (965). — La prescription est d'ordre public (966).

§ 3. *Du temps requis pour prescrire et du point de départ de la prescription.*

Temps requis pour prescrire (967). — Point de départ de la prescription (968 à 971).

§ 4. *Mode de suppuration.*

Articles 91 et 95 du code pénal (972).

§ 5. *Interruption de la prescription.*

Article 96 du code pénal (973).

§ 6. *Suspension de la prescription.*

La prescription ne peut en général être suspendue (974 et 975). — Exception prévue par la loi du 31 mai 1888 (976).

LIVRE IX

LA MENDICITÉ ET LE VAGABONDAGE

CHAPITRE PREMIER

Le problème de la mendicité et du vagabondage.

La mendicité et le vagabondage (977). — La mendicité et le vagabondage en eux-mêmes ne sont pas des délits (978). — En quoi ils se rattachent au droit pénal (979). — Portée sociale du problème (980). — Nécessité d'une distinction (981). — Bases de la distinction (982). — Classification des mendiants et des vagabonds (983). — Catégorie de mendiants et de vagabonds contre lesquels l'État doit prendre des mesures (984).

CHAPITRE II

Le problème au point de vue historique.

Le nœud du problème est la distinction entre les rebelles au travail

et les incapables (985). — L'empire romain et l'Église (986). — Au xvi^e siècle, on sépare le vice de la misère (987). — Au xvii^e siècle, on humanise le régime des vicieux (988). — Au xix^e siècle, on enlève à la mendicité et au vagabondage le caractère de délit (989). — Caractères défectueux de la législation belge d'origine napoléonienne (990). — Réaction contre cette législation (991).

CHAPITRE III

Les principes actuels.

Importance des mesures préventives et de la distinction faite au xvii^e siècle (992). — Séparation des enfants et des adultes (993). — Subdivision des adultes en malheureux et en réfractaires à la loi du travail (994). — Choix des magistrats chargés d'apprécier les questions relatives aux mendiants et aux vagabonds (995). — Régime des établissements qui leur sont destinés (996).

CHAPITRE IV

Le système de la loi belge du 17 novembre 1891.

Dispositions essentielles de la loi (997). — L'arrestation et la mise à la disposition du gouvernement (998). — Classification des mendiants et des vagabonds (999). — Classification des établissements (1000). — Dépôts de mendicité (1001). — Maison de refuge (1002). — Écoles de bienfaisance (1003). — Mesures protectrices de l'enfance (1004). — Séparation des enfants d'après l'âge (1005). — Mise en liberté conditionnelle et mise en apprentissage (1006). — Résumé (1007).

PRÉFACE

Dans ce livre, fruit de l'enseignement universitaire et destiné à cet enseignement, j'ai essayé de combiner les éléments du droit pénal positif moderne tel qu'il est consacré par les textes législatifs avec les éléments de la théorie pénale issue du mouvement scientifique contemporain qui a transformé les conditions du droit de punir.

S'il fallait élaborer aujourd'hui un code pénal et instituer un système répressif, ils différeraient sans doute du code et du mode de pénalité en vigueur, et je ne me dissimule nullement les difficultés et les imperfections inévitables d'une tentative de fusion, entre deux choses aussi disparates que la législation pénale actuelle et la doctrine pénale actuelle. Mais cette tentative est nécessaire : il n'est plus possible d'enseigner le droit pénal sans tirer profit du puissant essor de la science moderne. Et il n'est pas possible non plus d'exposer les doctrines novatrices, sans montrer leurs liens avec le droit positif et

les conséquences à en tirer au point de vue des réformes pratiques.

Les changements qui se produisent n'ont rien de surprenant d'ailleurs : à toutes les étapes importantes de l'histoire, au moyen âge, comme à la Renaissance, comme sous la Révolution et sous l'Empire, le même phénomène existe et la législation se modifie avec les tendances générales de la civilisation.

Ce que l'on appelle la criminologie est un reflet du courant qui a si profondément remué la fin de notre siècle et ébranlé les assises du droit pénal.

Assurément, dans une société comme la nôtre, dont les forces économiques, politiques et sociales sont arrivées à un haut degré d'expansion, où en même temps les masses populaires sont en proie à tant de désirs et à tant de besoins inassouvis, et où l'on a vu éclore la philosophie de l'inconscient, il est naturel que la doctrine pénale prenne une orientation différente de celle qu'elle suivait dans une société jeune, optimiste, aristocratique, ne connaissant que la philosophie et la poésie de la liberté et habituée à glorifier la personne libre comme l'unique mesure de la réalité et le centre de l'univers.

L'on se méprendrait toutefois étrangement sur la portée des études de sociologie criminelle, si l'on s'imaginait qu'elles ont abouti à l'anéantissement de la liberté et de l'individualité et à l'absorption du crime par la maladie, de la conscience par l'instinct.

Dans le domaine des rapports du capital et du travail, les études sociales ont parfois pu être mal comprises ou mal conduites ; elles n'en ont pas moins eu pour résultat final indéniable de mieux faire connaître les travailleurs et les conditions dans lesquelles ils ont à exercer leur liberté et de multiplier les moyens d'accroître leur indépendance personnelle.

De même, dans le domaine du droit pénal, les études d'anthropologie et de sociologie criminelles ont pu parfois être mal dirigées ou mal interprétées ; en définitive, elles aboutissent à nous faire mieux connaître le délinquant et les conditions dans lesquelles germe et se développe sa volonté ; elles nous indiquent les moyens d'aider à la former et à l'accroître, comme de réagir contre elle, quand cette réaction devient nécessaire.

Pour fouiller le sol, on n'arrache pas la plante ; pour étudier la volonté, sa nature, les conditions de son fonctionnement, on n'ébranle pas la confiance de l'humanité dans la souveraine puissance de la volonté ; on ne détruit pas l'idée que l'homme se moralise et s'élève dans la mesure où il se dégage de la tyrannie de ses appétits et où son *moi* se dessine avec plus de relief et avec plus de vigueur sur la masse inerte et amorphe, sur le fond indécis et brumeux de l'inconscience du pessimisme et de la fatalité.

Mais si nous n'avons pas à rompre avec l'idéal traditionnel de la liberté morale, auquel le monde s'est accou-

tumé de croire et qui constitue, après tout, le plus puissant des ressorts pour le bien et l'irrésistible aiguillon de l'enthousiasme et de l'action, les travaux de l'école moderne ont eu cependant des conséquences décisives.

Ils montrent que les législateurs du début du siècle ont eu des aspirations trop vastes en cherchant l'absolu dans une direction où ils ne pouvaient l'atteindre. Le droit pénal est une science essentiellement relative; il représente un ensemble de mesures pratiques prises par l'État pour le maintien de l'ordre public. Il se détache de sa base quand il entend s'appuyer uniquement sur le principe absolu du libre arbitre et sur le type absolu de l'homme parfait dont la volonté se détermine librement elle-même.

Dans le monde tel qu'il est, nous ne rencontrons qu'une liberté et une responsabilité relatives. L'homme est un être complexe; il n'est jamais ni absolument libre, ni absolument esclave. Si, en philosophie, l'être absolument libre et responsable est un but idéal vers lequel il est salutaire et nécessaire de tendre, en droit pénal, il ne peut constituer un point de départ, et c'est pour l'avoir pris comme tel que le droit répressif classique se heurte à d'inextricables difficultés.

D'abord, si défense sociale implique responsabilité, les facteurs innombrables qui agissent sur la responsabilité agissent aussi sur les décisions de la justice pour l'énerver et pour l'affaiblir, et l'indulgence devient la

règle précisément à l'égard de ceux dont la nature douteuse réclame les mesures les plus énergiques.

Ensuite, si le législateur considère la pleine responsabilité comme le critérium unique de la pénalité, la mission du juge consiste à doser la quotité de responsabilité qui entre dans un délit et la quotité de pénalité qui y correspond. Il doit établir une sorte de parallélisme entre la décroissance de la responsabilité allant de la responsabilité entière à l'irresponsabilité complète et la décroissance de la pénalité allant de la peine intégrale à l'acquiescement. Et il est ainsi conduit à établir des équations entre des fractions de peine et des fractions de responsabilité.

Ce parallélisme est faux. La diminution de la responsabilité peut exister en même temps qu'une augmentation du danger social que présente l'agent de l'infraction et réciproquement un faible danger social peut exister avec une responsabilité accrue. Un neurasthénique dont la volonté est entamée peut inspirer des craintes légitimes à la société; un délinquant normal dont la volonté est forte peut inspirer un minimum d'inquiétudes aux honnêtes gens.

La quantité de la responsabilité n'est donc pas la vraie mesure de l'intensité de la défense sociale. Et le problème, envisagé sous son aspect nouveau, peut être formulé de la manière suivante :

Il importe, non pas de peser et de compter la quotité

de responsabilité ou de volonté coupable qui figure dans la conduite du délinquant, mais bien d'analyser et de spécifier la qualité concrète de cette responsabilité, c'est-à-dire la nature réelle de la volonté coupable.

Suivant qu'elle sera plus ou moins antisociale ou redoutable, elle exigera des mesures de réaction plus ou moins sérieuses. A l'appréciation quantitative succède l'appréciation qualitative de la volonté; à la fixation quantitative de la peine, le choix qualitatif du procédé de défense sociale à opposer au délit. Et en cette matière, la différenciation fondamentale, au lieu d'être simplement une différenciation dans la durée variable d'une peine uniforme, devient surtout une différenciation dans l'application de moyens dissemblables de défense sociale mis par le législateur à la disposition du juge. Ces moyens seront, suivant les cas, des moyens de répression proprement dits, des moyens de protection ou des moyens mixtes auxquels on peut donner le nom de *moyens de préservation sociale*.

Il n'est peut-être pas inutile d'ajouter que, du même coup, s'opère une modification dans la conception de la peine elle-même; pendant une partie de ce siècle, en effet, on a cru, par une sorte d'illusion étrange et tenace, que le perfectionnement et l'adoucissement des peines produisaient le perfectionnement et l'adoucissement des mœurs et que l'homme s'améliorait dans la proportion où l'on

améliorait les prisons. Une longue expérience nous apprend aujourd'hui que si les sentiments altruistes et humanitaires ont toujours leur raison d'être et doivent subsister même vis-à-vis des coupables, il n'en est pas moins vrai que les trésors de charité et de bienveillance, dont la société dispose, doivent se dépenser avant la chute et que les lois sociales préventives sont bien plus efficaces dans la lutte contre le crime que les meilleures lois répressives.

L'expérience nous enseigne également que ce n'est pas la nature de la peine qui agit sur l'homme; la nature de l'homme doit, au contraire, dicter au législateur le mode de pénalité le mieux approprié au but poursuivi.

La criminologie a modifié sur d'autres points encore les idées courantes :

Il y a deux façons de concevoir les conditions d'exercice de la justice pénale. Le drame de la vie est complexe, mobile, changeant; la loi est une, rigide, immuable, inflexible. Le culte exclusif du droit formel, le respect exagéré des textes peut étouffer le sentiment de l'équité, la claire et large compréhension de la réalité. Les juges répressifs qui se confinent et s'isolent dans l'interprétation de subtiles formules juridiques comme en une sorte de Tour d'ivoire s'éloignent de la vie universelle. Les tribunaux qui appliquent simplement ces formules aux faits sans songer ni aux problèmes sociaux qu'elles soulèvent, ni au délinquant caché derrière le délit, ni à

l'action de la peine sur le délinquant, font de la justice un mécanisme artificiel dont on peut admirer les ressorts délicats, mais d'où l'on peut regretter que l'âme soit absente. Cette justice-là devient peu à peu impersonnelle et abstraite; elle finit par trôner sur d'inaccessibles sommets où elle perd toute influence, où elle se dessèche et se rétrécit, et est bientôt réduite à l'état de symbole.

Or, quel que soit le caractère relatif de la répression, la mission du juge pénal est loin d'être machinale. Elle exige pour le moins autant de qualités, de réflexion et de conscience que l'exercice de la justice civile; elle constitue un art difficile où viennent se combiner les exigences du cœur et celles de la raison.

Quand l'histoire nous parle du roi Asoka définissant dans d'admirables préceptes le rôle et le devoir du juge pénal dans l'Inde antique; quand elle nous montre en France le roi saint Louis assis sous le chêne de Vincennes et rendant à tous une justice patriarcale et simple; quand elle évoque le souvenir des héliastes d'Athènes, du préteur romain, des magistrats de nos échevinages, ou quand elle laisse subsister sous nos yeux, en Angleterre, les juges de paix de la tradition anglo-saxonne qui sont actuellement encore une des forces de la Grande-Bretagne, nous entrevoyons une justice qui n'a rien d'étriqué ou de factice, qui ne creuse pas un abîme entre les tribunaux et les justiciables, mais qui, imprégnée de sincérité, de bon sens et de vie, généreuse quand elle le

peut, sévère quand elle le doit, aide à la diffusion du droit et à la formation de la conscience juridique des nations.

La justice pénale, telle que l'État moderne le plus compliqué peut la concevoir, ne diffère pas fondamentalement de cette justice élémentaire; si son domaine est plus étendu, son essence est identique. Les juges répressifs ne cultivent pas, nouveaux initiés aux mystères d'Eleusis, une doctrine ésotérique; ce sont des hommes jugeant d'autres hommes, et le type qu'ils auraient à se proposer comme modèle a toujours existé; on le retrouve à l'origine des temps comme au milieu de nous, sous la forme du tribunal domestique ou de la justice familiale. Le juge idéal, en effet, n'est-ce pas le juge à la fois primitif et actuel, le père ou chef de famille qui vit au milieu des siens et les suit pas à pas, qui scrute les mobiles de leur conduite, étudie leur nature, leur tempérament, leurs instincts et qui, connaissant leurs qualités et leurs défauts moraux ou physiques, peut, d'une façon réfléchie, suivant les cas, avertir ou corriger, donner une éducation réformatrice aux dociles, punir et essayer de dompter les rebelles, soigner les malades, prendre les précautions et les mesures de préservation que réclament les inadaptables? La législation répressive aura beau faire, elle devra toujours remonter à ces règles de bon sens, à cette source de justice pratique et rationnelle.

C'est peut-être parce que le droit pénal est, plus que

tout autre droit encore, un vêtement qu'il faut ajuster au corps de ceux qui le portent; c'est peut-être parce qu'il a uniquement comme objet des hommes vivants et agissants et qu'il a sa répercussion dans tout l'organisme social, que les grandes réformes accomplies périodiquement dans ce domaine ne sont pas uniquement l'œuvre des juristes même les plus érudits.

Les juristes, par leur connaissance approfondie des textes, par leurs interprétations sagaces et savantes, rendent certes d'inappréciables services; mais les réformateurs du droit criminel connaissent surtout le monde. Le prince de Schwarzenberg, l'auteur de la Caroline, n'était pas un légiste; Colbert, l'initiateur de l'Ordonnance de 1670, n'était pas un légiste; Kant, Wolff, Beccaria, Voltaire, Bentham, les Encyclopédistes n'étaient pas des légistes. Et de même la plupart des réformateurs contemporains ne sont pas des légistes ou, dans tous les cas, ne sont pas uniquement des légistes; ce sont, comme leurs prédécesseurs, des penseurs ayant des vues personnelles sur les choses et sur les hommes, et le livre de la vie reste toujours ouvert devant eux.

La science pénale doit se retremper aux sources de la vie; elle doit aussi se retremper à cette autre source de vérité : l'histoire. Beaucoup de points sont aujourd'hui remis en discussion et jamais les criminalistes n'ont eu à agiter de plus vastes problèmes, parce que l'école classique, convaincue qu'elle avait atteint la perfection, et

considérant comme non avenues les leçons des siècles antérieurs, s'était lancée dans l'abstraction et planait dans le vide.

Ce n'est pas en vain que de puissantes civilisations ont fait de longs efforts dans le domaine de la pénalité et lui ont laissé leur empreinte. Le legs de la tradition est toujours intéressant et parfois précieux. Il faut savoir en profiter et, en ces matières surtout, reconnaître la supériorité d'une expérience même imparfaite sur une théorie même parfaite.

On ne créera jamais, quoi qu'en pense Bebel, une société nouvelle où il n'y aurait plus de criminels; de même on ne créera jamais un droit pénal où il n'y aurait plus ni erreurs, ni lacunes, ni régions à découvrir. Nous ne pouvons qu'améliorer les institutions existantes jusqu'au jour où nos descendants amélioreront à leur tour leurs institutions en tenant compte des travaux de leurs ancêtres.

Renan a dit avec raison que les vrais hommes de progrès sont ceux qui ont le respect du passé.

INTRODUCTION

Le droit pénal en général

1. Le droit pénal est l'ensemble des dispositions légales qui règlent l'exercice du droit de punir. L'étude du droit pénal est en conséquence l'étude des délits et des peines et ne peut négliger la connaissance des délinquants, c'est-à-dire de ceux qui commettent les délits et subissent les peines.

2. Le droit pénal est une science juridique; il prend l'homme vivant en société, violant les devoirs que la loi lui prescrit et subissant la conséquence de cette violation d'un devoir légal.

3. Le droit pénal est aussi une science sociale; le délit, en effet, outre son caractère juridique, a un caractère social; la peine est non seulement une sanction légale, mais un acte de défense sociale, une réaction sociale opposée à l'attaque. Considéré à ce point de vue, le droit pénal s'appelle criminologie ou sociologie criminelle et est en rapport avec les sciences morales et politiques, la statistique, l'anthropologie, la psychiatrie.

1. La justice répressive ne peut s'exercer d'une manière complètement efficace si elle ne tient pas compte de ces divers points de vue.

CHAPITRE PREMIER

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DROIT PÉNAL

2. Pour bien comprendre les conditions de l'exercice actuel du droit de punir, il faut le suivre à travers les phases de son développement historique en Europe.

On distingue quatre périodes essentielles.

La période coutumière ou de réparation qui va jusqu'au moyen âge.

La période d'expiation ou d'intimidation qui comprend le moyen âge et la Renaissance.

La période humanitaire qui comprend le XVIII^e siècle et une partie de XIX^e siècle.

La période scientifique contemporaine.

Nous laissons de côté l'époque légendaire où l'humanité semble n'entrevoir la justice répressive qu'à travers le prisme d'une imagination créatrice de symboles et d'allégories.

Dans les poèmes homériques comme dans les *Nibelungen*, on assiste à l'épanouissement de la force mise au service du droit contre l'injuste.

Les dieux de l'Olympe parcourent la terre comme les divinités guerrières du Walhalla parcourent les forêts teutoniques pour recevoir les plaintes des victimes; chez les Grecs, comme chez les Germains, pour combattre le mal, les monstres, les brigands, l'on voit apparaître les héros mythiques.

C'est Hercule étouffant Cacus, le voleur de génisses; c'est Apollon écrasant le serpent Python; c'est Persée tuant les affreuses Gorgones; c'est Siegfried, vainqueur du dragon Fafner. Telle est la forme théogonique de la justice.

Nous ne nous occuperons que des phases historiques de l'évolution du droit pénal.

SECTION PREMIÈRE

Période primitive ou coutumière.

3. Il y a un droit pénal dès que l'histoire aperçoit une ébauche d'ordre social : le droit pénal proprement dit suppose une contrainte, et le peuple le plus inculte inflige un mal ou une souffrance à ceux qui, d'après lui, font le mal.

A ce point de vue, le droit de punir est par excellence le fait social primitif.

De même que la fonction physiologique est antérieure à l'organe, de même la peine est antérieure à la justice organisée, à l'État.

Les partisans du contrat social nous montrent avec Rousseau dans l'État une création de la raison pure, les partisans de l'École historique voient avec Savigny dans l'État la manifestation la plus haute de la force mystérieuse qui met le monde en mouvement.

Mais antérieurement à la conception de l'État, il y a dans toute agglomération d'individus une puissance qui la fait vivre comme société et lui donne la cohésion nécessaire : c'est la *coutume*.

Celui qui est rebelle à la coutume de la majorité y est

ramené par cette majorité qui réagit contre l'écart de l'un des siens.

7. L'influence prépondérante de la mode, de nos jours encore, souvent plus puissante que la loi, le désir irrésistible d'être « conforme » sont là pour nous faire comprendre l'action de la coutume aux époques primitives (1).

L'homme primitif pour vivre sans code écrit, n'est pas libre, et tout comme l'homme civilisé du XIX^e siècle, il est esclave de la coutume, des habitudes reçues. S'il ne veut pas suivre les usages de la majorité, il manque aux yeux de celle-ci de moralité et n'a plus droit à sa protection.

8. Le mépris de la coutume est un acte immoral. Le langage révèle cette analogie : *mos* signifie à la fois *coutumes* et *bonnes mœurs*.

Sitte, *Sittlichkeit* signifient à la fois *usage* et *moralité*.

9. Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas au-dessus de la coutume et indépendamment de la coutume, une loi morale.

Il existe sans doute un idéal absolu de justice et de moralité. Les hommes ont pour devoir de s'en rapprocher le plus possible. En fait et dans l'ordre civil, leur premier hommage à l'idéal et à la loi morale est le respect de la coutume.

10. La violation de la coutume est le mal; la communauté primitive réagit contre ce mal, et la manifestation la plus ancienne et la plus rudimentaire d'une

(1) Les voyageurs contemporains constatent d'ailleurs même actuellement chez les peuplades sauvages, comme celles du Congo, l'autorité de la coutume. (CATTIER, *Droit et administration de l'État du Congo*. Bruxelles, 1898, p. 194 et suiv.)

réaction sociale contre les actes troublant les rapports sociaux, c'est la vengeance privée.

La communauté abandonne le coupable à la vengeance de sa victime ou de la famille de sa victime. Le droit de vengeance privée est le droit pénal des peuples qui sont encore au début de leur organisation et qui manquent d'un pouvoir central assez fort pour refréner les élans de l'individu laissé à lui-même. Dès lors on se borne à contenir la violence par la violence.

11. Le droit de vengeance privée repose sur deux principes fondamentaux :

12. D'abord sur l'idée de la fraternité du sang, de la solidarité familiale. La collectivité fondée sur les liens du sang (Gens, Sippe) est seule agissante et forme un ensemble organique où tous les individus sont confondus. Les membres de la famille du lésé sont solidaires de la victime, les membres de la famille du coupable sont solidaires de ce dernier; de là de longues guerres privées au cours desquelles des familles entières s'exterminent (1).

13. Ensuite sur le rétablissement de l'équilibre rompu par l'attaque. Il n'y a pas de responsabilité indi-

(1) En Belgique, la querelle des Awans et des Waroux est un exemple célèbre de ces guerres; à Bruxelles, les familles Lombeke et Van den Heetvelde sont en guerre privée au XV^e siècle. (POULLET, *Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant*, Mémoires couronnés de l'Académie, t. XXXIII, p. 80.) Dans nos provinces en effet et notamment dans les comtés de Hainaut et de Namur, les guerres privées ont subsisté longtemps et duraient encore au XIV^e et au XV^e siècle. (CATTIER, *La guerre privée dans le comté de Hainaut*; WODON, *Le droit de vengeance dans le Comté de Namur*. Bruxelles, 1890.) Il y a actuellement même, des survivances du droit de vengeance en Serbie et dans le Monténégro. (MILENKO WISNITCH, *Die Blutrache bei den Südslaven*. Stuttgart, 1889, p. 31 et suiv.)

viduelle au sens moderne du mot. On répond au meurtre par le meurtre ; mais celui qu'on tue n'est pas nécessairement le coupable ; on tue un membre de la famille ennemie que le hasard fait rencontrer, même si c'est un enfant. On tue le propriétaire de l'étang où la victime aurait été noyée. Il y a en un mot une lutte entre deux familles, et cette lutte aboutit soit à la satisfaction du sentiment de vengeance, soit à une transaction pécuniaire, *compositio*. Le prix de la transaction est le *wehrgeld*.

14. Le correctif de la vengeance du sang, c'est la réconciliation du sang qui arrête la lutte et amène la réparation du dommage causé.

L'autorité grandissante cherche à contenir les passions individuelles se donnant libre essor dans les guerres privées ; elle se met en travers de l'exercice du droit de vengeance ; elle commence par favoriser la réconciliation ; elle limite la durée des luttes par les trêves, de façon à donner aux ressentiments le temps de se calmer. Elle finit par obliger le coupable à rechercher la réconciliation, le lésé à accepter l'argent de la réconciliation. Elle substitue ainsi peu à peu l'élément économique de la *compositio* à l'élément ethnique de la *vengeance*, et la notion du délit et de la peine à la conception de l'attaque privée et de la réparation privée.

15. La loi salique, consécration des mœurs populaires et du droit national, expression de la transition entre l'époque des violences arbitraires et les siècles de légalité, n'est encore que le code de la composition, le tarif détaillé de la somme à payer dans chaque cas au lésé ou à sa famille pour le rachat du droit de vengeance.

Le *wehrgeld*, le *fredus*, la *dilatura*, la *chrene-*

cruda (1) sont l'application d'un système pécuniaire de droit privé qui tout en réprimant, cherche à dédommager et qui montre, comme les lois primitives de la Grèce et de Rome, la fusion originaire du droit pénal et du droit civil.

16. C'est la féodalité qui peu à peu détruit ce système et substitue la peine au *wehrgeld*.

L'autorité n'est pas au début assez forte pour extirper les guerres privées ; elle en tire profit d'abord, pour les faire disparaître plus tard. Les seigneurs féodaux, après avoir perçu sous le nom de *fredus* le tiers de la composition, comme garantie de la sécurité du coupable qui transige, commencent entre le XII^e et le XIII^e siècle à accaparer à leur profit l'intégralité de la composition. Ils s'affirment comme partie lésée par le délit et imposent au condamné l'obligation de leur payer à eux la composition entière, qui se transforme ainsi en amende ou peine publique perçue par la justice. Et l'État prend conscience de son existence par la peine.

SECTION II

Période d'intimidation.

17. Bientôt l'amende elle-même doit céder à un mode nouveau de pénalité. Le système qui accorde la première place dans la répression à l'élément économique et civil du délit, et qui absorbe l'idée de peine dans l'idée de

(1) THONISSEN, *La loi salique*. Bruxelles, 1881 ; VANDERKINDERE, *La dilatura dans les textes Francs* (extrait du tome XLI des Mémoires couronnés et autres Mémoires publiés par l'Académie royale de Belgique, 1888).

réparation pécuniaire, n'est réalisable qu'aux époques d'égalité primitive; la civilisation avec ses inégalités sociales en rend le maintien impossible.

Dans nos régions, les croisades provoquent le passage de vagabonds et de bandes errantes; le développement des relations commerciales est cause de l'extension et de la prospérité des villes. On y voit, comme dans nos villes modernes, affluer les déclassés et les aventuriers et apparaître, avec de nouvelles conditions de vie, de nouvelles classes, les classes criminelles ou dangereuses, formées de pauvres et d'insolvables n'offrant aucune prise à la peine pécuniaire. Telle est la raison d'être de la peine corporelle. Le pouvoir profite partout de cette situation pour transformer le droit pénal, éliminer du système repressif l'ancienne notion de la réparation et de l'amende et faire triompher la notion de la peine publique et corporelle et le principe de l'intimidation.

Partout, un peu plus tôt ou un peu plus tard, on assiste à une évolution dans ce sens : sous l'influence des édits impériaux et seigneuriaux en Allemagne, des sentences des savants et des universités, des ordonnances de la monarchie française, des efforts des successeurs de Guillaume le Conquérant en Angleterre, du triomphe de la législation impériale romaine sur le continent, l'Europe est lentement envahie par un droit pénal qui inflige des peines corporelles intimidantes (1).

(1) Le droit russe suit la même marche : la *Rousskaya Pravda*, recueil de coutumes nationales publié au XI^e siècle par le Charlemagne russe, Jaroslaw le Grand, est analogue à la loi salique. L'influence des Tatars et des Princes moscovites s'exerce dans un sens hostile aux coutumes et développe avec la notion de l'État centralisé celle de la peine corporelle. — En 1471, la *Soudnaya Gramota* conserve encore à côté des

18. Pendant toute une partie du moyen âge, il n'y a qu'incertitudes, abus et désordres. C'est la lutte du droit romain écrit contre le droit national coutumier, du droit féodal ou de vengeance privée contre le droit de l'État ou la peine publique; et pendant longtemps coexistent les guerres privées, la composition, l'amende et les peines corporelles; il faut y ajouter des peines spéciales au moyen âge, et frappant le coupable dans son orgueil ou dans son amour-propre; ainsi, l'harmiscarée ou obligation de porter sur l'épaule un chien ou une selle; le port de pierres pénales ou du manteau de honte (1); l'exposition au pilori sous les moqueries de la foule; pour les nobles, la privation du droit de participer aux tournois, etc.

19. Le droit pénal avec ses peines intimidantes s'implante plus rapidement dans les villes où l'autorité s'établit que, dans les campagnes où la force publique fait défaut et où la vengeance et la composition subsistent; il triomphe plus tôt dans la France centralisatrice que dans l'Allemagne particulariste. Mais, à la fin du moyen âge, la peine corporelle est généralisée; elle est cruelle; elle répond à l'idée d'expiation; elle a pour but de faire souffrir et d'effrayer par la souffrance, et la souffrance doit être infinie parce que, comme l'a dit Montesquieu : « Les lois ont à venger l'Être infini. » Elles admettent une terrible variété de mutilations, de supplices, de tor-

châtiments corporels les règles de la réparation privée. Mais, en 1497, Ivan le Grand, désireux comme Louis XI, son contemporain, de mettre un terme à la confusion des lois, publie le *Soudbnik* qui proclame formellement le principe de la répression exercée dans l'intérêt social et au moyen de peines corporelles terribles.

(1) E. Poullet, *Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant* (Mémoires couronnés de l'Académie royale, t. XXXIII, p. 54 et 55).

tures qui se succèdent pendant des siècles. A Gand, Hessels, le commissaire du duc d'Albe; à Paris, Laubardemont, l'agent de Richelieu; à Berlin, Carpzow, qui juge sous le règne du grand Électeur de Brandebourg Frédéric-Guillaume; à Londres, Jeffreys, le grand chancelier de Jacques II, passeraient aujourd'hui pour des tyrans frénétiques atteints de folie sanguinaire; c'étaient simplement des magistrats obéissant aux idées de leur milieu et appliquant le droit répressif de leur temps.

20. En 1532, sous Charles-Quint, la Caroline, œuvre de Schwarzenberg; en 1670, sous Louis XIV, l'Ordonnance Criminelle due à l'impulsion de Colbert sont la codification écrite de ce droit et constituent un progrès en ce sens qu'elles introduisent l'ordre légal là où régnait le chaos. La Caroline surtout est une œuvre de conciliation et de modération.

21. Néanmoins, jusqu'à la Révolution française, le droit répressif reste barbare; il a en outre pour caractéristique l'inégalité dans l'application du droit, suivant la condition sociale du coupable, et l'arbitraire dans l'application de la peine suivant la volonté du juge.

Voltaire a appelé les magistrats de son temps « des barbares en robe », et tenant compte des lois de l'imitation, on peut se demander jusqu'à quel point le pouvoir judiciaire, en habituant le peuple aux supplices et au mépris de la souffrance et de la vie humaines, et en devenant une école de cruauté, n'a pas eu sa part d'influence dans les orgies sanglantes de 1793.

SECTION III

Période humanitaire.

22. La philosophie du XVIII^e siècle s'élève contre cet empirisme féroce et donne l'essor au grand mouvement humanitaire moderne.

Différents courants ont contribué à le produire.

En Allemagne, il y a, dès le XVII^e siècle, un précurseur, Grotius, et plus tard, Thomasius et Wolff qui, au nom du droit naturel, combattent le formalisme étroit de la justice répressive; Kant et Fichte à leur tour projettent sur les abus du droit pénal de leur époque la lumière de la liberté morale.

En Angleterre, Bentham, en France, les Encyclopédistes Diderot, d'Alembert, Helvétius, d'Holbach, Voltaire, protestant, au nom du principe d'utilité, contre les horreurs de la doctrine de l'expiation.

En Italie, Beccaria et Filangieri émeuvent les penseurs par l'accent sincère de leur enthousiasme humanitaire.

Enfin, les représentants du despotisme éclairé, Frédéric le Grand et Joseph II, Catherine de Russie et Léopold de Toscane, ont donné le premier coup de pioche au régime ancien, et les hommes de la Révolution ont achevé le travail.

La plupart des novateurs en ces matières ont été des philosophes et des publicistes; les juristes ont eu un rôle effacé. Quoi qu'il en soit, les efforts ont convergé vers le même but: opposer à la brutale tradition de l'empirisme et de la force les droits inaliénables de l'individu doué de raison et d'intelligence. Celui-ci

était méconnu, sacrifié, livré au bûcher, à la roue, au gibet, à l'écartèlement, à la question. — On l'a relevé de sa déchéance, on a voulu respecter en lui sa dignité d'être libre et pensant, l'intégrité de sa personne.

23. La réforme que la bourgeoisie issue du mouvement d'idées de 1789 a propagée et défendue, est une réforme à la fois métaphysique et philanthropique.

24. Elle est métaphysique, car l'homme étant investi d'une volonté consciente et libre, le délit est une erreur passagère de cette volonté qui a choisi le mal alors qu'elle pouvait choisir le bien.

25. Elle est philanthropique et humanitaire, car l'erreur de la volonté peut être redressée par une peine en rapport avec la nature rationnelle de l'homme. Il ne faut plus inutilement atteindre le délinquant dans sa personne physique, il suffira de le priver de sa liberté. Il ne faut plus le faire souffrir, il faut l'amender; de là le régime pénitentiaire conçu en vue de donner au coupable l'éducation et de trouver le chemin de son cœur et de sa raison. C'est la doctrine de l'amendement.

26. L'école humanitaire a eu une action considérable sur le siècle qui vient de s'écouler. Elle a inspiré la plupart des codes qui ont réglé le droit de punir en Europe; elle a adouci les peines, construit les prisons qui s'élèvent dans le monde entier, restreint les cas d'application de la peine de mort ou aboli cette peine; favorisé l'éclosion de toutes les mesures qui pouvaient contribuer au relèvement et au reclassement du condamné. On ne saurait assez louer l'esprit de charité et de fraternité dont elle a fait preuve. Le sentiment de pitié sociale qui a succédé à la dureté et à la rigueur de l'ancien régime est l'honneur de notre époque.

27. Mais l'école humanitaire a un défaut; elle a procédé par voie d'abstraction et de généralisation.

Elle a procédé par voie d'abstraction; elle a conçu le délinquant, non comme un être vivant et agissant, mais comme un type abstrait imaginé par la raison en dehors de la réalité des choses; elle a conçu le délit non comme une portion de cette réalité, mais comme une formule juridique abstraite inscrite dans un code; elle a conçu la peine, non comme une défense appropriée à l'attaque, mais comme un système abstrait dû à la science des criminalistes. Et toute la justice pénale s'isolant ainsi de la vie universelle est contenue dans les livres; tout le droit pénal devient une scolastique stérile qui atteint la surface, mais ne pénètre pas le fond des choses.

Elle a procédé par voie de généralisation: prenant pour point de départ le type fictif et conventionnel de l'homme raisonnable, elle a supposé tous les délinquants coulés dans le même moule et susceptibles d'être amendés par la même peine; la prison, et en particulier la prison cellulaire, est devenue le pivot du système répressif, la pénalité unique; elle n'a pu tenir compte de l'infinie variété de la nature humaine, des catégories multiples de délinquants que l'on rencontre.

28. Aussi l'école humanitaire n'a pas répondu aux espérances du début du siècle. La criminalité, loin de céder, s'est considérablement accrue.

La récidive s'est élevée parfois jusque 80 p. c. de la population criminelle (1).

(1) La proportion des récidives est un phénomène rassurant révélant la localisation et la spécialisation du crime, mais elle dément les théoriciens de l'amendement des coupables.

Partout la criminalité a progressé, et la petite criminalité a doublé et triplé pendant le dernier quart du siècle.

Enfin, la précocité des délinquants a également augmenté et l'on a signalé, dans la plupart des pays, que les criminels débutent de plus en plus jeunes dans la voie du mal.

La statistique nous démontre que la vie et la propriété sont plus menacées aujourd'hui qu'il y a un demi-siècle (1).

SECTION IV

Période contemporaine.

29. La science pénale contemporaine mettant à profit les leçons de l'expérience, veut, pour combattre efficacement la criminalité, en mieux pénétrer les causes et la nature et en mieux saisir les rapports avec l'ensemble des phénomènes sociaux.

Elle se manifeste à nous comme école anthropologique et comme école sociologique.

30. Pour l'école anthropologique, le délit n'existe pas sans le délinquant, et l'on ne peut pas plus étudier le délit *in abstracto*, que l'on ne pourrait étudier la maladie sans le malade ou les conditions du travail sans le travailleur.

(1) Il faut avoir soin, pour ne pas exagérer, de mettre en regard de ces résultats l'accroissement de la population, le développement des richesses et de la prospérité, la précision de l'outillage judiciaire qui constate mieux les infractions, mais même en tenant compte de ces progrès de l'activité utile, il est encore vrai que l'activité nuisible a augmenté.

31. Pour l'école sociologique, si le délit se rattache au délinquant, le délinquant à son tour se rattache à son milieu. Le législateur pénal ne saurait pas plus concevoir l'auteur d'une infraction placé en dehors des conditions de la vie que le physicien ne prendrait pour base de ses recherches la molécule isolée de la matière. L'homme appartient au milieu social comme la molécule à la matière; le malfaiteur comme l'honnête homme font partie du monde qui les entoure.

§ 1^{er}. École anthropologique.

32. L'étude de la nature humaine date en un certain sens de la Renaissance, elle n'a pénétré dans le droit pénal que tout récemment.

En médecine, on ne connaissait que les maladies; en psychiatrie, on ne connaissait que la folie, on cherche aujourd'hui à connaître les malades et les fous. En droit pénal, on ne connaissait que le crime abstrait, on cherche à connaître le délinquant et à fixer le type du criminel.

L'école italienne, avec Lombroso, Ferri, Garofalo, est l'initiatrice de ces doctrines, comme elle a été, avec Beccaria et Filangieri, l'initiatrice du droit pénal classique.

33. Pour résumer les travaux de l'école italienne, il faut noter qu'elle admet cinq catégories de délinquants :

Les délinquants nés ou instinctifs;

Les délinquants par habitude acquise;

Les délinquants par passion;

Les délinquants d'occasion;

Les délinquants aliénés.

Les *délinquants nés* constituent le groupe le plus

caractérisé de l'école anthropologique; elle leur attribue, au point de vue physique, les indices du type de régression ou du sauvage : le front fuyant, étroit et plissé, les arcades sourcilières saillantes, les mâchoires très fortes, les oreilles écartées et en forme d'anses, l'asymétrie crânienne et faciale, la moindre capacité du crâne, le prognatisme, l'ambidextrie, etc. L'école signale chez eux l'absence héréditaire de sens moral, l'imprévoyance et l'insensibilité; ce sont des brutes et des fainéants, qui ne distinguent pas l'homicide et le vol d'une industrie quelconque; ils sont délinquants comme d'autres sont travailleurs, et la prison est le risque inhérent à l'entreprise, parfois même le gîte assuré. Ils ont de la peine et du délit une conception absolument opposée à celle que le législateur leur suppose. Ils se font remarquer encore par leur précocité; l'école italienne soutient qu'ils naissent délinquants et les considère comme incorrigibles. Ce sont les inadaptables héréditaires.

Les *délinquants d'habitude* constituent la catégorie la plus nombreuse des délinquants contre la propriété. Sans avoir d'une façon aussi précise les caractères anthropologiques dont nous venons de parler, ils acquièrent, très jeunes, l'habitude du délit et deviennent bientôt voleurs de profession. Le délinquant né subit l'influence de l'hérédité; le délinquant d'habitude subit surtout l'influence du milieu. Sa faiblesse morale, jointe aux circonstances ambiantes, en fait un voleur et un vagabond; en général, il est, dès son enfance, dressé à la mendicité et à la fainéantise; l'alcoolisme et la prostitution achèvent de le former au mal. Ces deux groupes, *délinquants nés* et *délinquants d'habitude*, arrivent donc, par l'effet de causes physiologiques ou sociales, au même résultat : ce sont

les récidivistes; ils trouvent dans le délit une profession, et la justice, en les frappant de petites peines, fait ordinairement, en ce qui les concerne, une œuvre absolument vaine. Ce sont les inadaptables sociaux.

Le *délinquant d'occasion*, au contraire, n'a pas de tendance naturelle au délit; l'instinct du mal existe chez le criminel né, il se forme chez le criminel d'habitude; le premier n'a pas et l'autre perd le sens de l'ordre social. Le délinquant d'occasion n'a qu'une faiblesse du sens moral, il manque à la fois de force de résistance aux influences externes et de prévoyance au sujet des conséquences de ses actes. L'impulsion la plus légère peut l'amener à céder à la tentation, et la misère, les chances d'impunité, le climat, la simple tendance même à l'imitation peut être la cause de l'infraction.

Le *délinquant par passion* est une variété du délinquant d'occasion; il se rencontre surtout parmi les délinquants qui attentent aux personnes; ils agissent sous l'empire d'un mouvement soudain, d'un emportement irréfléchi, de la colère, de l'amour, de la haine, de la jalousie, etc. Ils sont, en général, dans la force de l'âge, ils ont le tempérament sanguin ou nerveux, et, bien loin de manifester de l'insensibilité, ils montrent souvent une sensibilité très grande; après le crime le remords apparaît, et la vie normale reprend son cours. Les observateurs superficiels s'appuient sur ces phénomènes pour conclure, lorsqu'il s'agit de ces délinquants, que c'est la prison qui les a amendés.

Enfin, la catégorie des *délinquants aliénés* comprend toutes les variétés de malades : les fous par hérédité, par dégénérescence, par alcoolisme ou accident, les épileptiques, etc. L'école italienne y ajoute parfois, sous le

nom de *mattoïdes*, la zone intermédiaire, avec les nuances variées qui, dans la réalité plus que dans le langage, vont de l'homme sain d'esprit au dément.

34. L'école psychique ou de médecine mentale, représentée par Maudsley en Angleterre, Krafft Ebbing et Benedikt en Autriche, Forel et Delbrück en Suisse, Magnan et Garnier en France, est encore une variété spéciale de l'école anthropologique.

Elle s'est surtout préoccupée de la zone intermédiaire; elle constate chez certains criminels une anormalité psychique qui rompt l'équilibre mental sans aller jusqu'à la folie. Cette défectuosité psychique est tantôt de la neurasthénie physique (faiblesse congénitale ou épuisement prématuré du système nerveux), tantôt de la neurasthénie morale (impuissance à résister aux tentations malsaines), elle est toujours un péril, car elle révèle chez l'homme l'absence de cette faculté de prévoyance et d'empire sur soi-même qui proportionne et règle les actions.

L'alcoolisme, dont les ravages en Belgique sont effrayants et qui a considérablement accru les cas de folie et d'épilepsie, a accru également le nombre des dégénérés, des déséquilibrés et des anormaux de toute nature.

La syphilis a de son côté une influence sur la criminalité.

35. La classification de l'école anthropologique est trop absolue; ses affirmations quant au type du criminel ne sont trop catégoriques (1); mais l'école a eu le mérite de

(1) Voy. plus loin l'étude du récidiviste, livre V, chapitre III, section I, § 1^{er}, n^o 496.

démontrer l'insuffisance de la conception du code pénal basée sur le type conventionnel et abstrait du coupable.

Elle a fait apparaître avec une lumineuse évidence la nécessité d'opérer entre les délinquants une division fondamentale et de les séparer en trois groupes comprenant : le premier, les délinquants primaires ou d'occasion; le deuxième, les délinquants professionnels ou d'habitude; et le troisième, les délinquants anormaux ou défectueux.

36. Les délinquants primaires ou d'occasion constituent la minorité des coupables; leur vie est régulière, leurs instincts sont bons, mais une passion soudaine, un entraînement irréflecti, un affaissement passager de la volonté les a, sous l'empire d'une sorte de fièvre ou d'un oubli momentané de leur devoir, poussés au délit. Ce délit est un accident dans leur existence qui, l'accès une fois passé, reprend sa marche ordinaire.

37. Les délinquants de profession ou d'habitude forment la grande majorité des condamnés. Si, pour l'école anthropologique, ils représentent le type de régression ou du sauvage, les forces élémentaires et irréductibles évocatrices des âges lointains, pour le juriste, ils sont, au sein de la société régulière, les classes dangereuses ou criminelles, où se confondent la misère et le vice, la débauche et la paresse, l'alcoolisme et la prostitution.

Chez le récidiviste, il n'y a ni oubli ni entraînement passagers, mais tendance permanente au délit; si l'on ne commet pas toujours le crime pour le crime, on profite de toute occasion pour le commettre; ce sont les antisociaux normaux qui font de la criminalité une entreprise.

38. Parmi les délinquants d'habitude enfin, il y a à

Il est nécessaire de les grouper à part, parce que la peine ne peut avoir sur eux aucune action efficace, et que la théorie de l'amendement moral qui a inspiré les pénologues du XIX^e siècle n'a, en ce qui les concerne, aucune portée pratique.

Leur nature les rend en effet insensibles à toute tendance réformatrice basée sur les sentiments normaux de l'homme ordinaire. Ce sont les alcooliques, les impulsifs, les dégénérés, les neurasthéniques, les épileptiques, les individus atteints de faiblesse intellectuelle, etc., tous les défectueux dont l'anormalité ne va pas jusqu'à la folie.

Les criminalistes doivent être d'accord avec les médecins pour reconnaître qu'à cette catégorie il faut un régime spécial, que l'on peut appeler régime de préservation, et qui doit avoir pour but de les mettre dans l'impossibilité de nuire (1).

§ 2. *L'école de sociologie criminelle.*

39. L'école de sociologie criminelle étudie l'influence du milieu comme l'école d'anthropologie criminelle étudie le délinquant. L'influence du milieu a été signalée au siècle dernier par Montesquieu, dans notre siècle par Taine, mais la sociologie criminelle proprement dite a son origine en Belgique, car c'est un Belge illustre, Quetelet, qui, dans ses *Essais de physique sociale* (2), a montré la constance du penchant au crime, la régularité de la courbe de la criminalité, l'action sur la criminalité

(1) A. DELBRÜCK, *Gerichtliche Psychopathologie*. Leipzig. 1847, I, 22.

(2) A. QUETELET, *Sur la possibilité de mesurer l'influence des causes qui modifient les éléments sociaux*. Bruxelles, 1832; A. QUETELET, *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l'homme*. Bruxelles, 1869.

des faits économiques et des phénomènes naturels, tels que les saisons et le climat (1).

Il y a un milieu social normal, favorable à la santé morale et où le penchant au crime se développe avec peine; il y a un milieu social malsain où le penchant au crime trouve un terrain propice; et le délit est ainsi un fait social en connexion avec l'organisation sociale.

40. Pour l'école sociologique, il y a dans chaque infraction, à côté du facteur individuel, de l'âge, du caractère, du tempérament, des dispositions personnelles, le facteur collectif ou social, c'est-à-dire le milieu, les lois générales de l'humanité; et les classes criminelles dans leur ensemble apparaissent comme un des phénomènes les plus douloureux et les plus durables de l'histoire du monde.

41. Mais la constance du penchant au crime n'a pas un sens absolu.

(1) Les pays chauds, avec leurs saisons brûlantes, leurs récoltes abondantes, les facilités qu'elles offrent à la consommation, aiguissent surtout les passions et favorisent les attentats contre la vie et les mœurs. Il y a actuellement en Italie seize fois plus d'homicides qu'en Angleterre, neuf fois plus qu'en Belgique et cinq fois plus qu'en France.

Les pays froids, avec leurs années rigoureuses, leurs périodes de disette, les difficultés de l'existence, se distinguent surtout par les atteintes à la propriété.

Les cartes dressées par Guerry montrent la prédominance des vols dans le Nord, des homicides et des attentats aux mœurs dans le Midi. Les statistiques de Ferri, de Garofalo, de Denis d'Yvernés établissent que les années de disette multiplient les vols, et les années de prospérité, les meurtres et les viols. Plus l'homme se nourrit abondamment, plus augmentent ses forces organiques, et il acquiert un excédent de vigueur se dépensant en attentats contre les personnes. Les délits contre les personnes, dit Schaeffle, augmentent quand la vie devient plus facile. Ferri a trouvé, pour la période de 1848 à 1852, en France, un accroissement de crimes contre les personnes coïncidant avec un accroissement dans la consommation de la viande et du vin.

Elle signifie simplement qu'en prenant un milieu social déterminé, on trouve un rapport entre ce milieu et sa criminalité, que les occasions de crime y sont rares ou fréquentes, et que la proportion des individus qui succombent peut être approximativement fixée.

Toutefois d'abord la loi des grands nombres qui permet de fixer une proportion de délinquants, ne permet jamais de déterminer quels individus figureront dans la proportion.

Ensuite le milieu lui-même est loin de rester invariable : des diverses conditions physiques, morales et sociales, combinées avec les tendances individuelles, se dégagent un niveau de criminalité qui s'élève ou s'abaisse suivant les cas et subit à travers les âges l'influence de l'évolution historique. Au lieu de l'immobilité nous constatons dans ce domaine une mobilité extrême.

42. Ce que le droit moderne appelle *crime* est, au début, une impulsion instinctive; il ne s'y attache aucune idée de culpabilité; l'homme primitif attachant un grand prix à la force, en use conformément à son intérêt et à ses appétits. Et le caractère licite ou illicite des actions étant toujours déterminé par l'opinion dominante du groupe dont on fait partie, à l'origine les actes illicites sont très rares et l'idéal des peuples barbares est très étroit. Il tend surtout à l'élimination des faibles et à la survie des plus vigoureux : un chef de clan ou de tribu vit de pillages et d'attaques, et est d'autant plus honoré qu'il est plus agressif. Ce n'est que peu à peu que l'humanité arrive à la notion de la protection des faibles contre les forts, à la conception du droit et à la répudiation du crime. L'expérience apprend à la société l'impossibilité pour elle de tolérer

la violence et la fraude, la nécessité de l'ordre public et l'utilité d'en fixer les conditions dans des textes de lois.

43. Dans cette marche en avant, la criminalité subit des transformations incessantes. Chaque période de l'histoire, chaque nation a son caractère propre, et son genre de civilisation qui réagit sur son genre de criminalité. Dans l'Inde, le vol des métaux, l'insolence d'un soudra, donnant un avis au brahmane; en Égypte, la mort donnée à un chat (animal consacré), l'observation par le prêtre des prescriptions relatives à la nourriture sont autant de crimes punis de mort. A Sparte, l'infanticide et l'avortement, à Athènes, la pédérastie et la piraterie étaient des faits tolérés. Partout l'on admet les homicides en l'honneur des dieux; la légende glorifie Agamemnon sacrifiant Iphigénie ou Abraham sacrifiant Isaac.

En Europe, la criminalité se transforme aussi à travers les siècles. Le moyen âge est brutal; c'est l'époque des guerres privées, des combats singuliers, des attentats violents contre la vie et la propriété; d'autre part les ordres errants donnent à la mendicité, aujourd'hui réprimée, un caractère régulier. A la fin du moyen âge, le commerce se développe, la brutalité n'est plus la source unique des crimes, la ruse fait son apparition et, en même temps que les mers s'ouvrent à l'esprit d'aventure, l'on voit naître la piraterie et la contrebande. Enfin, à notre époque, les sentiments humains prennent leur essor, la violence diminue de plus en plus, mais le développement du capital et des sociétés anonymes, la cupidité, l'habileté, provoquent à leur tour une criminalité nouvelle, basée sur la fraude.

44. La civilisation n'en a pas moins exercé sur la

criminalité une influence bienfaisante. D'abord, elle l'a localisée en la reléguant dans certains groupes sociaux et, notamment, dans les bas-fonds de la société; répandue jadis dans tout l'organisme social, elle est resserrée aujourd'hui et cantonnée dans les classes criminelles.

Ensuite, elle l'a atténuée par le progrès des arts, des sciences, de l'industrie, offrant des débouchés nouveaux, multipliant les occasions d'activité honnête et accroissant le rôle de l'intelligence au détriment de la force.

Mais, dans ce rythme lent qui marque l'amélioration des instincts de l'homme, il y a des vibrations multiples, c'est-à-dire des périodes de troubles et d'agitations, succédant à des périodes de sécurité et de calme. L'époque Mérovingienne, la guerre de Cent ans, les guerres de religion, la Renaissance italienne, la Révolution de 89 sont, notamment, des dates de recrudescence de criminalité. La fin du XIX^e siècle se signale aussi par cette recrudescence, et, si trois siècles de police, de gendarmes, de discipline et d'efforts ont amorti en nous la fougue des passions natives, les causes économiques et sociales ont rendu une grande importance aux classes criminelles.

45. L'accroissement de la criminalité à notre époque est dû en premier lieu à l'énorme développement des villes dépeuplant les campagnes et attirant les énergies pour le mal comme pour le bien. La population urbaine a débordé; la place a manqué et il s'est formé un prolétariat livré à toutes les fluctuations économiques et fournissant au vagabondage et à la criminalité un terrain propice.

46. Il faut noter en second lieu les appétits énormes éveillés dans la société actuelle; la sensualité excitée par

le développement des richesses; l'avidité, le goût et la facilité des spéculations; le contraste entre le luxe et la pauvreté; les nécessités inéluctables du *struggle for life* en face de la concentration des capitaux.

Les législations ont sacrifié les campagnes et l'agriculture aux villes et à l'industrie; dans les villes, elles ont négligé l'enfance et l'apprentissage; elles ont abandonné le jeune ouvrier aux excitations de la rue et de l'atelier, à la promiscuité des taudis; ainsi se sont accrus les instincts criminels et s'est formé ce que M. G. Le Bon (1) appelle un « déchet inutilisable ». C'est là le ferment le plus actif de la criminalité.

47. Ces constatations ont leur contre-coup sur les conditions de la répression. La criminalité ayant des causes sociales, on doit la combattre par des moyens sociaux et à cet égard les mesures préventives ont plus de portée que les mesures répressives, au même titre que l'hygiène préventive l'emporte sur le remède.

48. L'hygiène préventive dans le domaine de la criminalité comprend des moyens nombreux au premier rang desquels on peut citer :

Une politique économique fournissant le pain à bon marché et une législation sur les habitations ouvrières procurant au prolétaire à un prix modique, avec l'air, la lumière, l'eau potable, un intérieur qui ne lui fait regretter ni le cabaret ni la cellule confortable de la prison; des unions professionnelles conservant à l'ouvrier moderne ce qu'il y avait de bon dans la vie corporative d'autrefois, c'est-à-dire le contrôle mutuel et l'assistance mutuelle; une organisation de la bienfaisance publique

(1) G. LE BON, *Psychologie du socialisme*. Paris, 1898, p. 414.

garantissant le secours aux vrais indigents et non aux paresseux rebelles au travail; une législation sur les assurances ouvrières contre la maladie, l'accident, la vieillesse; le combat contre l'alcoolisme, cette intarissable source de criminalité; la protection, l'éducation physique et morale de l'enfance abandonnée et une instruction populaire surtout professionnelle, et variant suivant qu'elle s'adresse aux campagnes ou aux centres industriels; la lutte contre la presse licencieuse qui empoisonne l'âme populaire; des efforts constants pour empêcher les villes d'attirer toutes les énergies d'un pays, pour repeupler les campagnes abandonnées et rendre la vigueur à la petite industrie. La distribution de la force motrice électrique à domicile, telle qu'elle existe à Genève, paraît de nature à transformer les conditions de la vie industrielle.

49. A côté de la prévention, la répression apparaît comme un mal nécessaire, comme un expédient auquel il faut recourir en dernier ressort. Un système pénal quelconque est surtout un frein pour les hésitants, un moyen de mettre à l'écart les dangereux, il est rarement un moyen de régénération pour les malfaiteurs.

50. Quoi qu'il en soit, la justice pénale, même dans ce rôle accessoire, a son utilité et son efficacité à condition de s'inspirer des réalités concrètes qui l'entourent. Pour exercer sa mission d'une façon salutaire, le juge n'a pas uniquement à constater la réunion des éléments de la définition théorique du délit, mais aussi à apprécier la nature plus ou moins antisociale du délinquant et le degré d'intensité du mobile antisocial qui le pousse comme les conditions du milieu où il vit

51. Pour atteindre le but, il ne suffit pas de substi-

tuer à une vaine scolastique juridique, une scolastique médicale tout aussi vaine réclamée par l'école anthropologique. On ne résoud pas le problème en se perdant dans la recherche de données anatomiques, biologiques, physiologiques, psychiatriques qu'il est impossible de réunir et pour l'examen desquelles le magistrat devrait avoir une culture encyclopédique. Nous verrons dans quelles conditions le juriste doit avoir recours au médecin. Mais on améliore déjà le fonctionnement de la justice en multipliant les tribunaux locaux, en décentralisant la justice, en mettant le juge près des justiciables, en rapport intime avec la population où il doit exercer son ministère et qu'il peut étudier et connaître. On remplace ainsi le tribunal impersonnel et symbolique qui siège dans les grands centres, et juge à distance et sur pièces, par le magistrat local qui juge d'après les règles du bon sens et du cœur, avec l'expérience des hommes et de la vie. La multiplication des juges locaux est conforme aux lois de l'organisation sociale : la santé résulte de la plénitude de la vie et la vie ne s'isole pas sur les sommets; elle est répandue dans tout l'organisme. La justice, comme la vie, doit être répandue dans tout le corps social.

52. Au point de vue moral, notons dès à présent qu'en adoptant ce qu'il y a de fondé aussi bien dans les doctrines de l'école anthropologique que dans les doctrines de l'école sociologique, on ne détruit pas l'individualité et son libre développement et l'on ne réduit pas le délinquant au rôle d'agent passif victime d'un penchant irrésistible ou d'un milieu tout-puissant.

On peut affirmer au contraire que les études contemporaines agrandissent le champ d'action de la lutte

contre le mal et assignent à cette lutte un but plus élevé. L'école anthropologique a mieux fait connaître l'homme dans son organisation complexe, l'école sociologique a mieux fait connaître les conditions au milieu desquelles il se débat, mais l'une et l'autre ont aussi, par là même, mieux fait comprendre le rôle de la volonté et de la liberté dans les destinées humaines; l'une et l'autre ont montré que toute l'éducation sociale doit être un immense effort pour fortifier la volonté individuelle et accroître ainsi la liberté individuelle et pour élever de plus en plus l'individu vers les régions de la loi morale.

CHAPITRE II

POINT DE VUE DOCTRINAL

53. Après avoir examiné le développement historique du droit pénal en Europe, nous devons rechercher sa justification théorique.

La philosophie du XVIII^e siècle a engendré de nombreuses doctrines sur la légitimité du droit de punir; la philosophie du XIX^e siècle et l'action du parlementarisme ont à leur tour multiplié les écoles.

Pour les grouper, il suffit de rappeler les quatre principes essentiels qui aux différentes époques de la culture européenne, ont successivement donné leur empreinte au droit pénal.

54. Le principe de la réparation sociale caractérise les premiers siècles de notre histoire; il n'établit aucun lien entre la loi pénale et la loi morale; au point de vue politique, il laisse prédominer l'intérêt familial sur l'intérêt social à une époque où l'État, n'ayant pas encore pris

conscience de lui-même, n'est pas encore l'organe de l'intérêt public.

55. Le principe de l'expiation ou de l'intimidation légué par le droit pénal des peuples de l'Orient et de l'empire romain, apparaît chez nous au moyen âge avec la notion d'une autorité publique de droit divin, chargée de venger l'offense à la divinité. Elle confond dans la même conception absolue la loi pénale, la loi morale et la loi divine, et n'impose dès lors aucune limite à la répression qui doit, pour elle, refléter l'infini et Dieu même.

56. Le principe de l'amendement apparaît au XVIII^e siècle avec la philosophie individualiste et rationaliste. La loi morale détachée de la loi religieuse se confond avec les règles de la raison. Le droit pénal fondé sur la perfectibilité de l'homme, être de raison, reflète les écarts de sa raison.

Cette conception du droit de punir qui se meut dans les régions de l'abstraction, limite cependant la répression à ce qui est utile à l'homme raisonnable et conduit peu à peu à l'adoucissement des peines.

57. Enfin, la science moderne considère le droit de punir non comme un droit absolu, mais comme un droit relatif de défense sociale et de protection sociale, ayant pour but la défense et la protection des intérêts sociaux (1).

Chez un peuple où tous les individus seraient absolu-

(1) HENRI FERRI, *Sociologie criminelle*. Paris, 1893; VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin, 1896; VAN HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*. Harlem, 1895; PRINS, *Criminalité et répression*. Bruxelles, 1886; etc.

ment parfaits; la loi pénale et la loi morale seraient aussi absolument adéquates et se couvriraient réciproquement:

Mais au-dessous de l'idéal inaccessible de moralité, il y a pour chaque peuple un idéal relatif qu'il essaie d'atteindre et de conserver par tous les moyens mis à sa disposition.

Il emploie, dans ce but, les forces libres qu'on appelle la philosophie, le sentiment religieux, la science, l'art, le droit, la charité, et qui constituent un ensemble d'efforts spontanés vers le bien.

Ensuite, au-dessous de cet idéal relatif, chaque peuple conçoit encore un minimum de moralité sociale dont l'existence lui paraît liée à l'existence même de l'ordre; c'est ce minimum qu'il traduit en formules dans un code pénal et qu'il fait respecter par la contrainte. La contrainte, c'est la réaction sociale ou la peine opposée à l'action antisociale ou au délit et, en ce sens, le code pénal est un acte de défense sociale.

La théorie de la défense sociale d'ailleurs n'est pas exclusive: elle reconnaît ce qu'il y a de fondé dans les théories antérieures et ne nie pas que chacune d'elles ne puisse, à un certain degré, protéger les intérêts sociaux pourvu qu'au lieu de la généraliser et de l'appliquer à tous les cas, on la spécialise et on l'applique à des cas particuliers.

Ainsi la théorie de la défense sociale distingue les diverses catégories de délinquants; elle admet l'intimidation et la sévérité quand cela est nécessaire; elle admet l'amélioration et l'indulgence quand cela est possible; elle admet la réparation du tort causé à la victime dans la mesure où le comporte notre organisation écono-

mique et proclame que le rétablissement du droit reste théorique aussi longtemps que le préjudice subsiste.

58. De plus, elle tient compte des rapports qui existent entre la misère, la dégénérescence, la maladie, les infirmités et le crime, et elle constate qu'en présence de certaines catégories d'incapables et d'anormaux, la justice répressive doit parfois se transformer en protection sociale et en préservation sociale. La grandeur de la justice, c'est de devenir alors d'autant plus efficace comme défense sociale qu'elle est plus réellement protectrice et préservatrice.

58 bis. La mission du législateur est de réunir ces tendances et ces aspirations variées en un ensemble harmonique et rationnel construit sur les réalités de la vie.

Nous n'avons pas à faire table rase de la succession des âges; il faut profiter de toute parcelle de vérité contenue dans les leçons du passé et rattacher le droit nouveau au droit ancien en reconnaissant que toute tradition a d'abord été un progrès comme tout progrès est toujours une tradition qui commence.

CHAPITRE III

LE CODE PÉNAL BELGE

59. Nos provinces ont d'abord été régies par la loi salique. Au moyen âge elles furent soumises à un droit local et coutumier; jusqu'au xvi^e siècle, les juges répressifs recouraient au droit romain, au droit canon, aux ordonnances, aux coutumes et aux chartes.

A partir du xvi^e siècle, apparaissent des essais de codification écrite: sous Charles-Quint, l'ordonnance de

1532, sous Philippe II, celle de 1570, sous Albert et Isabelle, l'Édit perpétuel de 1611 deviennent sources législatives en matière pénale.

Marie-Thérèse et Joseph II tentent des réformes partielles de la législation pénale.

Mais jusqu'à la Révolution française, la Belgique ne possède pas de code pénal véritable, applicable à toutes les parties du pays.

La situation se modifie après 1789 : les provinces belges, occupées à la fin de 1792 par les armées françaises, furent, par un décret du 9 vendémiaire an iv (1^{er} octobre 1795), réunies à la France et toutes les lois françaises publiées depuis 1789 y devinrent immédiatement obligatoires, et avec elles notamment le code pénal de 1791, œuvre de l'Assemblée constituante.

Le sort du pays devait rester jusqu'en 1815 lié à celui de la France; la Belgique reçut donc les lois napoléoniennes et fut soumise, comme tous les peuples qui, de Rome à Hambourg, faisaient partie de l'Empire français, au célèbre code pénal de 1810.

A la dislocation de l'Empire, la Belgique fut réunie à la Hollande et constitua le royaume des Pays-Bas. Le gouvernement des Pays-Bas modéra le taux des peines et abolit la confiscation générale des biens, sans toucher aux bases essentielles du code de 1810.

Enfin, en 1830, la Belgique ayant acquis son indépendance, le Congrès national proclama la nécessité d'une législation nationale et la Constitution de 1831 prescrivit la révision des codes. Elle eut soin d'ailleurs de supprimer immédiatement elle-même la mort civile et de maintenir la suppression de la confiscation générale des biens.

Les travaux de révision du code pénal de 1810 commencèrent en 1834 et un premier projet de révision fut élaboré par une commission spéciale.

En 1848, un arrêté royal chargea une commission où figuraient MM. Haus et Nypels, des travaux préparatoires de la révision. Après dix-huit années d'études et de discussions, l'on a abouti au code du 8 juin 1867, actuellement en vigueur. Le code pénal français avait régi la Belgique pendant cinquante-six ans.

60. Le code pénal de 1810 était surtout une œuvre de despotisme et de réaction : Rossi a pu dire que le législateur du code de 1810 frappait en masse avec une sorte de laisser-aller. La peine de mort était prodiguée et parfois accompagnée de mutilations; le code conservait les peines afflictives et infamantes, la confiscation générale, la mort civile, la marque, le carcan; la surveillance de la haute police de l'État; les peines étaient excessives et les faits élevés au rang de crimes et de délits étaient loin d'être tous punissables en eux-mêmes. Les idées de Beccaria avaient eu peu d'action sur l'esprit de Napoléon I^{er}.

Le code pénal belge de 1867 s'inspire d'une tendance toute différente; il est une œuvre d'optimisme et d'humanité, d'espérance et de foi dans la perfectibilité de l'homme. Il adoucit toutes les aspérités du code de 1810.

Mais il a paru à une époque où il ne pouvait tenir compte du courant intense de transformation qui depuis lors a fait entrer le droit pénal dans des voies nouvelles. Il y a rupture d'équilibre entre les principes anciens immobilisés par les textes de la loi positive et la science pénale contemporaine en avance sur ces textes. Nous

avons pour tâche au cours des pages qui vont suivre d'indiquer ces divergences.

CHAPITRE IV

DROIT PÉNAL PARTICULIER

61. Le code pénal belge de 1867 établit les principes généraux qui concernent les infractions et leur répression; il règle la punition des faits dont la criminalité est toujours la même, et qui peuvent être commis par tous. Il répond à des besoins permanents et invariables et comprend certaines lois complémentaires telles que la loi du 12 mars 1858 réprimant les crimes et les délits qui portent atteinte aux relations internationales et la loi du 7 juillet 1875 punissant les offres ou propositions de commettre certains crimes; ces lois sont censées faire partie du code pénal de 1867.

Mais le code pénal ne serait pas maniable et n'aurait aucune stabilité si, outre quelques lois complémentaires, il devait encore comprendre une quantité de prescriptions particulières à certaines classes de citoyens ou à certains objets spéciaux, ou à certains besoins variables et temporaires qui peuvent à tout moment attirer l'attention du législateur. Il y a donc, à côté du code pénal commun, un droit pénal spécial.

62. Le droit pénal spécial comprend :

a. Les lois spéciales proprement dites; nous citerons notamment :

Le code pénal militaire du 27 mai 1870 qui comprend soixante-deux articles et prévoit les infractions qui peuvent être commises par des militaires, en tant que

militaires. Les militaires ne sont d'ailleurs pas soustraits à l'application des lois pénales communes. Si l'infraction n'est prévue que par le code pénal de 1867, on applique ce dernier; si elle est prévue par le code pénal commun et par le code pénal militaire, on applique la loi militaire qui est plus sévère.

L'article 58 du code pénal militaire, contrairement à l'article 5 du code pénal commun, porte que les dispositions du livre I^{er} du code pénal ordinaire auxquelles il n'est pas dérogé par le code pénal militaire lui-même, seront appliquées aux infractions militaires.

Le code rural du 7 octobre 1886.

Le code forestier du 19 octobre 1854.

La loi sur la chasse du 28 février 1882.

La loi sur l'ivresse publique du 16 août 1887.

La loi sur la répression du vagabondage et de la mendicité du 27 septembre 1891.

La loi sur la réglementation du paiement des salaires aux ouvriers du 16 août 1887.

La loi du 13 décembre 1889 sur le travail des femmes, des adolescents et des enfants dans les établissements industriels.

Les lois fiscales dont la plus importante est la loi du 26 août 1822.

b. Les arrêtés royaux ou règlements généraux, les règlements provinciaux, les règlements communaux et les ordonnances de police dont les prescriptions peuvent être sanctionnées par des peines et font alors partie du droit pénal spécial.

63. La coexistence du droit pénal commun et du droit pénal spécial fait naître deux questions relatives aux rapports entre le code pénal de 1867 et les lois spéciales.

A. La première de ces questions, c'est la mesure de l'application des principes généraux du code pénal aux infractions prévues par ces lois spéciales. Elle est tranchée par l'article 100 du code pénal.

Le livre I^{er} du code pénal contient toutes les règles générales dont nous allons aborder l'étude. Elles s'appliquent naturellement aux infractions prévues par le code pénal au livre II (titres I^{er} à X). Faut-il étendre ces règles multiples aux nombreuses infractions prévues par les lois particulières? Il résulte du texte de l'article 100 du code pénal que, dans le silence de la loi particulière, on applique les dispositions du livre I^{er} du code pénal. Si au contraire, la loi spéciale contient des dispositions contraires aux prescriptions du livre I^{er}, ces dispositions contraires seules sont en vigueur.

Tel est le principe. L'article 100 y établit une double dérogation.

En premier lieu, ne s'appliquent pas aux infractions spéciales les prescriptions du code pénal concernant la participation, les causes de justification résultant du jeune âge ou du surdo-mutisme et le droit pour le juge de réduire les peines correctionnelles en cas de circonstances atténuantes.

En second lieu, les juges ne peuvent appliquer les dispositions générales du livre I^{er} quand cette application peut avoir pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux (1).

(1) Il eût été avantageux, comme le disait M. Nothomb, *Ann. parl.*, 24 avril 1861, p. 1201, d'avoir une législation criminelle, claire et nette, dominant toute la matière répressive, sans distinguer entre le code pénal et les lois spéciales. Mais cela était impossible. Pour arriver à l'unité, il eût fallu faire un travail de coordination et d'adaptation com-

Quant aux infractions militaires, l'article 58 du code pénal militaire de 1870 dispose que toutes les prescriptions du livre I^{er} du code pénal ordinaire auxquelles le code pénal militaire ne déroge pas, sont également applicables aux infractions militaires. Il déroge ainsi à l'article 5 du code pénal de 1867 qui dit le contraire.

B. La seconde des questions relatives aux rapports du droit pénal commun et du droit spécial est celle de savoir quand les lois et règlements particuliers antérieurs au code pénal de 1867, et punissant des infractions non prévues par ce code, sont encore en vigueur. Cette question est tranchée par l'article 6 du code pénal.

Il ne parle, bien entendu, que des lois particulières et des règlements particuliers que l'on observait encore lors de la mise en vigueur du code de 1867. Il s'ensuit que l'on ne peut plus invoquer chez nous les dispositions des codes antérieurs au code de 1867, ces codes étant des lois générales et non des lois particulières. Les lois et règlements particuliers ne peuvent être invoqués que quand ils régissent des matières que le code ne règle pas, c'est-à-dire que le code passe sous silence ou sur lesquelles il n'a pas un ensemble de dispositions; car une matière n'est pas réglée, quand le code pénal n'a, à cet égard, que des dispositions isolées. Le fait que le code

portant la revision de toutes les matières spéciales. Les Chambres ont reculé devant cette tâche considérable et ont essayé de réaliser l'harmonie entre le droit commun et le droit spécial par l'unique rédaction de l'article 100 du code pénal. Ce procédé empirique de simplification a échoué. M. NYPÉLS, *Le code pénal belge*, t. I^{er}, p. 224 et suiv., montre que, dans beaucoup de cas, l'article 100 est inutile, et, dans d'autres cas, inapplicable. Pour les articles 2, 3, 4, 70, 71, 75, 91 et suiv., l'article 100 est inutile. — Pour les articles 1^{er}, 5, 7, 16, 17, 25, § 1^{er}, 28, 38, §§ 1^{er} et 2, la déclaration de l'article 100 n'est pas d'application pratique.

pénal a une disposition (art. 545) sur la suppression des arbres plantés pour établir des limites entre les héritages, n'empêche pas l'application du code forestier de 1854 qui règle la matière.

Le mot *matière* de l'article 6 désigne une espèce d'infraction et non un genre d'infraction, c'est-à-dire que le code pénal qui règle le genre d'infractions appelé *vol* n'empêche pas la répression de l'espèce de vol appelée *enlèvement d'arbres, plants, bois, etc.*, et incriminée par le code forestier.

LIVRE PREMIER

La loi pénale

CHAPITRE PREMIER

LA LOI PÉNALE

64. L'exercice du droit de punir est subordonné à la condition que les délits et les peines soient fixés à l'avance par la loi.

Ce principe proclamé par la *Déclaration des droits de l'homme* (art. 4, 5, 7, 8), a passé dans toutes les législations; il est consacré en Belgique par l'article 9 de la Constitution, l'article 2 du code pénal et l'article 364 du code d'instruction criminelle.

La loi pénale est donc une déclaration du pouvoir législatif qui fait connaître quels sont les actes dont le citoyen doit s'abstenir ou quels actes il doit accomplir sous la menace d'un mal appelé peine (1).

(1) Le principe doit naturellement être entendu dans l'esprit de notre droit public, qui permet au pouvoir exécutif de régler par des arrêtés l'application des lois d'intérêt public et qui délègue aussi à l'autorité administrative le droit d'assurer par des pénalités légères dans des limites précises l'exécution de ses règlements. Ces mesures sont prises en vertu de la loi et font, nous l'avons vu plus haut, partie du droit pénal.

65. Toute loi pénale renferme deux éléments essentiels :

Le dispositif dans lequel le législateur formule les conditions d'existence des actes illicites ;

La sanction par laquelle il formule la peine infligée à celui qui agit ou s'abstient dans les conditions déterminées par la loi.

66. Il ne faut pas perdre de vue une vérité qui a été pour la première fois mise en lumière dans une étude de Binding (1) : La loi pénale ne crée pas le délit. Elle en reconnaît d'une façon expresse l'existence, mais le délit est la violation d'un principe qui est en dehors et au-dessus de la prescription du texte législatif, et auquel ce dernier se rapporte.

Il y a des actes contraires au droit : le vol, l'homicide, le mensonge, etc. La loi pénale seule peut faire de ces actes des délits en les frappant de peines. Et l'expression *nulla poena sine lege* ne signifie pas qu'il n'y a pas d'acte illégal sans peine; elle signifie seulement qu'il n'y a pas de délit quand le législateur ne commine pas une peine.

67. Un code pénal suppose toujours l'existence de principes généraux auxquels il se réfère et sans lesquels il ne s'expliquerait pas.

Ainsi l'article 393 du code pénal disant : « L'homicide commis avec intention de donner la mort est qualifié meurtre. Il sera puni de travaux forcés à perpétuité », implique la préexistence du principe général : « Il est défendu de tuer. »

L'article 461 du code pénal disant : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appar-

tient pas est coupable de vol », suppose la préexistence du principe général : « Il est défendu de voler. »

CHAPITRE II

MODES D'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE

68. La loi pénale restreignant la liberté des citoyens doit être claire et précise. Mais ses formules générales s'appliquant à la multiplicité des faits de la vie sociale, doivent être interprétées.

Il y a quatre espèces d'interprétation :

1° *L'interprétation authentique* ou par voie d'autorité; elle émane du pouvoir qui a pris la disposition légale.

En vertu de l'article 28 de la Constitution, c'est le pouvoir législatif qui seul donne l'interprétation authentique. La loi du 7 juillet 1865 accorde ce droit à la cour de cassation en cas de conflit entre des corps judiciaires;

2° *L'interprétation doctrinale*; elle est l'œuvre des juristes et des tribunaux; sauf le cas rappelé plus haut de conflit tranché par la cour de cassation conformément au texte de la loi du 7 juillet 1865, la jurisprudence n'a qu'une autorité de raison; elle n'a pas de force obligatoire;

3° *L'interprétation logique*; elle est l'explication raisonnée du texte légal d'après l'intention du législateur recherchée dans l'ensemble des textes de la loi, dans l'Exposé des motifs de cette loi, dans les rapports faits aux Chambres et dans les discussions parlementaires.

4° *L'interprétation grammaticale* est d'un usage fréquent. Elle résulte de l'examen des termes dont le légis-

(1) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen*. Leipzig, 1890.

lateur s'est servi ; si le sens légal n'est pas fourni par la loi elle-même ou par les travaux législatifs, il faut s'attacher au sens consacré par le langage technique ou par le langage ordinaire.

69. La loi du 18 avril 1898 consacre le caractère officiel du texte flamand des lois. Les lois sont votées, sanctionnées, promulguées et publiées dans les deux langues. En cas de doute, les contestations basées sur la divergence des textes sont décidées d'après la volonté du législateur, déterminée suivant les règles ordinaires d'interprétation, sans prééminence de l'un des textes sur l'autre (art. 7 de la loi).

70. En règle générale, il faut suivre en droit pénal les procédés ordinaires d'interprétation.

Il y a toutefois, en matière pénale, deux maximes qui sont propres à cette matière :

a. La première, c'est que quand le juge ne parvient pas à pénétrer l'esprit de la loi et l'intention du législateur, c'est l'interprétation la plus favorable à l'accusé qui doit prévaloir. Pour cela, il ne suffit pas que le sens de la loi soit douteux, ce qui oblige simplement à recourir à l'un des quatre modes d'interprétation indiqués ci-dessus ; il faut que l'obscurité soit réelle, et que les procédés ordinaires d'interprétation ne suffisent pas à faire apparaître nettement la pensée du législateur.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la règle *in dubio pro reo*, et dans le cas de flagrant délit ou d'aveu ou quand il s'agit de délinquants de profession, il est conforme à la justice que la présomption favorable à l'accusé cède à la réalité des choses (1).

b. La seconde maxime, c'est que contrairement au principe de l'interprétation en matière civile, le juge répressif n'a pas le pouvoir d'interpréter la loi pénale extensivement ou par analogie.

Dans le silence de la loi positive, le juge civil doit recourir à l'équité ou à l'analogie ; le droit romain autorisait l'application de la loi pénale par analogie ; l'ancien droit recourait au droit romain ou à la coutume ; le droit belge s'en tient strictement au principe que le droit pénal est écrit et dans le silence de la loi pénale positive, le juge ne peut juger.

Toutefois M. Haus fait remarquer que les lois qui concernent les causes de justification, les excuses et les circonstances atténuantes doivent recevoir une application extensive en faveur de l'accusé quand leur motif s'étend au delà de leurs termes (1) (art. 70, 71, 72, 76, 411, 413 et 417 du code pén.).

CHAPITRE III

DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI PÉNALE

71. La force obligatoire de la loi pénale peut être examinée à trois points de vue :

- Par rapport au temps où l'infraction a été commise ;
- Par rapport aux personnes auxquelles elle s'applique ;
- Par rapport au lieu où l'infraction a été commise.

(1) H. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, 1893, p. 434.

(1) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I^{er}, p. 102, et note 7.

SECTION PREMIÈRE

Par rapport au temps.

72. L'étude de la force obligatoire de la loi pénale par rapport au temps soulève trois questions :

§ 1^{er}. A quelle époque la loi nouvelle devient-elle obligatoire?

§ 2. S'applique-t-elle aux faits antérieurs à cette époque?

§ 3. A quel moment cesse-t-elle d'être obligatoire?

§ 1^{er}. *A quelle époque la loi pénale devient-elle obligatoire?*

73. La loi pénale, comme toute autre loi, ne devient obligatoire que par sa promulgation. A moins de disposition contraire spéciale, les lois et arrêtés royaux sont obligatoires le dixième jour après celui de leur publication au *Moniteur*; les règlements provinciaux le huitième jour après celui de l'insertion au *Mémorial administratif*; les règlements communaux le cinquième jour après leur publication.

Passé ces délais, les lois et règlements sont réputés connus de tous et nul n'est censé les ignorer. C'est là une fiction, car peu nombreux sont ceux qui lisent les lois dans les recueils où elles paraissent et l'on se rapproche beaucoup plus de la publicité en proclamant la loi à son de trompe à la porte des hôtels de ville et des églises et en les affichant dans les communes.

§ 2. *Non-rétroactivité de la loi pénale.*

74. La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif. En droit public où parfois le progrès et la justice exigent la transformation du droit existant, l'indemnité est le mode juridique d'application rétroactive de la loi aux faits accomplis. (Exemple : la Prusse indemnisant la noblesse du sacrifice des corvées; l'Angleterre indemnisant les propriétaires d'esclaves.) Et dans ces conditions, Savigny admet la rétroactivité (1) des lois.

Mais en droit pénal, la rétroactivité atteignant les actes passés d'un individu, est impossible. C'est anéantir toute sécurité, toute liberté individuelle, et la *Déclaration des droits de l'homme* elle-même consacre le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. Un acte toléré aujourd'hui ne peut pas être demain rétroactivement incriminé. L'article 2 du code pénal proclame cette vérité d'une façon expresse en disant : « Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise. »

75. Toutefois, en ce qui concerne la peine, l'alinéa 2 de l'article 2 apporte au principe une restriction conforme à la nature des choses en admettant qu'une loi nouvelle établissant une peine moins forte que la loi ancienne, s'applique à tous les faits non encore jugés au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle.

(1) SAVIGNY, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 4; ANDLER, *Origines du socialisme d'État*, p. 118.

Le législateur déclarant lui-même que la peine portée par la loi ancienne était inutile à la défense sociale, il n'y a plus aucune espèce de raison pour l'appliquer.

C'est ainsi que le code pénal de 1867 étant devenu obligatoire le 8 juin 1867, les juges ont appliqué les peines nouvelles les moins fortes à tous les faits non encore jugés.

C'est ainsi que la loi du 31 mai 1888 établissant les condamnations conditionnelles dans le système pénal, a pu être appliquée immédiatement à tous les faits non encore jugés au moment où cette loi est devenue obligatoire.

76. Au point de vue de la gravité relative des peines, il y a d'abord la gradation naturelle des peines consacrées par l'article 1^{er} du code pénal : peines criminelles, correctionnelles et de police; et en ce qui concerne les peines criminelles, la gradation établie par l'échelle pénale de l'article 7 du code pénal.

Notons que la prison est une peine plus sévère que l'amende.

Notons aussi qu'une loi qui élève le minimum et abaisse le maximum de la peine portée par la loi ancienne, est plus douce que celle-ci, puisque le minimum d'une peine peut toujours être abaissé à raison des circonstances atténuantes; c'est-à-dire que le minimum étant considéré comme ayant le moins de fixité, c'est le maximum qu'il faut prendre comme mesure de comparaison. (Cour de cassation de Belgique, 17 décembre 1867.)

77. Quand deux lois portent des peines principales et accessoires, il faut, pour apprécier le degré de sévérité de ces lois, considérer les peines principales et ce n'est

que si les peines principales sont identiques, qu'il faut tenir compte des peines accessoires (1).

Toutes ces questions d'ailleurs sont d'une solution aisée et n'ont de véritable importance pratique qu'à l'époque de la promulgation d'un code pénal nouveau.

78. Il va de soi que les principes qui viennent d'être exposés ne concernent ni les lois interprétatives, ni les lois de procédure, ni les lois d'organisation judiciaire. Dans ces matières en effet, il n'y a pas de droits acquis et ces lois sont immédiatement applicables à toutes les causes qui ne sont pas irrévocablement jugées.

79. Il peut être intéressant de signaler ici que le projet de code pénal russe de 1882, dans son article 12, admet l'application des lois pénales nouvelles à tous les faits qui n'étaient pas encore jugés au jour de la mise en vigueur des lois nouvelles. Il autorise seulement le tribunal, dans le cas où la loi nouvelle porte une peine plus sévère, à faire usage des circonstances atténuantes (2).

§ 3. De l'époque à laquelle la loi pénale cesse d'être obligatoire.

80. En principe, on doit ici se référer aux règles générales qui dominent toutes les parties de la législation. On rencontre, en droit pénal comme ailleurs, l'abrogation expresse, tacite, partielle, totale. Il faut

(1) Si l'emprisonnement est cumulé avec d'autres pénalités, l'emprisonnement est la peine principale.

(2) *Strafgesetzbuch für Russland*. Entwurf der Redaktionskommission. Allgemeiner Theil. Erläuterungen von Dr. X. Gretner. Saint-Petersbourg, 1882.

seulement, dans l'application des lois anciennes, veiller à ne plus appliquer des peines devenues incompatibles avec les principes généraux du droit actuel; par exemple, quelques lois remontant à l'ancien régime et restées en vigueur commencent des amendes arbitraires, c'est-à-dire des amendes à arbitrer *ex æquo et bono* par le juge. Une telle amende ne saurait plus être infligée chez nous, parce que, d'après les principes fondamentaux du code pénal belge, les amendes sont toujours fixées par la loi. Il en résulte que les tribunaux, chaque fois qu'ils se trouvent en présence d'une amende arbitraire, se contentent d'appliquer l'amende la moins élevée du code pénal, c'est-à-dire l'amende de police.

§ 1. Il est des lois provoquées par des circonstances exceptionnelles et destinées à disparaître avec elles. Ce sont les lois dites *de circonstance*; par exemple le décret du gouvernement provisoire du 6 octobre 1830, autorisant la police de Bruxelles à expulser arbitrairement les étrangers qui, à son avis, ne possédaient pas des moyens suffisants d'existence. Ce décret, provoqué par les besoins de la période révolutionnaire, a évidemment cessé d'exister au moment de l'établissement du gouvernement définitif. Mais il n'est pas toujours aussi facile de voir si une loi est ou n'est pas une loi de circonstance. On peut citer, comme exemple, la loi du 10 vendémiaire an iv, qui déclare les communes civilement responsables des crimes de pillage et de dévastation perpétrés sur leur territoire, à moins qu'elles ne prouvent qu'elles ont fait tout ce qui dépendait d'elles pour les empêcher.

Cette même loi dispose que les communes sont obligées de payer le double du dommage causé.

Evidemment cette loi a été provoquée par les fréquents pillages qui avaient lieu en l'an iv. Mais est-elle réellement une loi de circonstance?

La jurisprudence belge répond négativement. Elle décide que cette loi est toujours en vigueur, parce que, quoique provoquée par certaines circonstances, elle renferme une règle permanente toujours utile. Cette jurisprudence est fondée. Il ne suffit pas, en effet, qu'une loi soit provoquée par certaines circonstances; car, dans ce cas, toutes les lois indistinctement seraient des lois de circonstance. Pour qu'une loi présente évidemment ce dernier caractère, il faut deux choses :

A. Des circonstances spéciales ayant provoqué la formation de cette loi;

B. La volonté expresse ou tacite du législateur de faire cesser l'action de la loi au moment où cessent les circonstances qui ont provoqué sa formation. Cette dernière condition n'existe pas à l'égard de la loi du 10 vendémiaire an iv.

§ 2. Quelquefois on promulgue des lois temporaires, en ce sens que la loi renferme l'indication du moment où elle cessera d'être en vigueur; par exemple la loi du 25 juillet 1834, relative aux manifestations orangistes, portait qu'elle cesserait d'être en vigueur le jour de la conclusion d'un traité de paix avec la Hollande.

§ 3. L'abrogation par désuétude n'existe pas en Belgique. Comme la coutume ne saurait créer la loi, la coutume contraire ne saurait l'abroger. Une longue inapplication de la loi peut tout au plus être envisagée comme circonstance atténuante.

SECTION II

De la force obligatoire de la loi pénale quant aux personnes.

84. L'ancien droit laissait un certain délai aux étrangers pour acquérir la connaissance des lois pénales dites de droit positif.

L'article 3 du code pénal consacre le principe du droit moderne qui soumet à la loi pénale belge, sans distinction de nationalité, tous ceux qui commettent une infraction sur le territoire du royaume.

Chaque État exerce la justice répressive dans la plénitude de son indépendance (1) et l'étranger n'a jamais le droit de réclamer à raison de sa nationalité des faveurs que la loi pénale belge n'accorde pas.

85. Il y a toutefois, au principe proclamé par l'article 3 du code pénal, des exceptions fondées les unes sur le droit public interne, les autres sur le droit des gens.

§ 1^{er}. *Exceptions basées sur le droit constitutionnel.*

86. L'article 63 de la Constitution consacre l'inviolabilité absolue de la personne du roi.

L'inviolabilité de la personne du souverain consacrée par le droit romain de l'Empire (*princeps legibus solutus*), est admis de même par le droit constitutionnel anglais (*the king can do no wrong*). Le régime républicain lui-même l'adopte. Le président de la république, en France, n'est pénalement responsable qu'en cas de haute

trahison (art. 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875) (1).

87. Le principe de l'inviolabilité royale qui est un privilège du monarque dans la monarchie absolue, est une nécessité du système dans la monarchie constitutionnelle. Il est lié à la théorie de l'indépendance réciproque des trois pouvoirs, et entraîne par voie de conséquence l'indépendance du chef du pouvoir exécutif vis-à-vis du pouvoir judiciaire. La considération qu'il faut garantir, le libre exercice de la puissance exécutive l'emporte sur toute autre considération. On ne peut séparer la personne du roi du dépositaire du pouvoir exécutif, et le mécanisme même des institutions s'oppose à ce que les tribunaux répressifs condamnent le chef de l'État, puisque les arrêts de la justice sont exécutés en son nom et par son ordre (2).

88. L'article 44 de la Constitution consacre l'inviolabilité limitée des membres des deux Chambres, qui ne peuvent être poursuivis ou recherchés à l'occasion de leurs opinions, ou de leurs votes émis dans l'exercice de leurs fonctions.

Le principe de l'irresponsabilité légale des représentants de la nation qui garantit la libre manifestation de leurs pensées et de leurs vœux, nous vient du droit constitutionnel anglais; il a été proclamé en France sur la proposition de Mirabeau à l'Assemblée constituante, le 23 juin 1789; il a depuis passé peu à peu dans la

(1) Le droit public allemand au moyen âge fait exception. Il admet que le souverain soit attiré devant le tribunal royal. Bulle d'or, 1356. Voy. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 116, note.

(2) THONISSEN, *La constitution belge annotée*. Bruxelles, 1874, p. 196.

(1) A. RIVIÈRE, *Principes du droit des gens*. Paris, t. II, p. 308.

législation politique des pays à régime parlementaire (1).

L'article 44 n'exige pas que les membres des Chambres aient parlé dans l'enceinte du palais de la Nation ; il suffit qu'ils aient parlé dans l'exercice de leurs fonctions.

Il ne faut pas confondre cette immunité restreinte avec l'inviolabilité personnelle des membres des deux Chambres, garantie par l'article 45 de la Constitution, qui préserve ces membres pendant la durée de la session de toute arrestation ou poursuite en matière répressive, et qui est du domaine de la procédure pénale.

§ 2. *Exceptions basées sur le droit des gens.*

89. Le souverain étranger qui passe ou séjourne dans le pays et qui ne voyage pas incognito, jouit, à condition qu'il soit souverain régnant et reconnu, d'une sécurité spéciale. Il est inviolable tant à cause de sa souveraineté que de l'indépendance de l'État étranger dont il est la personnification (2).

Il a l'exterritorialité et est soustrait à la justice pénale comme à la justice civile.

En 1873, le roi des Pays-Bas se trouvant incognito à Clarens, en Suisse, fut condamné à une amende de police. Il renonça à son incognito et l'amende fut levée (3).

90. Les agents diplomatiques à partir du moment où, agréés et accrédités, ils se sont fait connaître en leur

qualité sur le territoire, jouissent de l'inviolabilité, et se réclament de l'exterritorialité. L'agent diplomatique est censé se trouver domicilié dans le territoire de l'État qu'il représente, et est soustrait à l'action de la juridiction pénale du pays auprès duquel il est accrédité.

Ce privilège est très ancien ; il est expliqué par Grotius ; il est motivé, comme tous les privilèges des agents diplomatiques, par le fait qu'ils ne doivent pas être entravés dans leur mission (*ne impediatur legatio*), et qu'il faut respecter l'indépendance des États dans la personne de leurs représentants ; on y ajoute les exigences des règles de courtoisie et d'amitié découlant de la communauté des intérêts internationaux (1).

De nombreux exemples historiques cités par M. Rivier, *Principes du droit des gens* (p. 490, t. I^{er}), prouvent que, dans les trois derniers siècles, ces immunités ont toujours été respectées.

91. Il faut comprendre, parmi les agents diplomatiques, les ambassadeurs, les ministres plénipotentiaires, les ministres résidents, les chargés d'affaires, les attachés militaires, nonces, internonces, attachés de légation, secrétaires d'ambassades, courriers et parlementaires. Il faut y joindre les consuls quand leur gouvernement leur a confié des fonctions diplomatiques.

L'immunité s'attache aux membres de la famille de l'agent et au personnel officiel. Le personnel non officiel même en profite avec certaines distinctions suivant les pays (2).

(1) THONISSEN, *La constitution belge annotée*, p. 160.

(2) A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 416.

(3) A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 415.

(1) A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 476.

(2) L'immunité du personnel non officiel existe dans l'intérêt de l'agent et pour que celui-ci ne puisse être privé de ses serviteurs, etc. —

92. Elle ne crée pas le danger de l'impunité pour le délit commis, puisque l'agent est censé avoir agi sur son propre territoire et est justiciable de la justice de son pays.

Elle ne crée pas le danger de voir l'agent braver la justice de l'État auprès duquel il est accrédité, puisque l'État peut prendre des mesures de conservation, demander le rappel de l'agent, et, selon les cas, le faire arrêter et conduire à la frontière.

93. Le navire de guerre est une portion flottante du territoire étranger; c'est une forteresse flottante. Il représente l'indépendance de l'État auquel il appartient et jouit de l'exterritorialité de la façon la plus complète.

94. Le navire de commerce bénéficie également de l'exterritorialité; il est une portion flottante du territoire de la nation à laquelle il appartient, et il est soustrait à la juridiction pénale de la nation dans les eaux de laquelle il se trouve. Mais ici le droit des gens apporte au principe de l'immunité une restriction. Car le navire de commerce ne reflète pas au même titre que le navire de guerre la souveraineté de l'État étranger.

Pour que la justice pénale belge soit désarmée devant un navire de commerce étranger dans les eaux belges, il faut :

- a. Que la paix du port ne soit pas troublée;
- b. Que l'infraction ne soit pas dirigée contre la sûreté

L'agent diplomatique est donc libre de faire cesser l'immunité en ce qui les concerne. Dans tous les cas, il semble rationnel d'admettre que, quand un membre du personnel non officiel appartient à la nation auprès de laquelle l'agent diplomatique est accrédité, l'immunité en général ne doit pas exister. (A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 492.)

de l'État belge ou contre la foi publique (code de proc. pén., loi du 17 avril 1878, art. 6, 1^o et 2^o);

c. Que l'infraction ait été commise à bord du navire et par un homme de l'équipage contre un autre homme de l'équipage (1);

d. Que le navire étranger ait fait en entrant dans les eaux belges les déclarations requises.

95. Les armées ou corps d'armée en pays étranger non ennemi s'y trouvant pour y tenir garnison, l'occuper ou le traverser, jouissent de l'exterritorialité.

Les militaires restent soumis à leur juridiction nationale et la justice pénale du territoire occupé ne peut intervenir que si la tranquillité publique est troublée, ou si la victime du délit est un non-militaire;

Bien entendu, il ne s'agit pas ici de l'occupation d'un territoire ennemi; elle reste soumise aux lois de la guerre.

96. Les membres de certaines commissions internationales permanentes, comme la commission européenne du Danube, et d'autres qui sont des autorités revêtues de mandats officiels, jouissent de l'inviolabilité et de l'exterritorialité (2).

SECTION III

De la force obligatoire de la loi pénale quant au territoire.

97. La loi pénale est territoriale en ce sens qu'elle s'applique à tous ceux qui se trouvent sur le territoire. Mais la territorialité de la loi pénale ne peut plus

(1) Même dans ce cas, la justice territoriale serait compétente si son secours était réclamé.

(2) RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 565.

s'entendre en ce sens qu'elle s'arrête aux limites du territoire.

L'ancienne controverse entre les partisans de la théorie de la justice absolue permettant de punir le coupable partout où il se trouve, par cela seul qu'il a mal agi, et les partisans de la théorie qui restreint strictement le droit de punir que possède un État au territoire de cet État, n'a plus de raison d'être.

Le principe de la justice absolue qui punit uniquement parce que le mal doit être expié, même quand aucune atteinte n'est portée aux intérêts sociaux, et le principe de la justice territoriale qui s'arrête à l'endroit où cesse la souveraineté territoriale et fait de chaque État un organisme isolé sans rapports avec les autres États, ont tous les deux plié devant les idées nouvelles.

98. A une Europe formée de souverains appliquant la maxime : « Chacun pour soi », a succédé, surtout depuis le XVII^e siècle et le traité de Westphalie, la conception d'un équilibre européen et d'un droit européen. On voit apparaître et grandir l'idée de l'aide judiciaire internationale. Les législations des peuples civilisés modernes concourent de plus en plus à un but que l'on peut définir ainsi : empêcher, quand la tranquillité publique y est intéressée, que l'éloignement du coupable du lieu de la perpétration du délit ne devienne un obstacle à la répression.

99. Les conséquences de cette tendance sont les suivantes :

Premièrement, la frontière d'un État n'est plus dans tous les cas une limite à sa puissance répressive ;

Secondement, les exigences de la justice absolue ne suffisent plus à légitimer la répression ; il faut que l'or-

dre public y soit intéressé et cette condition peut exister indépendamment des territoires où le délit a été perpétré.

Troisièmement, le territoire d'un État ne peut plus dans tous les cas servir de lieu d'asile aux délinquants étrangers qui voudraient, en s'y réfugiant, s'assurer l'impunité pour des infractions commises hors du pays de refuge.

100. En conformité de ces vues, nous rencontrons dans la loi positive plusieurs catégories de dispositions :

1^o En principe, la loi pénale s'applique à toutes les infractions commises par des Belges ou par des étrangers sur le territoire belge réel ou fictif (1) (art. 3 du code pén.);

2^o La loi pénale s'applique, dans certains cas déterminés, à des infractions commises hors du territoire du royaume par des Belges ou par des étrangers (art. 4 du code pén., et 6 à 14 du code de proc. pén. du 17 avril 1878);

3^o Pour assurer la répression des infractions, les États se prêtent une assistance réciproque et se livrent mutuellement les délinquants qui veulent se soustraire à la peine par la fuite en pays étranger (loi d'extradition du 15 mars 1874);

4^o On peut indirectement rattacher à cette question une mesure qui sous le nom de droit d'expulsion attribue à un État la faculté de se débarrasser de certains étrangers dangereux.

Nous avons à examiner successivement ces différents ordres d'idées.

(1) Le territoire fictif doit être compris conformément à la notion admise en droit des gens.

§ 1^{er}. *La loi pénale est territoriale.*

INFRACTIONS COMMISES SUR DEUX TERRITOIRES

101. L'article 3 du code pénal punit les infractions commises sur le territoire belge. Il faut comprendre parmi ces infractions celles qui se composent de faits accomplis en partie sur le territoire belge et en partie sur le territoire étranger, quand il y a entre ces faits un enchaînement réel et qu'on peut les considérer comme formant un tout indivisible.

Le coupable, placé sur le territoire belge, tue d'un coup de fusil sa victime qui se trouve de l'autre côté de la frontière sur le territoire hollandais. Il y a entre ces faits un lien indivisible; le crime est consommé aussi bien aux yeux du juge hollandais qu'aux yeux du juge belge, et le coupable peut être poursuivi en Hollande s'il passe la frontière, comme il peut être poursuivi chez nous s'il reste en Belgique.

On peut naturellement citer beaucoup d'exemples d'infractions qui, grâce à la facilité actuelle des communications de pays à pays, se commettent ainsi sur plusieurs territoires (1) et où le résultat voulu par l'auteur est atteint à une grande distance de l'endroit où il agit.

On envoie de Belgique des machines infernales, des engins ou matières explosibles, des poisons qui tuent la victime à l'étranger. On écrit en Belgique et l'on rend public à l'étranger un article calomnieux qui déshonore une personne se trouvant à l'étranger. La solution est

(1) Voy. ces exemples dans VAN HAMEL, *Inleidng tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*. Haarlem, 1895, p. 205.

simple et les faits forment un tout indivisible; une machine infernale est envoyée le 1^{er} juin d'Anvers à New-York et le 15 juillet, elle tue à New-York le destinataire (1). L'homicide est consommé le 15 juillet; il peut être puni en Belgique. Si l'on soulève dans la doctrine des discussions théoriques, c'est que l'on perd de vue le but pratique à atteindre, c'est-à-dire veiller, toutes les fois que cela est conforme à l'intérêt public et aux principes généraux du droit, à ce que la frontière ne devienne pas un obstacle à la répression. Le principe ici, c'est que l'action et l'effet ne peuvent être ni matériellement ni idéalement séparés; l'intérêt public, c'est qu'il ne faut pas laisser de tels crimes impunis.

102. Les conditions nécessaires ne se rencontrent plus quand il s'agit de délits collectifs ou d'habitude, de délits connexes, ou bien d'actes de participation commis par certains des participants en Belgique, par d'autres à l'étranger. Dès lors, il n'y a pas d'enchaînement réel entre la cause et le résultat; les faits sont différents ou les auteurs sont différents; si les actes commis en Belgique sont punissables comme tels, on les punit; mais les actes commis à l'étranger ne sont pas censés commis en Belgique.

§ 2. *Cas où la loi pénale s'applique en dehors du territoire.*

INFRACTIONS COMMISES SUR LE TERRITOIRE ÉTRANGER

103. La loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale, énumère dans ses

(1) Exemple donné par VON LISZT, *Deutsches Strafrecht*, p. 136.

articles 6 à 14 les cas où l'on peut poursuivre en Belgique des crimes ou des délits commis hors du territoire du royaume.

104. Limiter les lois pénales au territoire, c'est proclamer cette thèse irrationnelle que les lois sont faites pour le territoire et non pour les individus (1).

Assurément on ne saurait admettre d'une façon absolue que la loi pénale suive le national partout où il se trouve et que chaque État, représentant au même degré la culture morale du monde, doive exercer le droit de punir en dehors de ses frontières sans restriction aucune (2).

105. Mais le principe de la défense sociale qui justifie le droit de punir à l'intérieur du territoire, le justifie également pour des actes coupables commis hors du territoire. L'État a le droit de punir quand la conservation de son ordre public l'exige, et cette condition est indépendante du territoire; elle ne se rencontre pas toujours quand l'infraction est commise à l'étranger, mais elle existe dans certains cas, et c'est pour ce motif que la poursuite des délits commis à l'étranger est soumise à des règles indiquées dans la loi de 1878 qui précise ces cas.

106. En outre, les devoirs de l'aide judiciaire internationale, le maintien, au point de vue international, des principes fondamentaux de l'ordre public, exigent qu'un coupable ne puisse, par le simple retour dans sa patrie, échapper à la répression d'une infraction commise hors du

(1) NYPELS, *Commentaire du code de procédure pénale*. Bruylant, 1896, p. 9.

(2) VON LISZT, p. 105.

territoire. Sans cela, les États ne livrant pas leurs nationaux aux gouvernements étrangers, la rentrée dans son pays d'un malfaiteur qui a agi hors de son pays, serait pour le coupable une garantie certaine d'impunité.

L'Angleterre et les États-Unis (1) semblent vouloir s'en tenir au principe de la stricte territorialité de la loi pénale tandis que les autres nations penchent vers l'extension de l'action publique à des faits accomplis en dehors des limites territoriales (2). Ce dernier système répond seul aux nécessités de notre époque et à la facilité avec laquelle les citoyens des divers États peuvent circuler à travers le monde. Pour qu'un pays obtienne d'ailleurs qu'un État poursuive, dans certains cas, ses nationaux qui ont été commettre des infractions à l'étranger, il doit donner l'exemple et la Belgique est entrée dans cette voie de la façon la plus nette dès 1836.

Actuellement, la loi belge de 1878 qui règle la matière, repose sur les bases suivantes :

107. L'infraction perpétrée hors du royaume peut être un crime contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État belge, un crime ou un délit contre la foi publique belge, c'est-à-dire la contrefaçon ou la falsification de monnaies ayant cours légal, de papiers nationaux, d'effets émis par des administrations ou des établissements publics, la contrefaçon des sceaux, timbres, poinçons et marques de l'État, des administrations ou établissements publics. Dans ce cas, l'État belge a un intérêt direct et vital à la répression; il est attaqué dans son existence et

(1) Criminal code bill commission. Report of the royal commission. London, 1871.

(2) VON LISZT, p. 109; VAN HAMEL, p. 143.

son crédit. Et que le coupable soit un Belge ou un étranger; qu'il se tienne hors du pays ou qu'il y rentre, la justice belge a le droit de le poursuivre. L'absence du coupable ne peut qu'entraver l'exercice de la justice sans porter atteinte au droit de punir. Telle est la portée de l'article 6 (1^o et 2^o) et de l'article 10 de la loi.

108. Si au contraire, on contrefait ou falsifie à l'étranger des monnaies n'ayant pas cours légal en Belgique ou des papiers, effets, sceaux, timbres, etc., d'un pays étranger, l'intérêt direct de l'État belge à la répression n'existe pas. Toutefois, il apparaît non plus comme intérêt direct, mais comme intérêt indirect, le jour où, si le coupable est belge, il revient dans le pays, car alors sa présence sur le territoire est une atteinte au crédit public international. Donc, en cas de retour, la poursuite peut avoir lieu pourvu que l'autorité étrangère donne à l'autorité belge un avis officiel qui la renseigne, car la justice belge peut ignorer l'existence du délit et doit éventuellement se procurer les éléments de la poursuite. (C'est l'article 6, § 3^o, qui répond à cette hypothèse.)

109. S'il s'agit d'infractions commises hors du territoire du royaume par un Belge contre des particuliers, l'État belge n'a plus un intérêt immédiat à la répression; il a un intérêt indirect naissant de la présence du coupable. C'est le retour du coupable dans sa patrie qui constitue l'atteinte à l'ordre public. Ce retour justifie la poursuite parce que l'impunité serait une cause de trouble et de scandale.

110. Les articles 7, 8 et 9 prévoient différentes hypothèses et il y a à faire entre elles une distinction rationnelle.

S'il s'agit d'un crime ou d'un délit commis hors du territoire du royaume par un Belge contre un Belge, la seule présence du coupable en Belgique suffit à autoriser la poursuite, car l'État, en agissant alors, protège ses nationaux (art. 7 et 12) qui, à l'étranger, sont victimes d'infractions.

S'il s'agit d'un crime ou d'un délit commis hors du territoire du royaume par un Belge contre un étranger, l'intérêt de l'État belge étant encore plus indirect, la loi exige, pour la poursuite, la réunion de conditions plus nombreuses :

A. D'abord, elle détermine les infractions qui seules permettent la poursuite :

Ce sont :

1^o Les crimes et les délits prévus par la loi d'extradition de 1874, c'est-à-dire ceux qui, étant commis hors du pays par un étranger réfugié chez nous, donneraient lieu à l'extradition de l'étranger (art. 8);

Il est naturel en effet que la loi déclarant indigne de notre hospitalité l'étranger qui, après avoir commis ces faits au dehors, se réfugierait chez nous, elle ne puisse accorder l'impunité à un Belge qui rentrerait en Belgique après avoir commis ces mêmes faits à l'étranger.

2^o Certains délits en matière de duel (art. 8);

3^o Les infractions en matière forestière rurale, de pêche ou de chasse, qui se commettent aux frontières, entretiennent dans les populations des frontières des habitudes de rapine et deviennent souvent l'occasion de rixes et de violences (art. 9).

B. Ensuite elle exige, pour autoriser la poursuite, que le coupable soit trouvé en Belgique.

Que l'offensé ait porté plainte ou que l'autorité étrangère ait donné un avis officiel à l'autorité belge.

En ce qui concerne les infractions en matière forestière, rurale, de pêche ou de chasse, la loi veut en outre que le délit ait été commis sur le territoire limitrophe, et qu'il existe avec le pays limitrophe une convention de réciprocité (art. 8, 9 et 12).

111. Enfin, un dernier cas de poursuite est prévu à l'article 11 de la loi. Il permet la poursuite d'un étranger ayant délinqué à l'étranger contre un étranger. Il s'agit de l'éventualité exceptionnelle où se présenterait sur notre territoire un étranger, coauteur ou complice d'un crime, commis hors du territoire du royaume par un Belge qui, rentré en Belgique, aurait été condamné pour ce crime.

112. Il y aurait injustice à laisser l'impunité à cet étranger à côté de son complice belge condamné. On a pensé que l'expulsion serait une mesure insuffisante, que l'extradition pourrait ne pas être demandée par le gouvernement du pays où l'étranger s'est rendu coupable d'un acte de coauteur ou de complice, et qu'en conséquence la justice belge doit avoir la faculté de poursuivre.

113. Notons, en terminant, que dans tous les cas prévus par les articles ci-dessus cités, la poursuite est un droit pour le ministère public et non une obligation. Le ministère public est seul juge de l'opportunité des poursuites et du point de savoir si elles peuvent aboutir.

114. Il est inutile d'insister sur l'article 13 de la loi : l'inculpé ne peut plus être poursuivi en Belgique si, à raison de l'infraction commise à l'étranger, il a été jugé en pays étranger et acquitté ou condamné. S'il a été con-

damné, il faut, pour échapper à la justice belge, qu'il ait subi ou prescrit sa peine, ou qu'il ait été gracié (1).

§ 3. De l'extradition.

115. La manifestation la plus caractéristique de l'assistance internationale dans le domaine du droit pénal, la mesure qui exprime avec le plus de force, dans ce domaine, le sentiment de la solidarité des peuples civilisés et de la communauté de leurs intérêts, c'est l'extradition.

116. L'extradition est le contre-pied du principe qui inspirait jadis les rapports des peuples, relativement aux coupables, ressortissants d'un pays, réfugiés dans un autre pays.

En effet, le fondement du droit en cette matière, c'était l'asile, l'inviolabilité de l'hôte qui mettait le pied sur le sol national, la sainteté des suppliants et des proscrits.

Cette antique notion que l'on trouve dans le droit grec et dans le droit romain, se retrouve aussi dans le vieux droit d'Europe. Le droit d'asile était en corrélation avec la peine du bannissement qui obligeait le citoyen condamné à gagner le territoire étranger, et avec la barbarie des peines qui inspirait aux souverains le désir de garder ceux qui se mettaient sous leur protection. L'idée de l'extradition ne pouvait naître dans une Europe où

(1) M. HAUS (*Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1^{er}, p. 171) en conclut qu'il peut encore être poursuivi en Belgique à raison du même fait, s'il a été condamné par contumace ou par défaut, ou si, condamné contradictoirement, il s'est évadé immédiatement.

les États n'avaient pas de liens communs et où les exilés étaient surtout des hommes persécutés à raison de leurs opinions religieuses, philosophiques ou politiques. L'asile territorial dont profitaient les malfaiteurs était avant tout la garantie des faibles contre les forts (1).

117. L'extradition dont on peut à toute époque citer quelques cas d'application exceptionnelle, n'apparaît comme conception juridique pouvant obliger les peuples qu'au xvi^e siècle; Bodin en défend le principe dans son traité *De la république*; l'idée se précise surtout dans la conscience des nations depuis le traité de Westphalie, qui fait entrevoir un système d'États européens avec des droits et des devoirs réciproques, et fait décliner le prestige du droit d'asile.

Mais l'extradition restait encore un acte arbitraire dépendant du caprice des souverains; à l'encontre du droit actuel, c'était précisément contre des rebelles de haut rang et à l'occasion de crimes politiques qu'elle s'exerçait le plus généralement, comme service rendu par un État à un autre.

118. De nos jours, l'extradition a un caractère différent: elle répond au besoin international de sécurité sociale et de défense sociale. Si l'État sur le territoire duquel s'est réfugié le malfaiteur de droit commun, n'est pas à même de le punir, il doit, dans un but de prévention et de répression efficaces, le livrer à l'État qui a le droit de le poursuivre. Sinon, les territoires des différentes nations deviennent, les uns pour les autres, des lieux de refuge pour les délinquants, et le refus d'extra-

dition constitue à la fois un acte d'hostilité vis-à-vis du gouvernement qui réclame le coupable et une atteinte au principe de justice. L'extradition est donc le moyen d'empêcher que le coupable, en s'éloignant du lieu du délit, ne s'assure l'impunité; elle rend le droit pénal international.

118 bis. L'extradition doit concilier les droits de souveraineté du pays qui livre, avec ses devoirs internationaux, et à ce point de vue, la législation belge est plus que toute autre la coordination de ces deux intérêts.

D'une part, les vieilles traditions, les dispositions des *landkeuren* attirant les étrangers et les protégeant contre les atteintes des juridictions féodales, ont donné à l'État belge un vif sentiment de la nécessité de prendre des garanties contre l'arbitraire.

D'autre part, sa situation de puissance neutre et centrale, la crainte de devenir en Europe un repaire de criminels, lui ont donné le sentiment très net de ses obligations internationales.

119. La Belgique doit à cette situation le privilège d'avoir devancé les autres gouvernements dans sa législation sur l'extradition et d'avoir adopté des dispositions rationnelles souvent, depuis lors, proposées comme exemples.

Les constituants belges, plus sages que leurs pères qui, en 1780, repoussaient le projet de loi d'extradition de Joseph II, décidèrent qu'une loi d'extradition serait faite; elle parut le 1^{er} octobre 1833 et fut modifiée successivement par la loi du 5 avril 1868 et par celle du 15 mars 1874, qui règle définitivement la matière et consacre les dispositions fondamentales suivantes:

120. L'extradition est réglée par la loi et par les

(1) Voy., pour l'histoire de l'extradition, PAUL BERNARD, *Traité de l'extradition*, 1^{re} partie. Paris, 1883.

traités; ceux-ci ne peuvent être conclus que sous la condition de réciprocité (art. 1^{er}).

Le gouvernement ne livre pas ses nationaux; il ne peut livrer que des étrangers poursuivis ou condamnés comme auteurs ou complices pour des faits commis sur le territoire du gouvernement requérant (art. 1^{er}).

Si le fait a été commis hors du territoire du gouvernement requérant, l'État belge peut également livrer l'étranger, mais à condition qu'il y ait réciprocité et que la loi belge autorise la poursuite de ces mêmes infractions commises hors du territoire belge (art. 2).

L'extradition ne peut être accordée que pour les faits énumérés dans la loi et pour la tentative de ces faits quand la loi pénale la déclare punissable (art. 1^{er}).

Elle ne peut être accordée pour délit politique antérieur à l'extradition ni pour aucun fait connexe à un semblable délit (art. 6 de la loi de 1833, maintenu par la loi de 1874, art. 12).

L'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou des membres de sa famille, quand cet attentat constitue le fait de meurtre, d'assassinat ou d'empoisonnement, n'est point considéré comme délit politique ou connexe à un pareil délit. (Loi du 12 mars 1856.)

121. Enfin, quant à la procédure, le système admis par la loi de 1874 qu'on appelle le système belge, associe le pouvoir judiciaire intervenant à titre consultatif, au pouvoir exécutif qui décide après avoir pris l'avis (art. 3) du premier (1).

(1) Les articles 3, 4 et 5 s'occupent surtout des détails de la procédure, des pièces à produire, de l'arrestation provisoire, des débats devant la

122. La loi de 1874 résoud différentes questions au sujet desquelles des observations méritent d'être présentées.

En Belgique, l'extradition est réglée *par la loi et par les traités* et quelques pays, notamment la Hollande, l'Angleterre, la Suisse, l'État du Congo, le Luxembourg, le Canada, ont adopté le même régime. Mais il est admis en droit des gens que le régime conventionnel suffit et l'Allemagne, notamment, se contente de traités (1). Bien plus, la doctrine la plus récente affirme l'obligation d'extradition comme fondée en droit indépendamment de tout traité (2). L'Allemagne et l'Autriche-Hongrie livrent sans traités (3).

L'extradition, dans tous les cas, découle du droit de souveraineté de l'État et est demandée par la voie diplomatique. Reconnaissons avec l'Institut de droit international que la loi et les traités sont une garantie contre l'arbitraire (4).

123. Dans le même ordre d'idées, la théorie moderne ne considère pas la clause de la réciprocité comme indispensable à la légalité de l'extradition. L'Angleterre, notamment, est d'avis que la condition de la réciprocité n'est pas essentielle et l'Institut de droit international lui a donné raison (5).

chambre des mises en accusation, de l'extradition par voie de transit qui n'exige pas des précautions aussi rigoureuses. Ils se rattachent à la procédure pénale et non au droit pénal.

(1) VON LISZT, p. 113.

(2) Pinheiro Ferreira, Martens, Philimore ne considèrent pas au contraire l'extradition comme fondée en droit naturel.

(3) A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I^{er}, p. 350.

(4) Session de 1880. Projet de résolution.

(5) PAUL BERNARD, t. II, p. 83 et suiv.

124. La Belgique ne livre pas ses nationaux et ce principe est fondé sur l'article 8 de la Constitution comme sur toutes nos anciennes chartes et sur le texte de nos coutumes homologuées. Les juges que la loi assigne aux Belges sont les juges belges.

Cette maxime ancienne est une maxime de défiance à l'égard de la justice étrangère et certains auteurs déclarent que si un État a confiance dans l'État requérant, il peut lui livrer même des nationaux. Les États-Unis et la Grande-Bretagne autorisent en principe l'extradition de leurs nationaux (1).

Quoi qu'il en soit, une pareille réforme n'est exigée en Belgique, ni par la raison ni par l'équité. Le seul motif que l'on pourrait invoquer à l'appui d'une telle extension du principe, serait que l'État auquel on réclame la livraison d'un de ses nationaux ne poursuit pas ses nationaux pour des faits qu'ils ont commis à l'étranger. Or, nous avons vu que tel n'est pas le caractère de la législation belge. La Belgique, en refusant de livrer un Belge, s'engage à le juger en vertu de la loi de 1878.

125. L'extradition n'a pas lieu pour délits politiques ou connexes à un délit politique. Cette disposition de la loi de 1833 date, chez nous, d'une époque où le délit politique avait le caractère du délit politique absolu, c'est-à-dire du délit dont tous les éléments sont uniquement et exclusivement politiques (2). On comprend que

(1) En France, au corps législatif, dans la séance du 30 mai 1866, les députés Jules Favre et Ernest Picard ont soutenu que c'était une conception étroite et contraire au sentiment commun de justice que de refuser l'extradition des nationaux. Ils déclaraient que les juges naturels sont ceux du pays où le crime a été commis.

(2) A. RIVIER, livre cité, p. 353.

ces actes, devenant criminels ou glorieux suivant le temps ou le lieu, l'échec ou le succès et étant commis souvent par des âmes d'élite, aient à bénéficier du droit d'asile sans que le privilège rencontre de contradiction.

Mais les crimes de droit commun les plus odieux, perpétrés dans ces dernières années sous le couvert de la passion politique, ont provoqué une réaction contre le droit d'asile et les gouvernements limitent de plus en plus rigoureusement la notion du délit politique (1). Ils n'admettent pas que l'allégation d'un but politique ou d'un motif politique, ou de passions politiques puissent donner à l'infraction un caractère politique, si elle ne constitue pas par elle-même un délit politique (2) dans le sens absolu du mot.

Ce n'est que pour les infractions connexes au délit politique que le but politique entre en ligne de compte.

Dans tous les cas, le gouvernement requis a la libre et souveraine appréciation du caractère des faits indiqués dans la demande d'extradition.

126. Un traité d'extradition n'établissant aucune pénalité nouvelle et n'aggravant pas les pénalités existantes, s'applique à des faits commis antérieurement à sa mise en vigueur.

§ 4. De l'expulsion.

127. L'expulsion des étrangers se relie à un certain

(1) Discours de lord Grey (Chambre des lords, séance du 24 juillet 1876) : « On exagère d'une façon dangereuse la notion du droit d'asile politique. »

(2) Voy. la définition du délit politique, n^{os} 153 et suiv.

point de vue à ces problèmes. En effet, le droit d'expulsion est une mesure de protection et de défense qui reste au gouvernement contre certains étrangers, qu'il ne peut ou ne veut faire juger en Belgique, et qu'il ne peut livrer à un autre État, parce que la loi d'extradition ne prévoit pas le cas ou parce que l'État étranger ne réclame pas l'extradition.

128. L'expulsion découle de la souveraineté de l'État qui, maître chez lui, peut refuser l'accès du territoire aux étrangers dont la présence serait dangereuse. La Constitution, en accordant dans son article 128 à tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique la protection garantie aux personnes et aux biens, ajoute : *sauf les exceptions établies par la loi.*

129. Ces exceptions sont des mesures de police qui ont en vue deux catégories d'étrangers :

A. Ceux qui n'ont pas de résidence en Belgique. Jusqu'à une époque récente, ce n'était qu'en vertu de l'article 9 du décret du 23 messidor an III que le gouvernement pouvait faire reconduire à la frontière les étrangers vagabonds, c'est-à-dire n'ayant ni domicile, ni résidence, ni moyens d'existence. Actuellement, c'est en vertu de l'article 10 de la loi du 27 novembre 1891 sur le vagabondage que les étrangers adultes et valides ne résidant pas en Belgique et qui sont trouvés mendiants ou vagabonds, peuvent être immédiatement reconduits à la frontière.

B. Ceux qui ont une résidence en Belgique.

a. S'ils se livrent à la mendicité, ils sont soumis au droit commun et mis à la disposition du gouvernement pour être internés dans un dépôt de mendicité ou une

maison de refuge (1). Mais l'article 19 de la loi du 27 novembre 1891 autorise le gouvernement à les faire en tout temps reconduire à la frontière.

b. S'ils ont des moyens d'existence, mais que par leur conduite ils compromettent la tranquillité publique, ou qu'ils sont poursuivis ou condamnés à l'étranger pour crimes ou délits donnant lieu à l'extradition, ils peuvent être par le gouvernement contraints de s'éloigner d'un certain lieu, d'habiter dans un lieu déterminé ou même de sortir du royaume.

L'arrêté royal enjoignant à un étranger de sortir du royaume parce qu'il compromet la tranquillité publique, sera délibéré en conseil des ministres.

Telles sont les dispositions de la loi sur les étrangers qui, d'abord temporaire et renouvelée tous les trois ans, est devenue définitive le 15 février 1897.

La loi sur les étrangers donne donc des armes au gouvernement contre les étrangers résidents pourvus de papiers réguliers et disposant de moyens d'existence qui, abusant de l'hospitalité belge, troublent l'ordre public.

Ils peuvent être expulsés soit parce qu'ils ont subi des condamnations, soit parce qu'ils compromettent la tranquillité publique. Ce ne sont que les arrêtés d'expulsion relatifs à ces derniers (c'est-à-dire aux réfugiés politiques qui, par leur présence, mettent en péril la sécurité du pays) qui doivent faire l'objet d'une délibération du conseil des ministres. Il ne faut pas que ces arrêtés soient motivés (2).

(1) Depuis le 1^{er} janvier 1892, les dispositions répressives de la loi du 27 novembre 1891 sont généralement appliquées aux étrangers. Antérieurement, c'était l'exception.

(2) GIRON, *Dictionnaire de droit administratif*, t. II, p. 14.

130. La loi ne s'applique pas à quatre catégories d'étrangers (art. 2):

1° A l'étranger autorisé à établir son domicile dans le pays;

2° A l'étranger marié avec une femme belge dont il a un ou plusieurs enfants nés en Belgique pendant sa résidence dans le pays;

3° A l'étranger qui, marié avec une femme belge, a fixé sa résidence en Belgique depuis plus de cinq ans et a continué à y résider d'une manière permanente;

4° A l'individu né en Belgique d'un étranger et qui y réside lorsqu'il se trouve dans le délai d'option prévu par l'article 9 du code civil.

131. Le fait par l'étranger expulsé de violer l'arrêté d'expulsion et de rentrer dans le pays est un délit puni de quinze jours à six mois de prison (art. 6).

LIVRE II

L'infraction en général et ses divisions

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFRACTION EN GÉNÉRAL

132. Nous avons à considérer l'infraction :

1° Comme phénomène social;

2° Comme phénomène juridique.

§ 1^{er}. *L'infraction comme phénomène social.*

133. L'infraction qui, d'après Ferri (1), est un phénomène à la fois biologique, physique et social, obéit à la loi de l'évolution et se transforme sous l'influence de la civilisation.

Chaque période historique, chaque race ayant son caractère et sa culture propres, a aussi son genre de criminalité et d'infractions.

134. Les premiers siècles de l'Europe ont pour signe distinctif l'instinct brutal et sanguinaire. L'attentat contre les personnes a un caractère tout différent de celui qu'il prend aujourd'hui. L'homme de cette époque

(1) FERRI, *La sociologie criminelle*. Paris, 1893, p. 75.

à une existence agitée et tourmentée, remplie de guerres privées, de combats singuliers, d'attaques ouvertes, au milieu desquelles l'homicide est un incident ordinaire (1). Le meurtre pour venger la famille de la victime était même un devoir pieux. Les Normands et les Danois vivent de violences et la chevalerie elle-même s'y adonne (2); Goetz von Berlichingen, qui serait aujourd'hui un criminel dangereux, est le héros d'une tragédie de Goethe. Les condottieri de la Renaissance italienne étaient des entrepreneurs de meurtre et d'empoisonnement; de nos jours, chez des peuplades incultes telles que les Fuégiens, les Fidgiens, les Battas et d'autres cités par Garofalo (3), l'homicide est honoré, et l'on a même le droit de tuer des parents malades ou trop vieux pour subvenir à leurs besoins.

L'exposition d'enfants et l'abandon d'enfants, tolérés dans le droit grec et le droit romain, sont à notre époque des infractions graves.

135. L'attentat contre les propriétés obéit à la même loi d'évolution.

En Grèce et à Rome, le vol, quand il n'a pas une grande importance, est surtout un délit privé donnant lieu à la réparation du dommage. Dans le vieux droit germanique du moyen âge, on distingue, comme pour l'homicide, le vol clandestin du brigandage commis

(1) Le droit positif germanique du moyen âge reflète cette tendance; il distingue le *Mord*, l'homicide accompli avec lâcheté et trahison et le *Totschlag*, l'attaque ouverte loyale dont l'auteur n'a pas à rougir. VON LISZT, p. 311.

(2) Fortescue voyait encore dans les crimes commis en Angleterre au xv^e siècle des traditions de bravoure.

(3) GAROFALO, *La criminologie*. Paris, 1890, p. 4.

ouvertement avec violence, *Raub* (1), et au début, le brigandage, les pillages avec violences se rapprochent beaucoup d'expéditions de guerre auxquelles des seigneurs puissants, se sentant plus forts que l'autorité, prennent part sans scrupule. Ce n'est qu'insensiblement que le brigandage perd le caractère extralégal de crime de classe et devient crime de droit commun puni de la potence. Les voleurs de grand chemin qui dressent des embuscades aux voyageurs, ne sont plus les égaux des anciens chefs, mais ils ont encore une organisation sérieuse et forment des bandes avec des capitaines et des règlements.

Dans le monde moderne, et surtout dans la première partie du xix^e siècle et sous l'influence de la civilisation, de l'amélioration des routes, de leur éclairage et de leur surveillance, le brigandage comme délit de groupe recule, et le vol isolé est le type principal de l'attentat contre la propriété, tandis que, dans ces derniers temps, la crise industrielle, l'accroissement de la misère et de l'alcoolisme, l'absence d'une forte police rurale, ont de nouveau fait apparaître le vol avec violences et par bandes.

136. Dans le même ordre d'idées, nous pouvons signaler que déjà vers la Renaissance, grâce au développement prodigieux du commerce et de la richesse, la violence ne reste pas la source unique des attentats contre la propriété; la fraude, la ruse y prennent une part grandissante jusqu'au moment actuel, où le développement du capital, la multiplication des sociétés anonymes, l'esprit de lucre poussé à l'extrême ont fait

(1) VON LISZT, p. 454.

naître une série d'infractions inconnues jadis : faux bilans, escroqueries colossales, constitutions de sociétés véreuses, fraudes de toute espèce qui ont pu, à un moment donné, prendre, tout comme les pirateries des seigneurs féodaux, l'apparence de crimes de classe, parce que l'autorité n'était pas suffisamment préparée et armée pour la répression.

137. Dans l'État théocratique, c'est le crime d'hérésie et de sacrilège qui est au premier rang; dans l'État commerçant, c'est la fraude; dans l'État militaire, l'indiscipline; dans l'État absolu, le crime de lèse-majesté; nos anciennes communes considéraient la violation du contrat, fait purement civil d'après le droit moderne, comme une infraction grave punie du bannissement (1), et aujourd'hui, dans la démocratie industrielle, la législation ouvrière se reprend à comminer des peines contre certaines infractions aux lois réglementant les rapports du capital et du travail, alors que la législation napoléonienne passait cette matière sous silence. Il est donc permis d'affirmer qu'il n'y a pas de *délits naturels*, c'est-à-dire des actions qui partout et toujours ont été considérées comme criminelles (2).

138. Garofalo, renonçant à trouver les éléments irréductibles de l'infraction dans les *faits*, a essayé de les trouver dans les *sentiments*, et notamment dans les sentiments de pitié et de probité (3).

139. Or, l'histoire du droit et l'étude de la psycho-

(1) VON IHERING, *Der Kampf ums Recht*, 7^e éd., p. 32.

(2) Encore aujourd'hui, chez certaines peuplades d'Afrique, le vol est toléré et même encouragé. (Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, t. II, p. 83.)

(3) GAROFALO, *La criminologie*, p. 1 à 56.

logie des peuples n'autorisent pas davantage à reconnaître l'uniformité et la permanence de tels sentiments. Bornons-nous, en ce qui concerne le sentiment de pitié, à rappeler, à Sparte, l'abandon des enfants difformes sur l'*ἀπέθερα*, usage suivi aussi à Athènes et à Rome (1); et, en ce qui concerne le sentiment de probité, à citer le droit rural des villages germaniques primitifs, où le véritable vol consistait à ne pas consommer sur place et à user de la chose en dehors de la communauté, bien plus qu'à s'approprier au sein de la communauté la chose d'autrui (2).

Et de nos jours même, pour certains communistes disciples de Babeuf, le vol n'est qu'une restitution partielle.

140. Donc, comme phénomène social, la loi pénale varie suivant les époques et les régions : à chaque période, la majorité qui représente l'État, considère un certain nombre de principes généraux ou de règles de conduite comme nécessaires à l'existence de l'État, et elle détermine dans la législation pénale les actions ou les omissions qu'elle impose aux citoyens, sous la menace d'une peine.

§ 2. L'infraction comme phénomène juridique.

141. Ce qui caractérise l'infraction comme phénomène juridique, c'est la sanction pénale.

Un article du code pénal qui crée une infraction,

(1) REINACH, *Manuel de philologie*, p. 210.

(2) VON MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*. (Vol. II.)

implique toujours la préexistence d'un principe général qu'il s'agit de faire respecter. Et la sanction pénale seule imprime à la méconnaissance de ce principe général le caractère d'une infraction.

Ainsi le Décalogue, qui n'attache aux dix commandements d'autre sanction que la sanction religieuse, ne crée pas d'infraction (1). Ainsi encore, quand le pouvoir est d'avis que le maintien de l'ordre social est suffisamment assuré par la sanction civile de la nullité de l'acte, ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, il n'y a pas d'infraction.

Et ce n'est que quand le pouvoir constate que la société n'est pas suffisamment protégée par une telle sanction qu'il va plus loin et commine une peine; alors le droit civil (qui, à l'origine, se confond avec le droit pénal) devient droit pénal, et l'acte illicite prend le caractère d'une infraction (2).

142. La doctrine se contente en général, pour la définition de l'infraction, de dire que l'infraction est la *violation de la loi pénale*.

Le code de brumaire an iv proclame que la violation de la loi pénale peut consister aussi bien à faire ce que défendent les lois pénales (délits d'action) qu'à ne pas faire ce qu'elles ordonnent (délits d'inaction).

Cette terminologie est inexacte.

L'agent qui commet une infraction, ne viole pas la loi pénale; il viole le principe qui a donné naissance à l'article du code.

Ainsi, par exemple, l'individu qui commet un meurtre,

ne viole pas le texte de l'article 393 du code pénal; au contraire, ce texte s'adapte aux faits commis; le coupable viole le principe qui défend de tuer.

Ainsi encore, l'individu qui commet un vol, ne viole pas le texte de l'article 461 du code pénal; pour être punissables, au contraire, les actes qui constituent le vol doivent être conformes à ce texte. Mais le coupable a violé le principe qui défend de voler (1).

L'infraction, au point de vue juridique, est donc simplement la réunion des conditions exigées par la loi pour l'application de la sanction pénale. Elle est la violation du principe consacré par la sanction pénale.

143. Il résulte de ce que nous venons de dire quant à la sanction pénale comme caractéristique de l'infraction :

a. Qu'il y a infraction dès qu'il y a sanction pénale, peu importe où la loi pénale figure.

Ainsi, les articles 50, 68, 192 et 193 du code civil, qui commencent de véritables peines, créent des infractions;

b. Que les faits que le code civil appelle dans le chapitre II du titre IV du livre III « délits et quasi-délits » (art. 1382 et suiv.) ne sont pas des infractions, puisque la loi civile ne contient pas de sanction pénale en ce qui les concerne (2);

c. Que les actes que certaines corporations officielles (juges, notaires, avocats, avoués, huissiers) considèrent comme des atteintes à l'honneur corporatif et frappent de peines dites disciplinaires, et qu'on appelle délits dis-

(1) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen* (loc. cit.).

(2) VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I^{er}, p. 483 à 503.

(1) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen* (livre cité).

(2) Ces faits peuvent être prévus par la loi pénale et frappés de peines; ils deviennent alors des infractions.

ciplinaires, ne sont pas des infractions. En effet, les peines dites disciplinaires, l'avertissement, la réprimande, la suspension, la radiation prononcées par ces justices corporatives ne sont pas des peines au sens du droit pénal.

Les règles et les principes du droit pénal ne sont pas applicables à ces faits.

Quand un délit disciplinaire est en même temps prévu par la loi pénale, il n'y a rien de commun entre les deux poursuites. L'individu poursuivi devant la juridiction pénale et devant la juridiction disciplinaire, ne pourrait invoquer devant l'une de ces juridictions la chose jugée à raison de la décision prise par l'autre. La réhabilitation proclamée par la loi pénale n'aurait aucune influence sur la décision de la juridiction disciplinaire, etc.

CHAPITRE II

DIVISION DES INFRACTIONS D'APRÈS LE DROIT POSITIF

§ 1^{er}. *Division tripartite du code de 1867.*

144. L'article 1^{er} du code pénal belge divise les infractions en crimes, délits et contraventions, suivant que la peine appliquée, en vertu de la loi, est une peine criminelle, correctionnelle ou de police.

La division tripartite des infractions n'a d'autre origine que des considérations d'utilité pratique. Les législateurs de la Révolution ont conçu un plan symétrique; ils avaient institué la police de sûreté, la police correctionnelle et la police municipale; ils voulurent, pour y répondre, trois juridictions (le jury, les juges de paix et

les officiers municipaux), et trois espèces de peines. Le premier code qui fait entrevoir une division tripartite est un code d'organisation judiciaire et de procédure, c'est le code du 3 brumaire an iv. Le génie centralisateur de Napoléon achève l'édifice commencé par la Convention. Le code d'instruction criminelle de 1808 précise, dans son article 8, la division tripartite en crimes, délits et contraventions; et enfin, le code pénal de 1810 établit, dans son article 1^{er}, le principe que notre code de 1867 reproduit et qui a passé dans la plupart des codes de notre siècle (1).

La division tripartite des infractions fait corps avec notre droit criminel et elle est en correspondance avec la division des peines et des juridictions et avec la procédure.

145. Mais elle est purement empirique et formelle.

Elle ne répond pas à la division des peines, puisque cette division a perdu sa signification; que le régime répressif, bien loin de se spécialiser, est devenu de plus en plus uniforme, et que l'emprisonnement principal ou subsidiaire est appliqué d'une façon pour ainsi dire générale à toutes les catégories d'infractions.

Elle ne répond plus à la division des juridictions, puisque le système de la correctionnalisation et de la contraventionnalisation, et des circonstances atténuantes transforme constamment des crimes en délits et des délits en contraventions, sans que les tribunaux saisis puissent décliner leur compétence. (Loi du 4 octobre 1867.)

(1) Voy. *Législation pénale comparée*, t. 1^{er}, *passim*, sous la direction de M. von Liszt, 1894.

Elle ne répond pas à une différence d'essence et de nature entre les groupes d'infractions, car la classification actuelle est toute factice; il n'y a pas de différence fondamentale entre les crimes et les délits intentionnels d'une part, les délits légers et les contraventions d'autre part (1), et nous venons de voir que les chambres préparatoires ont le droit de faire abstraction de la division légale basée sur la peine, pour ne tenir compte que des faits de la cause et abaisser d'un degré la qualification. (Loi du 4 octobre 1867.)

Elle ne répond pas à la tradition historique. Le droit grec et le droit romain distinguent les délits publics et les délits privés d'après la gravité de l'acte commis. Ce système passe dans l'ancien droit français, où l'on divise les infractions en *délits de grand criminel*, frappés de peines afflictives et infamantes, jugés d'après la procédure inquisitoriale et sur la poursuite du ministère public, et *délits de petit criminel*, jugés sommairement à l'audience sur la poursuite du lésé et frappés de peines légères (2).

L'ancien droit allemand divise de même les infractions en deux catégories : les *Ungerichte (causæ majores)* frappées de peines *an Hals und Hand* et les *Frevel (causæ minores)* frappées de peines *an Haut und Haar* (3).

L'ancien droit hollandais fait également cette classification (4) et on la retrouve dans le droit anglais moderne puisqu'il sépare les *indictable offences* que le juge

(1) A. PRINS et H. JASPAR, Rapport au V^e Congrès pénitentiaire. Rapport de la première section, 1896, p. 392.

(2) Ord. Cr. de 1670, tit. XX, art. 1^{er}; tit. XXV, art. 19.

(3) VON LISZT, *Lehrbuch*, etc., 1891, p. 123.

(4) VAN HAMEL, *Inleiding*, etc., p. 175.

renvoie à la juridiction supérieure, des *not indictable offences* qu'il examine sommairement (1).

146. La division bipartite en délits graves et délits légers est encore à la base des codes du canton de Vaud, (1844), de Suède (1864), de Danemark (1866), de Turquie, de Bulgarie et du Monténégro.

On y revient de nos jours; elle est adoptée dans le projet de code fédéral suisse, de M. Stoos, elle est réalisée dans le code des Pays-Bas de 1881, dans le code italien de 1889, dans le code de Neuchâtel de 1891.

Le mouvement de simplification est en rapport avec la tendance récente qui pousse le législateur à se rapprocher davantage des données de l'expérience et à adapter mieux les codes aux réalités de la vie sociale.

147. Assurément une division répondant d'une façon parfaite à un idéal scientifique, créant des catégories naturelles d'infractions fondées uniquement sur leurs éléments intrinsèques et aboutissant à une différence fondamentale dans le traitement répressif est une utopie. Mais on peut concevoir une division bipartite qui n'ait pas le caractère abstrait, arbitraire, purement nominal de notre code.

Il y a des infractions graves qui portent surtout atteinte au droit social, et les pays civilisés sont d'accord sur leur caractère nuisible et sur la nécessité de leur répression. On les désigne par les mots *crimes* ou

(1) La législation anglaise connaît des *misdemeanors, treasons and felonies*. Mais les *treasons* et les *felonies* se confondent, et, dans son projet de réforme de 1878, James Stephen propose de ne plus les distinguer dans la terminologie.

délits, et l'on peut les grouper en une seule classe, celle des délits.

Il y a des infractions dont la gravité intrinsèque est moindre; elles portent surtout atteinte au droit de police; ceux qui les commettent sont spécialement rebelles au pouvoir de réglementation locale, à ce que Lepelletier de Saint-Fargeau appelait, dans son rapport sur le code de 1791, le droit de police municipale (1); c'est le domaine de la petite criminalité, plus locale, plus mobile, plus incertaine que la première; elle comprend les contraventions (2).

Une pareille classification en délits et contraventions est rationnelle et elle est de nature à exercer une action utile et simplificatrice sur l'organisation judiciaire, la procédure et la pénalité (3).

§ 2. Classification des infractions établie par le code pénal.

148. A côté de la grande division tripartite fondée sur la peine et qui est la base de tout notre système de droit pénal et d'instruction criminelle, le code divise les crimes et les délits en neuf catégories d'après leur objet et les contraventions en quatre classes d'après la peine appliquée. On trouve l'énumération de ces différents groupes à la table divisionnaire du code pénal.

Parmi les infractions ainsi classées méthodiquement

(1) *Archives parlementaires*, t. XXVI, p. 320.

(2) *Voy. Tijdschrift voor Strafrecht*. Étude de M. Pols, t. I^{er}, p. 3.

(3) PRINS et JASPAR. Rapport cité.

par le législateur dans un but d'utilité pratique et aux fins de faciliter les recherches, il y a à signaler des familles d'infractions groupées à raison des éléments intrinsèques qui les constituent et dans un but scientifique.

CHAPITRE III

DIVISION DES INFRACTIONS D'APRÈS LEUR NATURE INTRINSEQUE

SECTION PREMIÈRE

Délits publics et privés.

149. Il y a d'abord la distinction en infractions publiques et infractions privées.

Assurément, toute infraction, même la plus minime contravention est une atteinte à l'ordre public général ou local, sinon le législateur n'aurait pas le droit d'incriminer le fait, mais on entend par infractions publiques celles qui sont directement dirigées contre l'intérêt général d'une nation et où la lésion de cet intérêt l'emporte sur la lésion de l'intérêt individuel, exemple : un complot contre la sûreté de l'État (art. 113); tandis qu'on entend par infractions privées, celles qui sont directement dirigées contre des particuliers et où la lésion de l'intérêt individuel apparaît au premier plan, exemple : une escroquerie (art. 496).

Cette division est fondée sur la tradition historique et elle avait dans l'ancien droit une portée considérable.

150. En Grèce, la loi pénale distinguait entre les délits publics portant atteinte aux intérêts généraux, et les délits privés ne constituant qu'une lésion individuelle.

Les premiers donnaient lieu à la *γραφη* ou action publique aboutissant à la peine, les seconds (1) donnaient lieu à la *δίκη* ou action privée aboutissant à l'amende au profit du plaignant.

A Rome, la législation des XII Tables et le droit de la République comme celui des premiers temps de l'Empire romain opposent à la notion du délit public, atteinte directe aux droits de l'État donnant lieu à une peine, la notion du délit privé (2) donnant au lésé le droit de poursuivre la réparation du dommage éprouvé.

L'ancien droit français connaît la même distinction et l'Ordonnance Criminelle de 1670 la maintient encore : il y a les délits publics poursuivis d'office et les délits privés qui ne sont poursuivis qu'en cas de plainte de la partie lésée (3).

151. Ce n'est que dans le développement ultérieur du droit que s'affirment la prédominance de l'intérêt public dans toutes les poursuites et la conception actuelle du rôle de l'État (4) protégeant l'intérêt individuel, par cela même qu'il représente l'ensemble des intérêts sociaux.

152. On trouve exceptionnellement dans le droit positif moderne de rares survivances de la tendance qui consiste, en présence d'infractions touchant au droit privé, à laisser agir la partie lésée et à réduire l'action publique au profit de l'action privée. (Ainsi, le cas d'adultère et le cas de calomnie envers les particuliers.)

(1) Les voies de fait, les injures verbales, les lésions illégales, les délits ruraux, les vols simples de peu d'importance.

(2) Le *furtum*, l'*injuria*, le *damnum injuria datum*.

(3) Les injures, les coups, les délits légers.

(4) Voy. *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, t. XXI, p. 329. *Sur la théorie de la réparation dans le système répressif*, par M. A. PRINS.

Mais la science contemporaine revient à ces idées. Bentham d'abord, Spencer après lui, ont ramené l'attention sur le côté économique du problème pénal. Garofalo (1) et Tarde (2) ont insisté à leur tour sur le devoir de protéger mieux les victimes des infractions dont les intérêts sont aujourd'hui méconnus. On s'efforce de rendre la répression moins idéale et l'on admet que réparer le tort causé en indemnisant le lésé est aussi essentiel que de rétablir l'ordre en emprisonnant le coupable; la distinction un peu théorique en délits publics et délits privés a repris une valeur pratique qu'elle avait perdue.

SECTION II

Infractions politiques.

153. Parmi les infractions publiques, il y a des infractions dont la conscience populaire et la conscience juridique font un groupe à part parce qu'elles ont des caractères qui les séparent réellement des autres infractions. Ce sont les infractions politiques qu'on appelle dans le langage courant *délits politiques*, termes qui comprennent les crimes politiques et les délits politiques.

154. La Constitution tient compte de cette classe d'infractions : elle les défère au jury (art. 98). Le code pénal ne les ignore pas; il établit pour les *crimes politiques* proprement dits une peine spéciale et le décret sur

(1) GAROFALO, *La criminologie*, Paris, 1890, p. 427, et Terzo congresso giuridico nazionale, Firenze. *Relatione del car. bar. Garofalo*. Firenze, 1891.

(2) TARDE, *Philosophie pénale*. Paris, 1890, p. 486. Voy. aussi FIORETTI, *Actes du Congrès de Rome*, 1885.

la presse du 19 juillet 1831 (art. 8) interdit l'arrestation préventive pour les *délits* politiques proprement dits. Enfin, la loi sur l'extradition (art. 6 de la loi du 1^{er} octobre 1833 non abrogé) consacre la distinction en excluant de l'extradition les infractions politiques. Mais notre législation ne contient aucune définition du délit politique; il faut recourir à la doctrine et à la jurisprudence.

Il n'en saurait être autrement. Rien n'est plus variable et plus conventionnel que la notion du délit politique parce que ce délit est une atteinte à l'idéal politique d'une majorité qui défend la stabilité de l'ordre politique établi contre les efforts opposés d'une minorité, et que l'idéal politique est lui-même essentiellement variable suivant les lieux et les temps. Au point de vue absolu, le délit politique est simplement une conception de l'ordre politique différente de la conception de la majorité et un acte tendant à réaliser cette conception différente.

Au point de vue pratique, il importe de mieux préciser.

155. En droit, les infractions politiques sont les crimes et les délits qui portent uniquement atteinte à l'ordre politique de l'État (1).

Pour caractériser le délit politique, il faut définir l'ordre politique.

L'ordre politique doit être envisagé à un double point de vue : à l'extérieur et à l'intérieur.

a. A l'extérieur, il comprend l'indépendance de la

(1) VON IHRING, *Der Zweck im Recht*, t. 1^{er}, p. 497, dit que dans le sens absolu, le délit politique a pour caractéristique une atteinte aux conditions d'existence de l'État : *Angriff auf die Lebensbedingungen des Staats*.

nation, l'intégrité du territoire, les relations de l'État avec les autres États.

Les délits contre l'ordre politique externe sont notamment prévus par les articles 113 à 121, et 123 du code pénal; l'article 3 de la loi du 12 mars 1858 et la loi du 20 décembre 1852 qui punit les atteintes aux relations internationales.

b. A l'intérieur, il comprend la forme du gouvernement, les pouvoirs politiques et les droits politiques des citoyens, c'est-à-dire tout ce qui se rattache aux pouvoirs politiques établis par la Constitution, et notamment l'ordre de successibilité au trône, la formation des Chambres législatives, l'autorité et les prérogatives constitutionnelles du roi, des Chambres et des ministres (1).

Il en résulte que les infractions politiques contre l'ordre intérieur sont, d'une part, celles qui portent atteinte à l'existence ou au fonctionnement des pouvoirs politiques; de l'autre, celles qui, troublant ou entravant l'intervention de la nation dans la formation de ces pouvoirs, portent atteinte aux droits politiques des citoyens (2).

Il y a, à ce point de vue, des infractions qui seront toujours des infractions politiques; telles sont, par exemple, les infractions prévues par les articles 104, 109, 113 à 121, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 158, 233 à 239, et 254 du code pénal.

Il y en a d'autres, comme la rébellion prévue par les articles 269 et suivants du code pénal, qui est un délit de droit commun quand elle est simplement une attaque

(1) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1^{er}, n° 330; THONISSEN, *Constitution belge annotée*, p. 297.

(2) Réquisitoire de M. le procureur général De Paepc. *Belg. jud.*, 1869, p. 1142.

dirigée contre les agents de l'autorité ou une résistance à ces agents, et qui devient un délit politique quand elle tend au renversement du gouvernement, car alors seulement elle constitue une atteinte à l'ordre politique.

156. Il importe donc de toujours bien séparer l'*administration du pays*, qui n'a pas de caractère politique, du *gouvernement politique du pays* avec ses divers éléments.

C'est ainsi qu'on ne saurait ranger, dans la classe des délits politiques, les attaques dirigées contre un acte de l'administration supérieure agissant comme administration, ou contre un acte du pouvoir judiciaire ou contre les actes des autorités provinciales ou communales. Pour devenir politique, l'attaque doit viser un élément de l'organisation politique du pays, c'est-à-dire le *Gouvernement*; l'*existence* du pouvoir judiciaire, provincial ou communal (1); ou un acte émané des pouvoirs politiques.

Conformément à cette doctrine, le délit prévu à l'article 268 du code pénal est, suivant les cas, politique ou non. L'attaque dirigée en chaire par un ministre du culte contre un acte de l'administration communale est, d'après la cour de cassation, un délit de droit commun; cette attaque devient un délit politique quand elle est dirigée non contre un acte de l'administration, mais contre un acte émané d'un pouvoir politique, par exemple une loi (2).

Sont encore des délits politiques parce qu'ils sont dirigés contre l'ordre politique :

a. Les ruses, fraudes, moyens de contrainte dans les

(1) Cette théorie, acceptée par M. Thonissen et formulée par M. De Paepe dans son réquisitoire cité plus haut, est à la base de la conception belge du délit politique.

(2) Cour de cassation, 2 novembre 1869.

élections (art. 196 à 220 de la loi électorale du 28 juin 1894);

b. Les délits prévus par l'article 2 du décret du 20 juillet 1831 sur la presse et consistant à attaquer méchamment et publiquement la force obligatoire des lois ou provoquant directement à y désobéir (1);

c. Les offenses envers les membres de la famille royale prévues par la loi du 6 avril 1847.

157. La caractéristique du délit politique pur, c'est que l'atteinte est uniquement et exclusivement dirigée contre l'ordre politique. Les crimes les plus graves, l'assassinat, l'empoisonnement, l'incendie, la destruction par explosion, la fausse monnaie ne deviennent pas des infractions politiques, parce que leurs auteurs invoquent un mobile ou un but politique ou l'entraînement de la passion politique.

158. Mais les délits politiques, se commettant aux époques de troubles et d'agitation, les délits purement politiques, c'est-à-dire exempts de tout alliage avec des délits de droit commun, sont rares; et à côté des délits politiques purs, il y a les délits politiques complexes ou mixtes, ou connexes aux délits politiques, c'est-à-dire des délits qui ont le double caractère de délits de droit commun et de délits politiques (exemple : la rébellion), ou bien de faits de droit commun se rattachant par un lien intime au délit politique ou fournissant le moyen de commettre ce dernier (exemples : dans un appel à l'insurrection, on détruit des immeubles pour en former des barricades; dans une insurrection on dépouille une caisse publique pour apporter des fonds au comité insurrectionnel).

(1) *Contra* : HAUS, t. I^{er}, p. 257, note 21.

159. Dans la pratique, il est bien difficile de trouver une formule permettant de distinguer nettement le délit politique du délit de droit commun, et la question est encore actuellement l'objet de controverses. Elle n'a d'importance réelle, d'ailleurs, qu'en matière d'extradition. En effet, pour la justice belge, admettre le caractère politique d'un crime, c'est simplement décider qu'on appliquera à ce crime une peine criminelle spéciale, la détention; admettre le caractère politique d'un délit, c'est simplement décider qu'il sera déféré à une juridiction autre que la juridiction correctionnelle, c'est-à-dire au jury. Mais, en matière d'extradition, admettre que le fait a un caractère politique, c'est décider que l'extradition n'aura pas lieu et que l'auteur jouira du droit d'asile, puisque l'article 6 de la loi de 1833, encore en vigueur, interdit l'extradition pour délit politique ou pour fait connexe au délit politique.

160. Quoi que l'on fasse, les États conserveront toujours, en vertu de leur droit de souveraineté, la libre appréciation du caractère politique d'une infraction, et ils tendent peu à peu à se rallier à l'interprétation restrictive (1).

A l'époque de la promulgation de la loi belge du 1^{er} octobre 1833, qui est la première rétablissant légalement le droit d'asile pour les réfugiés politiques, il s'agissait surtout de protéger des persécutés politiques contre des gouvernements despotiques.

Les raisons qui ont amené les gouvernements à

(1) A noter l'opinion de M. Rivier (livre cité, t. I^{er}, p. 314), que l'État a le droit et non l'obligation de fournir asile. — L'Angleterre conserve la notion extensive du droit d'asile.

reconnaître un asile aux délinquants politiques sont :

a. L'incertitude qui plane dans ces sortes d'affaires sur la criminalité de l'acte;

b. La différence des organisations politiques d'État à État, différence qui fait souvent d'un citoyen poursuivi dans un pays, un héros à l'abri de reproche, dans le pays de refuge;

c. L'exaltation désintéressée de certains réformateurs poursuivis comme criminels politiques, et parfois la partialité intéressée du parti politique qui poursuit (1).

161. Mais en présence de crimes du droit commun indiscutables auxquels seule la passion politique donne une couleur politique, il s'est fait une réaction dans l'esprit des gouvernements qui semblent redouter surtout l'exagération de la notion du délit politique et du droit de refuge.

Déjà la loi belge du 22 mars 1856 a exclu de la conception du délit politique ou du délit connexe au délit politique, l'attentat contre la personne du chef du gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement.

Et certains juristes proposent d'exclure également :

1° Les délits contre l'humanité, c'est-à-dire les infractions dirigées non contre le système politique d'un État déterminé ou contre telle forme de gouvernement, mais contre les bases de toute organisation sociale;

2° Les crimes les plus graves au point de vue de la

(1) *De l'extradition des réfugiés politiques.* Avis de Bluntschi. *Annuaire de l'Institut*, t. I^{er}, p. 102.

morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations, les blessures graves et préméditées, les tentatives de ces faits, les attentats aux propriétés par incendie, explosion, inondation, les vols graves, notamment ceux qui sont commis à main armée et avec violences (1).

En ce qui concerne les actes commis dans le cours d'une insurrection ou d'une guerre civile par l'un ou par l'autre des partis engagés dans la lutte et dans l'intérêt de sa cause, ces juristes admettent l'extradition si les faits constituent des actes de barbarie et de vandalisme défendus d'après les lois de la guerre, et seulement lorsque la guerre civile a pris fin (2).

Il va de soi que les actes commis à l'occasion de l'insurrection, les attentats contre les personnes et les propriétés inspirés par des passions personnelles, la haine, la cupidité, restent toujours des infractions de droit commun (3).

Ces formules indiquent des tendances et non des solutions. Il ne saurait y avoir de solution en l'absence de définition légale; il faut apprécier chaque cas particulier d'après les circonstances qui l'entourent, et en tenant compte des principes de liberté et de tolérance politiques (4).

(1) *Résolutions votées par l'Institut de droit international*. Session de Genève, XII, p. 183.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, p. 183.

(3) HAUS, t. I^{er}, p. 262.

(4) C'est le système adopté par l'article 10 de la loi suisse du 22 janvier 1892.

SECTION III

Délits de presse.

162. Les délits de presse forment également un groupe spécial d'infractions qui se distinguent des infractions de droit commun.

La Constitution consacre leur existence, mais, pas plus que pour les délits politiques, la loi ne les définit et il faut donc recourir à la doctrine pour en connaître les caractères essentiels.

163. La Constitution belge, dans ses articles 14, 18, 96 et 98, s'inspire de la *Déclaration des droits de l'homme*, des articles 17 et 18 du chapitre V de la Constitution de 1791, de l'article 7 de la Constitution de mai-juin 1793, de l'article 353 de la Constitution de l'an III, et de l'article 227 de la Constitution fondamentale des Pays-Bas, c'est-à-dire qu'elle affirme la liberté des manifestations de la pensée. Et elle réalise cette liberté par la substitution du régime répressif au régime préventif. Elle supprime toutes les entraves apportées par les pouvoirs à l'expression de la pensée; elle ne réprime que les délits commis à l'occasion de l'usage du droit qu'elle consacre.

164. La liberté de la presse s'arrête donc là où commence le délit de presse et la garantie de la liberté de la presse, c'est la définition du délit de presse.

Si le législateur a hésité à formuler cette définition, c'est qu'il a reculé devant les difficultés d'un texte précis et les dangers d'un texte trop étroit (1).

(1) HUYTTENS, t. IV, p. 97.

D'après la doctrine, le délit de presse est une infraction de droit commun constituant une manifestation abusive de la pensée, et à laquelle la presse a servi d'instrument. (Arrêt de cass., 22 février 1864.)

La définition du délit de presse a une portée d'autant plus considérable que le délit de presse étant un délit de pensée, jouit de privilèges particuliers qui ont pour but d'assurer à l'écrivain la protection du système répressif et de le soustraire au péril de toute action préventive.

165. Notre législation présente un ensemble de mesures qui font au délinquant de presse une situation d'exception ; on peut les résumer ainsi :

a. Abolition de la censure et du cautionnement (art. 18 de la Constit. belge), ainsi que de l'obligation d'une déclaration ou d'un dépôt préalable (arrêté du 16 octobre 1830) ;

b. Suppression de la censure indirecte des éditeurs, imprimeurs et des distributeurs et immunité des agents ayant concouru à la publication, quand l'auteur est connu et domicilié en Belgique (art. 18 de la Constit. belge) ;

c. Attribution des délits de presse au jury (art. 98 de la Constit. belge), et garantie au prévenu d'une place distincte de celle des accusés ordinaires (décret du 19 juillet 1831) ; publicité des débats, à moins d'un huis clos ordonné à l'unanimité (art. 96 de la Constit. belge) ;

d. Défense d'arrêter préventivement les inculpés d'un délit de presse puni de peines correctionnelles (art. 9 du décret sur la presse, du 20 juillet 1831) ;

e. Renvoi des poursuites à la simple majorité des juges de la chambre du conseil (art. 8 du décret du 19 juillet 1831) ;

f. Droit de prouver la vérité des imputations dirigées à raison de leurs fonctions contre des dépositaires ou agents de l'autorité, ou contre toute personne ayant un caractère public (art. 5 du décret du 20 juillet 1831) ;

g. Avantage de prescriptions plus courtes que la prescription ordinaire dans les cas prévus par le dit décret. (Voy. art. 12.)

166. Parmi ces principes, les plus importants sont les deux principes constitutionnels sanctionnés par les articles 98 et 18 de la Constitution :

1° Le jury (art. 98) ;

2° La suppression de toute censure, même indirecte (art. 18) :

1° Les constituants ont accordé le jury aux auteurs d'un délit de presse, parce que le délit de presse étant un abus de la pensée, ils ont pensé que le jury, délégué de l'opinion publique, était le mieux placé pour apprécier si l'écrivain avait usé ou abusé de son droit ;

2° Les constituants, voulant l'entière liberté de l'écrivain, couvrent d'une immunité complète ceux qui interviennent matériellement ou bien industriellement dans la publication constituant le délit de presse (1). Ils déclarent que, quand l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi (art. 18 de la Constit. belge, alin. 2).

Si l'alinéa 2 de l'article 18 de la Constitution n'existait pas, il arriverait que toute poursuite pour délit de presse devrait comprendre non seulement l'auteur de

(1) SCHUERMANS, *Code de la presse*, t. II, p. 220.

l'écrit ou de l'œuvre, mais encore l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur.

Ces agents ne seraient pas toujours impliqués dans la poursuite, comme complices de l'auteur, puisque le décret sur la presse est une loi particulière et que l'article 100 du code pénal soustrait les lois et règlements particuliers à l'application du chapitre VII du code sur la participation (1).

Mais, sans être impliqués comme complices, ils seraient tous considérés comme auteurs de l'infraction de presse, ils auraient tous la responsabilité du délit, et par conséquent, si la Constitution ne contenait pas le texte de l'alinéa 2 de l'article 18, l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur, ayant toujours à craindre éventuellement des poursuites, auraient intérêt à contrôler et, le cas échéant, à refuser ce qu'on leur donne à éditer, à imprimer ou à distribuer.

La Constitution, en leur accordant l'immunité, renforce donc l'indépendance de l'écrivain. L'article consacre ce que M. De Brouckere au Congrès a nommé la responsabilité par cascades, c'est-à-dire un courant de responsabilité qui va du distributeur à l'imprimeur, de celui-ci à l'éditeur et de l'éditeur à l'auteur. Si l'auteur est connu et domicilié en Belgique, lui seul sera poursuivi; si l'auteur n'est pas connu ou n'est pas domicilié en Belgique, on ne poursuivra qu'un seul autre agent, qui sera soit le distributeur, soit l'imprimeur, soit l'éditeur. La loi ne veut qu'une victime, a dit M. Devaux,

(1) Pour la controverse relative aux délits de presse prévus non par des lois spéciales, mais par le code pénal, voy. *Pand. belg.*, v^o *Délits de presse*, n^o 227.

et la responsabilité en cette matière est successive et exclusive (1).

167. Quels sont les éléments constitutifs du délit de presse?

a. Il faut d'abord que le fait soit incriminé par la loi pénale (code pénal ou loi particulière);

b. Il faut ensuite que ce fait constitue un abus du droit de manifester librement sa pensée, qu'il porte donc atteinte soit à un droit social, soit à un droit individuel;

c. Il faut, en outre, que l'abus ait été commis à l'aide d'un instrument ou d'un procédé d'impression;

d. Il faut enfin que l'abus ait reçu de la publicité;

e. Et que cette publicité soit voulue.

a. Le fait doit être incriminé par une loi pénale; le délit de presse n'est qu'un délit ordinaire qui se différencie des autres par sa matérialité, c'est-à-dire par son mode d'exécution. Cet élément est fondamental; ce n'est qu'ainsi que l'on peut éviter la création arbitraire de délits d'opinions, n'ayant d'autre raison d'être que le caprice de l'autorité. Les excès de langage, la critique du pouvoir, la discussion des actes des fonctionnaires, des chefs d'Etat sont tolérés aussi longtemps que l'on ne commet pas un délit prévu par la loi : attaque méchante, calomnie, injure, offense, etc.;

b. Le délit de presse existe dès qu'il y a dans le délit commis une manifestation abusive de la pensée.

On n'entend pas la liberté de la presse dans le sens étroit de la seule liberté des opinions. Les constituants ont voulu affranchir la pensée dans le sens le plus général et la notion du délit de presse s'étend donc à toute

(1) *SCHUERMANS*, t. II, p. 235.

expression d'une opinion, d'une pensée ou d'un sentiment quelconque. Admettre une distinction entre l'imprimé qui contient des opinions et l'imprimé qui n'en contient pas, c'est ouvrir la porte à l'arbitraire. La Cour de cassation, dans son arrêt du 22 février 1864 (1), consacre l'interprétation extensive; elle considère comme délits de presse et accorde les privilèges constitutionnels à tout ce qui est publié par le moyen de la presse, quelle que soit la matière traitée;

c. Il faut que l'abus de la pensée ait eu lieu par un procédé d'impression. Le Congrès national ne songeait qu'au journal, mais l'esprit de la Constitution est évident. Il s'agit de tout moyen permettant de reproduire par tirages successifs des exemplaires d'un type unique : lithographie, photographie, autographie, médailles, gravures, moulages, pièces coulées, etc. (2);

d. Il doit y avoir eu publicité; ce que l'on veut atteindre, c'est non la pensée, mais la diffusion des idées coupables par la mise en vente, la distribution, l'affichage, l'exposition aux regards du public, etc.

La publicité doit être effective et non pas seulement possible; un écrit, même imprimé, mais tenu secret, ne constituera pas un délit de presse.

Mais la publicité est effective même quand elle est restreinte; elle existe dès qu'il y a eu communication à plusieurs personnes (3);

e. Enfin, la publicité doit être voulue par l'auteur de

(1) *Belgique judiciaire*, t. XXII, p. 268.

(2) L'article 384 du code pénal assimile aux imprimés la reproduction par un procédé artistique quelconque.

(3) *Contra* : SCHUERMANS, *Code de la presse*, p. 313.

l'écrit ou de l'œuvre; la pensée comme telle est à l'abri des recherches de la justice; si un écrit était publié malgré l'auteur ou à son insu, cet auteur n'encourrait aucune responsabilité (1).

168. Après avoir analysé les éléments du délit de presse, il reste à énumérer les délits de presse, c'est-à-dire les actes incriminés par la loi pénale et qui, commis au moyen de la presse, sont des délits de presse.

Ce sont :

1° Les provocations à commettre des crimes ou des délits, prévues par la loi du 25 mars 1891 et par l'article 66, alinéa 5, du code pénal;

2° Les attaques contre la loi, le gouvernement, les arrêtés royaux et les actes de l'autorité publique, prévues par l'article 268 du code pénal;

3° Les délits contre l'autorité des lois, prévus par l'article 2 du décret sur la presse du 20 juillet 1831;

4° Les délits contre l'autorité du roi et contre sa personne ou celle des membres de sa famille, prévus par l'article 3 du décret du 20 juillet 1831 et par les articles 9, 1, 2 et 3 de la loi du 6 avril 1847;

5° Ces mêmes délits (art. 268 du code pén.; art. 2 et 3 du décret du 20 juillet 1831, et art. 1, 2 et 3 de la loi de 1847) commis par des militaires, et prévus par l'article 27 du code pénal militaire;

6° Les délits contre la personne des souverains étrangers ou de leurs représentants, prévus par la loi du 20 décembre 1852, article 1^{er}, et par la loi du 22 mars 1858, articles 6 et 9;

(1) *Pandectes belges*, v^o *Délit de presse*, n^o 312.

7° Les délits de calomnie, diffamation et injure, prévus par les articles 443 à 449 du code pénal;

8° Les publications en matière de duel, prévues par les articles 423, 424, 425 et 431 du code pénal;

9° Ceux des délits, prévus par la loi électorale du 28 juin 1894, qui peuvent se commettre par la voie de la presse. (Voy. titre VI, art. 196 à 220);

10° Enfin, les outrages publics aux bonnes mœurs commis par l'exposition, la vente ou la distribution de chansons, pamphlets ou autres écrits imprimés ou non, de figures ou d'images, délits prévus par les articles 383 et 384 du code pénal.

169. La question de savoir si cette dernière catégorie d'infractions peut être considérée comme constituant des délits de presse est controversée. On a soutenu que le Congrès n'a pas voulu accorder les privilèges du délit de presse aux œuvres licencieuses et que, dans tous les cas, des figures, des images obscènes sont non pas des abus de la pensée, mais des faits matériels qui s'adressent uniquement aux sens et dont le caractère délictueux saute aux yeux de tous.

Cette opinion n'est pas conforme à l'esprit de la Constitution. Nous avons vu que la Constitution a voulu protéger la liberté de la pensée humaine sous toutes ses formes. Incontestablement, un écrit contraire à la morale peut être un abus de la pensée comme un écrit contraire à l'autorité des lois; il peut donc, quand il est imprimé, devenir délit de presse. Or, ce qui est vrai d'un écrit imprimé, est vrai également d'une image, d'une figure; un dessin est, au même titre qu'un écrit, un moyen de propagande.

Quand on expose, que l'on vend ou que l'on distribue

des figures ou des images, on donne de la publicité à des pensées; une pensée obscène n'en reste pas moins une pensée et une image obscène peut être un délit de presse comme une image politique (1).

Assurément on assiste, à la fin du XIX^e siècle, à un débordement toujours grandissant de publications licencieuses dont nos constituants ne soupçonnaient pas le développement. Il y a une réaction dans les esprits et l'on signale les dangers de l'interprétation la plus large et l'impuissance des parquets à obtenir la condamnation des coupables.

Mais le danger ne résulte pas d'une législation qui défère les publications immorales au jury, il résulte de l'état des esprits, c'est-à-dire de l'indulgence du jury à l'égard des délits incriminés aux articles 383 et 384 (2).

170. A côté des dix espèces de délits de presse qui ont été rappelées plus haut, il y a des délits qui ont la presse pour occasion ou pour mode d'expression, mais qui ne sont pas des délits de presse parce qu'ils ne renferment pas la manifestation d'une pensée et que la justice, en les appréciant, ne touche pas à la liberté de la pensée.

(1) La jurisprudence hésite sur la solution du problème. — Voy. les arrêts dans les deux sens, *Pandectes belges*, v^o *Délits de presse*, nos 101 et 102.

(2) On a proposé une solution radicale consistant à faire décréter par le législateur que les images et figures contraires aux bonnes mœurs ne sont pas des délits de presse. (Voy. Société d'Études sociales. Procès-verbaux des séances, année 1897, p. 32, note de M. P. Errera.) Mais ce serait permettre aux parquets de décider arbitrairement quand il y a outrage aux mœurs et restreindre la liberté de la pensée artistique. — Tarde propose d'attribuer le jugement des délits de presse sans distinction à une magistrature spéciale.

Ce sont d'abord des délits ordinaires comme les délits prévus aux articles 230, 231, 496 et 311 du code pénal (port de faux nom, de faux titre, de fausses qualités; création de la hausse ou de la baisse sur les denrées, etc., qui, commis par la presse, restent délits ordinaires.

Ce sont ensuite des infractions matérielles à des lois qui ont en quelque sorte un caractère de police.

Telles l'annonce de remèdes prohibés (loi du 24 germinal an xi) et de loteries prohibées (art. 303 et 304 du code pén.); l'annonce de procédés de falsification (article 500 du code pén.); de poids et mesures supprimés (loi du 1^{er} octobre 1855); de mentions fausses relativement aux actes des sociétés commerciales (art. 132 de la loi du 18 mai 1873).

Enfin, des infractions plus spécialement relatives à la police de l'imprimerie. L'omission du nom de l'auteur ou de l'imprimeur (art. 299 et 300 du code pén.); l'omission d'insertion d'une réponse (art. 13 du décret du 20 juillet 1831); les infractions en matière de timbre (art. 6 de la loi du 21 mars 1839); la contrefaçon littéraire (section V de la loi du 22 mars 1886 sur les droits d'auteur¹).

Ces infractions sont naturellement déferées à la juridiction ordinaire, et les agents divers qui y ont pris part, sont punis conformément aux règles du code pénal sur la participation (1).

(1) Il n'existe pas de contraventions de presse dans le sens technique, c'est-à-dire des infractions en matière de presse punies de peines de simple police.

CHAPITRE IV

DIVISION DES INFRACTIONS D'APRÈS LE MODE D'EXÉCUTION MATÉRIELLE

171. On peut encore grouper les infractions en prenant comme base de la classification leur mode d'exécution matérielle. Cette classification entraîne des conséquences juridiques et a une portée pratique.

SECTION PREMIÈRE

Délits d'action et d'inaction.

172 Suivant le mode dont l'auteur a produit le résultat incriminé, les infractions sont délits d'action ou d'inaction. En général, le délit est un mouvement, un acte, une *action* qui produit le résultat contraire à la loi. La plupart des infractions sont des délits d'action.

Mais, parfois aussi, il arrive que le délit soit délit d'inaction. La culpabilité alors consiste, non pas à s'abstenir simplement d'agir, mais à s'abstenir de faire l'action précise qu'en vertu de la loi on a le devoir de faire.

173. Dans certains cas, c'est un texte formel qui impose l'acte que l'on ne fait pas (exemple : l'article 362 du code pénal, punissant toute personne qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne l'aura pas remis dans les trois jours à l'officier de l'état civil). Aucune difficulté ne peut surgir.

Dans d'autres cas, plus rares encore, il n'y a pas de texte formel de loi pénale, mais celui qui n'agit pas

avait le devoir légal d'agir (exemple : les parents qui s'abstenant, non par misère, mais à dessein, de remplir l'obligation juridique qui leur est imposée par l'article 203 du code civil, laissent leur enfant mourir de faim). Ici encore, aucune difficulté. L'inaction voulue équivaut au délit d'action, à l'homicide.

174. En dehors de ces circonstances, l'inaction la plus funeste et la plus immorale n'est pas un délit. On ne peut être puni pour ne pas porter secours à son prochain en détresse et le laisser périr (exemple : une partie de natation où l'un des nageurs se noie sans que l'autre vienne à son aide) (1). Si, au contraire, il y a guet-apens, si l'un des nageurs a entraîné son camarade inexpérimenté, en lui promettant de lui apprendre à nager et avec l'intention de ne pas tenir cette promesse et de le laisser mourir, il y a délit d'action. L'action consiste à avoir entraîné le débutant en lui faisant une fausse promesse (2), avec la volonté de causer sa mort.

SECTION II

Unité de délit et unité d'action ou pluralité d'actions. — Pluralité d'actions et de délits. — Unité d'action et pluralité de délits.

175. Suivant la quantité d'actes qui composent l'exécution de l'infraction, le droit pénal reconnaît différents groupes d'infractions bien caractérisés :

Ou bien il n'y a qu'un seul délit, soit qu'il n'y ait qu'un acte accompli, soit qu'il y en ait plusieurs ;

(1) Exemple cité par VON LISZT, p. 139.

(2) Cette question est discutée dans la science allemande; elle ne paraît pas cependant d'une solution compliquée. (Voy. VON LISZT, § 30; VAN HAMEL, § 28.)

Ou bien il y a pluralité d'actes et de délits ;
Ou bien il n'y a qu'un seul acte donnant naissance à plusieurs délits.

§ 1^{er}. Unité de délit avec unité d'acte ou pluralité d'actes.

176. Première hypothèse : Il n'y a qu'un seul délit, soit qu'il n'y ait qu'un acte, soit qu'il y ait pluralité d'actes.

A. — UN SEUL ACTE ET UN SEUL DÉLIT

177. La règle ordinaire, c'est l'action unique constituant un seul délit : un homicide produit par un coup de poignard; une calomnie produite par une imputation méchante portant atteinte à l'honneur.

178. Et en général le délit est instantané, c'est-à-dire qu'il est accompli et terminé dès que l'action a eu lieu. Exemple : le crime d'incendie; il est accompli par l'action de *mettre le feu*, peu importe la durée de l'incendie qui est le résultat de l'action. (Voy. le texte des articles 510 et suiv. du code pén.)

Le crime de bigamie; il est consommé par le fait de la *célébration* du second mariage, peu importe la durée de la cohabitation qui est le résultat du crime. (Voy. le texte de l'art. 391 du code pén.)

Le délit de vol : il est consommé par le fait de la *soustraction* frauduleuse, peu importe que le voleur ait ou non conservé la chose volée; la détention des objets est le résultat du vol. (Voy. l'art. 461 du code pén.)

Le crime de faux : il est consommé par le fait de la *fabrication* du faux, peu importe que le faussaire se serve ou non de la pièce falsifiée. (Voy. art. 194 et suiv.)

L'usage du faux est le résultat du faux ; il constitue une nouvelle infraction ; il ne continue pas la première.

179. Mais parfois le délit est *continu*, c'est-à-dire que l'action unique qui constitue le délit, au lieu d'être achevée en un instant, se prolonge, abstraction faite du résultat de l'infraction, et prolonge ainsi l'infraction elle-même, qui dure alors un temps plus ou moins considérable. Le délit continu ou permanent suppose la même action accomplie par le même auteur et à l'égard de la même victime. Exemple : la détention illégale ou arbitraire (art. 436 et 438 du code pén.).

La distinction en délits instantanés et continus a de l'importance pratique dans la procédure pénale au point de vue de la fixation du point de départ de la prescription de l'action publique.

B. — PLURALITÉ D'ACTES ET UNITÉ DU DÉLIT

180. A côté de ces hypothèses, où l'unité du délit est corrélatrice à l'unité de l'action coupable, nous avons à considérer le cas où l'unité du délit subsiste, mais où ce délit unique se compose de faits ou d'actes répétés et réunis en un ensemble par l'identité du but et de la conception.

181. Quand il y a pluralité d'actes et unité du délit, le délit est un *délit collectif*.

La pluralité des faits n'est pas une condition essentielle d'existence du délit collectif ; celui-ci peut être puni aussi bien quand il n'y a qu'un seul acte matériel que quand il y en a plusieurs. Le type du délit collectif est le délit de coups et blessures volontaires prévu à l'article 398 du code pénal.

La pratique nous révèle beaucoup de situations analogues :

Un domestique vole en plusieurs fois une certaine quantité de cigares ou de vin appartenant à son maître ; un faux monnayeur fabrique en plusieurs fois une certaine quantité d'exemplaires de pièces de fausse monnaie ; l'épouse adultère a plusieurs fois des relations coupables avec le même complice ; une personne secourue fait usage en plusieurs fois d'une série de faux bons de pain.

Il est évidemment erroné (bien qu'on le fasse quelquefois) de considérer ces faits comme des délits multiples, il n'y a qu'un délit formé d'une succession de faits semblables (1).

182. Il y a de même unité du délit et multiplicité des actes dans une espèce de délit collectif appelée *délit d'habitude*. Seulement, la pluralité des faits est ici la condition d'existence du délit d'habitude. Le législateur entend ne punir dans ce cas que l'habitude coupable, et l'habitude ne se manifeste que par la répétition des faits. On ne doit pas confondre l'auteur d'un délit d'habitude avec le délinquant professionnel ou d'habitude. Ce dernier, qui est le repris de justice vivant uniquement du délit, est puni dès qu'il agit : par exemple, le voleur à la tire est puni dès qu'il a commis un acte de vol à la tire ; il y a autant de délits distincts que d'actes séparés de vol à la tire. Au contraire, l'auteur du délit d'habitude ne devient punissable et n'est coupable du délit que quand la répétition des faits a révélé l'habitude dangereuse que le législateur désire réprimer. Un seul fait ne suffit pas ;

(1) On considère aussi que le faussaire qui fait lui-même usage du faux, se rend coupable d'une seule infraction collective. (Art. 197 du code pén.) Conf. HAUS, vol. 1^{er}, p. 263, note 5.

le juge apprécie dans chaque cas, d'après le nombre des actes, si l'inculpé est coupable; on exige généralement un minimum de trois faits (1).

Parmi les délits d'habitude prévus par le code pénal, on peut citer :

Art. 68 du code pénal, le fait de fournir habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion à certains malfaiteurs ;

Art. 308 du code pénal, le fait de porter habituellement des effets aux bureaux du mont-de-piété pour autrui et moyennant rétribution ;

Art. 379 du code pénal, le fait d'exciter habituellement la débauche des mineurs. (La nécessité de la répétition du fait comme élément constitutif de cette infraction est légitimement critiquée. Le code pénal hollandais n'exige, avec raison, qu'un seul fait d'excitation) ;

Loi du 12 mars 1818 (art. 18), interprétée par la loi du 27 mars 1853. L'exercice illégal d'une branche de l'art de guérir, quand une personne non qualifiée remet ou prescrit habituellement des remèdes dans les conditions déterminées par la loi, etc.

La loi, pour qu'il y ait habitude, ne s'occupe pas du nombre des victimes; peu importe qu'il n'y ait qu'une victime ou que les victimes soient différentes. Assurément, par exemple, la personne non qualifiée qui, dans le cours d'une même maladie, visite et soigne plusieurs fois le même malade, ne commet pas l'infraction d'exercice illégal de l'art de guérir, mais le fait de soigner plusieurs fois le même malade, à des époques et pour des maladies différentes, constitue le délit d'habitude.

(1) Haus, p. 238. — Arrêt de Bruxelles, du 18 avril 1856.

183. Il y a enfin unité de délit et pluralité d'actes dans le *délit qualifié* : c'est-à-dire quand le fait tel qu'il est incriminé par la loi pénale, par exemple le vol, est accompagné d'autres faits qui en augmentent la gravité; par exemple l'escalade, l'effraction, l'emploi d'armes, les violences, les menaces, etc. La peine est plus forte, mais le délit reste unique.

§ 2. Pluralité d'actes et de délits.

184. Deuxième hypothèse : A la pluralité des actes correspond la pluralité des délits.

C'est une hypothèse qui répond à une situation simple et naturelle. Le même coupable a commis plusieurs infractions différentes.

Le législateur s'en occupe tantôt au point de vue de la procédure, tantôt au point de vue de la répression.

185. A. Il s'en occupe au point de vue de la procédure, quand les *délits sont connexes*.

Les délits connexes sont ceux qui se trouvent unis par un lien qui rattache l'existence des uns à celle des autres. L'article 227 du code d'instruction criminelle indique les différents cas de connexité des délits, et l'article 226 ordonne, en cas de connexité, la jonction des procédures et l'unité de juridiction. Exemple de connexité : un meurtre commis sur le témoin d'un vol pour assurer l'impunité du vol.

186. B. Il s'en occupe au point de vue de la répression, quand les *délits sont concurrents*.

Les infractions sont concurrentes quand le coupable doit répondre devant la justice de plusieurs infractions qui n'ont pas encore été jugées. Le cas le plus ordinaire

est ce qu'on appelle le concours matériel; c'est le cas où les infractions non encore jugées sont le produit de résolutions criminelles différentes. Exemple : un voleur habile à dépister la police parvient à commettre successivement différents vols avant d'être arrêté. Il a à répondre d'infractions concurrentes. (Pour le concours d'infractions, voy. nos 525 à 547.)

187. C. Il s'en occupe au point de vue de la répression, quand il y a récidive. La récidive, comme le concours, suppose la pluralité des infractions. Le récidiviste, comme l'agent coupable d'infractions concurrentes, comparait devant la justice après avoir commis plusieurs infractions. Mais la récidive existe quand le délinquant est traduit devant le tribunal pour une nouvelle infraction, après avoir déjà été condamné pour des infractions antérieures. S'il commet plusieurs nouvelles infractions après une condamnation antérieure, il y a combinaison du concours d'infractions et de la récidive. (Pour la récidive, voy. nos 493 à 524).

§ 3. Unité d'acte et pluralité de délits.

188. Troisième hypothèse : Une seule action, résultat d'une intention unique, produit plusieurs infractions.

189. C'est ce qu'on appelle le *concours idéal*. Si, dans le concours matériel, il y a pluralité des actions et des délits, le concours idéal suppose unité de l'action et pluralité des délits. Exemples : on tire un coup de feu dans le but de tuer un ennemi; on manque sa victime et l'on atteint un passant inconnu : le coup de feu tiré donne naissance à une tentative d'assassinat et à un homicide involontaire;

Un anarchiste lance une bombe sur le passage d'un chef d'État, il blesse ou tue plusieurs personnes.

(Le code pénal, dans son article 65, établit pour ce cas une peine spéciale.)

CHAPITRE V

DÉLITS FLAGRANTS ET DÉLITS PROPRES

190. En terminant cette classification, signalons les *délits flagrants* et les *délits propres*.

En procédure pénale, le délit flagrant est celui que l'on voit se commettre et dont la preuve est par conséquent facile.

191. En droit pénal, il y a des cas où le code ne punit que le délit flagrant, c'est-à-dire celui que l'on voit se commettre. Exemple : en matière électorale, en vertu de la loi du 28 juin 1894, art. 213, est puni le membre ou le témoin qui *sera surpris* altérant frauduleusement des bulletins, etc.

En ce qui concerne les mendiants et les vagabonds, le code pénal punit le mendiant et le vagabond qui *sera saisi* travesti ou qui *sera trouvé porteur* de faux certificats, de faux passeports ou de fausses feuilles de route, ou d'armes (art. 343 et 344 du code pén.).

En cas de violation de domicile, on ne punit, dans le cas de l'article 442 du code pénal, que celui qui *aura été trouvé* dans le domicile.

Dans le cas d'attentats séditieux ou de rébellion avec bande, les articles 131 et suivants ne punissent les individus faisant partie de la bande que quand ils *ont été saisis* sur le lieu de la réunion.

Dans ces cas, le législateur ne se contente pas de présomptions ou de probabilités; il réduit la preuve à sa plus simple expression et n'admet l'existence du délit que si ce délit est certain, c'est-à-dire s'il est flagrant.

192. Le délit propre est le délit qui suppose chez son auteur une qualité particulière, une condition spéciale résultant de sa profession.

Ainsi le vol est un délit ordinaire qui peut être commis par tous.

Le vol domestique (art. 464 du code pén.) suppose la condition de serviteur à gages.

La concussion (art. 243 et 244 du code pén.) suppose la condition de fonctionnaire.

La désertion (art. 61 du code pén. milit.) suppose la condition de militaire.

LIVRE III

Les conditions constitutives de l'infraction.

193. Définie comme entité juridique, l'infraction est la violation d'un principe sanctionné par la loi pénale.

Si nous transportons l'infraction du domaine de la terminologie du droit dans le domaine de la réalité de la vie, nous voyons que, pour que l'infraction soit punissable, la loi exige la réunion des éléments suivants :

- 1° Un sujet ou un auteur de l'infraction;
- 2° Un objet ou une victime de l'infraction;
- 3° Des actes extérieurs réunissant les conditions matérielles d'incrimination requises par le législateur pour l'existence de l'infraction;
- 4° Un lien moral permettant non seulement de rattacher les actes matériels à l'auteur de l'infraction (imputabilité), mais encore de considérer l'auteur comme coupable de cette infraction (responsabilité).

Nous avons à examiner successivement ces quatre éléments de l'infraction et les questions qui s'y rattachent.

CHAPITRE PREMIER

DU SUJET DE L'INFRACTION

194. Seule, la personne humaine est, dans notre droit pénal, auteur d'infraction (1).

En vertu de l'esprit individualiste qui pénètre le droit moderne, on ne peut attribuer, d'après la loi positive, une action coupable et appliquer une peine qu'à l'individu.

195. Le groupe, la corporation, la personne morale, ne peut délinquer. Nous avons subi, depuis Savigny surtout, l'influence de la doctrine romaine en vertu de laquelle la personne civile n'avait qu'une existence factice, puisée uniquement dans les statuts octroyés par le prince et ne possédait, en dehors des limites de ces statuts, aucune vie juridique ni pour le bien, ni pour

(1) On cite comme curiosité historique le fait que l'ancien droit considérait et punissait les animaux comme auteurs d'infractions. Ce principe était appliqué dans nos provinces comme ailleurs. POULLET, dans son *Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant*, rappelle (p. 238) qu'en 1503, le maire de Tirlemont fait exécuter à Neerlinter un taureau qui avait tué un nommé Henri Van Boorne. DAMBOUDER, dans sa *Pratique judiciaire des causes criminelles*, ch. CXLII : *Du dommage fait par bestial*, admet la punition des animaux. On trouvera des détails relatifs à l'histoire de cette théorie et une liste de cent quarante-quatre procès, faits à des animaux, dans d'Apposio : *Bestie delinquenti* (Napoli, 1892). Il ne faudrait pas croire qu'il y eût là une application de la théorie matérialiste de la peine, réaction mécanique contre une action mécanique nuisible, telle que la conçoivent certains auteurs modernes. Il faut y voir bien plutôt la croyance à un développement de l'intelligence et de la raison chez les animaux. Platon lui-même admet la poursuite et la punition des animaux meurtriers. Voy. aussi, pour l'Allemagne, GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertüme*, 2^e éd., 1854, p. 664 et suiv.

le mal. Avec la tradition impériale, nous considérons comme contraire au droit et à l'équité, à la personnalité de la peine comme à l'essence de la personne morale, d'admettre que celle-ci puisse être auteur responsable d'une infraction.

196. Ce système est l'antithèse de l'ancien droit et notamment de la conception du droit germanique. Qu'il s'agisse du droit scandinave ou franc, ou anglo-saxon, ou allemand, l'unité n'est pas l'individu, mais la collectivité (famille, clan, gilde, communauté), dont les membres forment un tout organique, indivisible, indissoluble. L'obligation de maintenir l'ordre et la paix et de répondre du trouble causé est une obligation solidaire (1). On trouve, aux premiers siècles de l'histoire, l'expression la plus nette de la garantie mutuelle et de la responsabilité collective dans la loi anglaise dite « loi de *Frankpledge* », qui est la forme légale du cautionnement mutuel (2).

Le droit canonique, à son tour, a souvent admis le principe de la responsabilité collective et, à partir du XI^e siècle, l'interdit a plus d'une fois été mis sur des Etats ou sur des villes (3).

Au XVII^e siècle, l'Ordonnance Criminelle de 1670 reconnaît que les villes, bourgs, villages, corporations et autres êtres moraux peuvent commettre des crimes. Et nous rencontrons actuellement encore une survivance de cette conception dans la loi de vendémiaire

(1) OTTO GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*. Berlin, 1868, 1873, 1881.

(2) FISCHEL, *Constitution d'Angleterre*, t. II, p. 16.

(3) CHÉRUVEL, *Dictionnaire des antiquités*, t. II, p. 604.

an IV sur la responsabilité des communes, qui est en vigueur dans notre pays et qui, en cas de troubles et de pillages, permet d'imposer à la commune sur le territoire de laquelle les dégâts ont eu lieu, le paiement du double du dommage causé (1).

197. Aujourd'hui que la législation sociale tend à la reconstitution des groupements organiques (syndicats, unions professionnelles, trade unions, Innungen, etc.), il paraît rationnel de ne pas nier la possibilité de délinquer là où l'on reconnaît, avec la propriété, la réalité de la vie organique et une capacité juridique, expression de la volonté collective. La loi protège la corporation qui accomplit des actes licites; elle a le droit de la frapper quand elle accomplit des actes illicites et de lui infliger dans la personne de ses représentants des pénalités, comme l'amende.

198. La science pénale va plus loin encore : instruite par la statistique, par les études sociologiques, par l'expérience, elle recommence à croire à la responsabilité du milieu social en constatant l'action prépondérante, bonne ou mauvaise, du milieu social. Il y a des milieux bienfaisants, comme il y en a où se développe le penchant criminel. L'enfant des bas-fonds qui grandit dans le vice, la débauche, la corruption, est la victime de son entourage, et la société qui l'abandonne est responsable des crimes qu'il commet, comme la tribu franque était responsable du crime des siens. C'est en vertu de ces principes que la société actuelle considère

(1) On trouve encore la responsabilité collective chez certaines peuplades d'Afrique. Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, t. I^{er}, p. 44 et 75.

la protection de l'enfance comme un devoir sacré (1).

199. Enfin, la science pénale contemporaine, s'éloignant jusqu'à l'extrême du principe que l'individu seul peut être sujet d'infraction, affirme la conception opposée de la *foule criminelle*. De l'individualisation de la culpabilité, on retourne dans ce cas à l'idée d'une culpabilité collective. Contrairement à la théorie de M. H. Spencer, on admet que la foule est un être différent des individus qui la composent, et que, dans la foule, la personnalité des individus s'évanouit pour donner naissance à une âme collective.

200. Les récentes enquêtes sur la psychologie des foules (2) distinguent :

a. Des foules homogènes et organiques composées d'individus semblables avec une origine commune, des tendances et des intérêts communs et dont les instincts sont honnêtes; le type élémentaire de ces foules est la *famille*;

b. Des foules hétérogènes et inorganiques, composées d'éléments disparates, rassemblés au hasard, et où les prédispositions instinctives poussent plutôt au mal : le type le plus caractéristique de la foule hétérogène est la *multitude anonyme des rues*. Dans ces agrégats, l'ensemble est inférieur à l'individu, la contagion de l'exem-

(1) Voy. les projets de loi de M. le ministre Le Jeune sur la protection de l'enfance abandonnée et la déchéance de la puissance paternelle. — Voy. aussi SIGHELE, *La foule criminelle*, p. 130. Paris, 1896.

(2) TARDE, *Philosophie pénale*. Paris, 1890, p. 320; SIGHELE, *La foule criminelle*. Paris, 1892, p. 84; *Actes du Congrès d'anthropologie criminelle de Bruxelles*. Bruxelles, 1893. Rapport de M. Tarde sur les crimes des foules, p. 73; G. LEBON, *Psychologie des foules*. Paris, 1895, p. 147.

ple est toute-puissante. Leurs signes distinctifs sont la mobilité et la soudaineté des explosions, la violence des impulsions; le nombre rend plus courageux pour le mal comme pour le bien; les individus se suggestionnent les uns les autres avec d'autant plus de facilité qu'ils sont plus nombreux; aussi il suffit de peu de chose pour rendre la foule criminelle (1).

201. C'est en définitive dans certaines foules que subsiste l'instinct sauvage, que l'on trouve la prédisposition aux actes nuisibles et le penchant criminel; la caractéristique de ces foules surexcitées, c'est que les qualités de l'humanité s'y neutralisent, les défauts s'y accusent et l'écume monte à la surface.

Aussi, quand une foule s'est livrée à des actes délictueux, il ne peut assurément être question de la considérer en cette qualité comme auteur d'infraction et de la rendre passible de peines, mais pourtant la notion de la foule criminelle a des conséquences juridiques.

Cette notion a modifié certains principes reçus en matière de participation, en montrant le danger de l'association en elle-même, peu importe que les associés soient auteurs ou complices (voy. nos 591 à 597).

Elle a ensuite, quand une infraction peut être attribuée à une foule, à un groupe ou à une bande, fait comprendre la nécessité de rechercher et de frapper sévèrement les meneurs et de ne réserver l'indulgence qu'aux menés (voy. n° 570).

(1) Parmi les variétés importantes des foules criminelles, on cite au xiv^e siècle les hordes de brigands et de pirates; au xv^e siècle, les Coquillards ou bandes de malfaiteurs; plus près de nous, il y a un siècle, les Chauffeurs, et de nos jours, la *Camorra* et la *Maffia*.

Elle a aussi prouvé le danger de la provocation comme telle, même quand elle n'est pas suivie d'effet, alors que le droit positif ne punit que très exceptionnellement la provocation non suivie d'effet (voy. nos 571 à 575).

202. Laissant de côté ces considérations, nous nous retrouvons en présence du droit positif affirmant que l'homme seul peut être auteur d'infraction.

En mettant ce principe en rapport avec les données de la science pénale, on aboutit, de même que l'on classe les infractions en groupes divers, à classer les auteurs d'infractions en catégories distinctes, consacrées par la législation.

202bis. a. D'après l'âge, on divise les délinquants en *enfants* et en *adultes*, les adultes appartenant au domaine de la répression, les enfants réclamant plus spécialement des mesures de protection;

b. D'après les antécédents, on divise les délinquants adultes en *délinquants primaires*, auxquels conviennent des mesures d'indulgence et de philanthropie, et en *délinquants récidivistes*, auxquels doivent être réservées les peines longues et sévères;

c. D'après l'état mental et physiologique du coupable, on distingue parmi les délinquants les normaux et les anormaux. Les normaux appartiennent à la répression. Les anormaux se divisent en anormaux complètement irresponsables ou aliénés et en anormaux imparfaitement responsables ou défectueux. Les aliénés ne relèvent pas de la répression; les défectueux réclament des mesures complexes dont nous aurons à parler et qui relèvent à la fois de la répression et de la protection. C'est le domaine de la préservation sociale (voy. nos 741 à 751 et 766 à 771);

d. D'après la nature de l'instinct et du genre de vie, le législateur reconnaît le groupe des mendiants et des vagabonds qui, sans être des délinquants proprement dits, se rattachent à la criminalité. Quand la mendicité et le vagabondage sont dus à la misère et à l'incapacité de travail, ils relèvent de la bienfaisance; quand ils sont dus à la paresse et au refus de travail, ils relèvent de la législation pénale;

e. Dans certains cas, les souteneurs et les prostituées relèvent également de la répression et dans tous les cas des lois de police. La prostitution est, chez la femme, la forme de la criminalité d'habitude chez l'homme.

CHAPITRE II

DE L'OBJET DE L'INFRACTION

203. Dans le langage juridique, on appelle, en général, objet de l'infraction, la victime de l'infraction, et le plus ordinairement la victime de l'infraction est une personne.

204. Mais l'infraction étant une action ou une omission apportant un trouble dans le monde extérieur suivant les conditions déterminées par la loi, il n'y a plus, comme lorsqu'il s'agit du sujet de l'infraction, à spécifier ce qui peut être l'objet de l'infraction; tout peut être objet d'infraction.

a. En premier lieu, la personne morale peut être victime d'infraction comme un particulier. Exemple : un vol commis au détriment d'une commune, d'une union professionnelle, etc.;

b. Ensuite, l'enfant peut être victime d'infraction, et

la série des infractions punissables qui ont pour objet l'enfant, montre de nouveau la prédominance de la doctrine individualiste moderne sur la doctrine antique, où l'individu n'existait que pour l'État et pouvait être sacrifié, s'il ne devait pas être utile à l'État.

C'est ainsi que non seulement l'enfant est protégé par nos lois pénales au même titre que l'adulte, mais il est protégé avant sa naissance, et pendant la conception comme fœtus, par les articles 348 à 353 sur l'avortement.

Il est protégé au moment de sa naissance comme individu vivant, alors même qu'il ne serait pas viable; il suffit qu'il soit né vivant, c'est-à-dire qu'il ait respiré pour que l'infanticide puisse exister (art. 396 du code pénal).

Il est protégé alors même qu'il est difforme ou anormal. La doctrine du moyen âge exprimée par Damhouder (*Prax.*, t. C, ch. 86) (1), et inspirée par le droit de l'antiquité, tolérait au contraire la suffocation des enfants qu'on appelait *monstres*;

c. Nos lois n'autorisent pas davantage le fait de tuer un homme qui serait irrévocablement condamné à mourir soit par l'autorité dans le cas d'une condamnation capitale, soit par la nature dans le cas d'une maladie incurable. L'homicide d'un condamné avant le terme fixé par le pouvoir légal, ou d'un malade même dans le but d'abrèger ses souffrances, reste un homicide;

d. La loi pénale protège la dépouille mortelle, puisqu'elle punit la violation des tombeaux ou des sépultures (art. 453 du code pén.), et elle protège même la mémoire

(1) *Partus monstrosos, prodigiosos illico suffocandi sunt.*

des morts, puisqu'en vertu de l'article 450, alinéa 2, elle punit la calomnie ou la diffamation dirigée contre une personne après son décès, s'il y a plainte du conjoint, des descendants ou héritiers légaux jusqu'au troisième degré ;

e. La loi pénale protège les animaux contre les actes de cruauté, les mauvais traitements excessifs, les tortures. L'article 561, 5° et 6°, qui punit ces actes, est l'expression d'un sentiment nouveau qui s'est manifesté pour la première fois en Angleterre au siècle dernier ;

f. Enfin, la loi pénale, dans de nombreux articles du code (voy. notamment art. 510 à 550, 559, al. 2), protège les immeubles et les choses mobilières contre les destructions, les dégradations et les dommages.

205. En résumé, comme nous l'avons déjà vu, la loi pénale comme protectrice des intérêts sociaux peut s'étendre dans tous les domaines du droit social où le pouvoir juge son intervention nécessaire. Von Ihering, essayant de tracer une division méthodique des différents objets de l'infraction, considère : a. l'individu ; b. l'État ; c. la société, pris chacun successivement au point de vue physique, au point de vue économique et au point de vue idéal (1).

CHAPITRE III

MATÉRIALITÉ DE L'INFRACTION

206. Il ne suffit pas que l'on trouve, d'une part, un sujet de l'infraction et, d'autre part, un objet de l'infraction ;

(1) Voy., pour le détail, VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, p. 496 et suiv.

tion ; il faut, en outre, que l'auteur ait lésé la victime ou l'objet par un acte ou par un ensemble d'actes incriminés par la loi pénale ; la matérialité de l'infraction, c'est la manifestation extérieure du délit ; on l'appelle parfois corps du délit (1).

Cela revient à dire que la pensée criminelle à elle seule n'est pas punissable et qu'elle doit se révéler aux juges par un acte extérieur réunissant les conditions d'incrimination requises par la loi pénale.

L'acte extérieur peut prendre les formes les plus diverses : actes violents ou actes de fraudes, paroles, écrits, emblèmes, images, conventions, etc.

207. Pour les délits d'action, la détermination de la matérialité n'offre aucune difficulté ; elle consiste dans les actes extérieurs incriminés par la loi.

208. Pour les délits d'inaction, il faut distinguer ; quand il s'agit de la violation d'un devoir juridique exigible, par exemple la mort lente d'un enfant que ses parents font périr faute de soins, la matérialité, ce sont avec le résultat atteint, c'est-à-dire la mort de l'enfant, toutes les circonstances extérieures qui ont amené cette mort.

Quand il s'agit de délits d'inaction consistant à ne pas faire ce que la loi pénale ordonne de faire, la matérialité est incontestablement, quoi qu'en disent les auteurs, moins apparente, puisqu'on n'agit pas, mais la *preuve matérielle* du délit n'en sera pas moins possible : c'est le

(1) BERNER (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1877, p. 129, note 1) soutient avec raison que le terme *corpus delicti*, qui indique parfois simplement l'objet matériel sur lequel l'infraction a été commise, ne répond pas complètement à la notion de la matérialité.

résultat produit par l'inaction. L'article 361 du code pénal prescrivant à toute personne ayant assisté à un accouchement de faire dans les trois jours les déclarations voulues par la loi, la matérialité de ce délit existe quand, à l'expiration du délai, le registre de l'état civil ne contient pas la déclaration requise. La production, après l'expiration des trois jours, du registre incomplet est la preuve matérielle du délit.

209. En somme, la loi n'atteint pas la pensée intime; elle doit se refléter dans le monde extérieur et elle se révèle, en général, par l'action, notamment par des mouvements musculaires. Or, depuis le moment où l'homme commence à agir jusqu'au moment où il achève d'agir, il y a dans la série de ses actes des étapes successives le rapprochant par degrés du but à atteindre; ces diverses étapes n'ont pas, en droit pénal, un caractère particulier qu'elles n'auraient pas dans la vie normale de l'homme. L'écrivain qui veut publier un ouvrage, rassemble ses notes, écrit son manuscrit et le livre à la publicité; le malfaiteur qui veut commettre un meurtre, réunit ses instruments, en fait usage et tue sa victime. Les gradations sont analogues.

210. Le droit pénal ne saurait refléter dans ses formules les nuances infinies de réalisation d'une pensée coupable; il les ramène toutes à trois phases qui sont les trois degrés de la matérialité :

Section I^{re}. La préparation;

Section II. La tentative ou le commencement d'exécution;

Section III. La consommation.

211. Avant d'analyser en détail le système du code sur la matérialité et de préciser les conditions de la maté-

rialité punissable, il importe de présenter une observation générale : le législateur n'a pas seulement à intervenir quand il y a eu un préjudice; il a encore le droit de punir dès que, abstraction faite même de toute lésion, le danger social inhérent à l'action coupable démontre la nécessité d'une défense sociale.

L'ancien droit, donnant un rôle considérable à l'action privée, était naturellement porté à n'exercer la répression que là où il y avait une lésion causée au plaignant. Le droit pénal moderne, reposant sur la défense des intérêts sociaux, réclame la pénalité dès que l'acte anti-social est suffisamment dangereux pour la justifier.

L'école classique attache une importance essentielle aux conséquences matérielles de l'infraction, et semble parfois hésiter à punir quand elle ne peut pas démontrer la réalité du dommage. C'est l'école contemporaine surtout (1) qui affirme avec le plus de netteté que la vraie mesure de la pénalité, c'est l'intensité du danger social effectif, la nature de la volonté coupable, bien plus que l'étendue du préjudice causé.

Et la loi pénale positive s'inspire elle-même de ces tendances quand elle punit non seulement l'infraction consommée, mais, dans des conditions fixées par le code, la tentative d'infraction et, parfois même exceptionnellement, des actes qui ne sont autre chose que la préparation d'une infraction.

(1) Voy. GAROFALO, *La criminologie*, p. 338; VAN HAMEL, *Inleiding etc.*, § 22; TARDE, *Philosophie pénale*, p. 463.

SECTION PREMIÈRE

Actes préparatoires.

212. L'acte préparatoire est le premier échelon de la matérialité; c'est l'acte par lequel l'auteur se met dans les conditions matérielles voulues pour que l'exécution de l'infraction devienne possible; il réunit les moyens de la commettre.

La préparation est la manifestation extérieure la plus éloignée que l'on conçoive de l'accomplissement d'une infraction. Par exemple, l'achat d'une arme pour commettre un homicide.

213. La loi pénale n'atteint pas un pareil fait en lui-même : d'abord il est trop difficile d'établir un rapport entre ce fait et une infraction; l'on peut acheter une arme dans un but inoffensif ou même licite tel que la chasse, comme dans un but criminel; ensuite, il est impossible de démontrer que l'auteur eût fait un pas de plus vers la consommation de l'infraction, et cet acte unique, pris en lui-même, n'offre aucun danger.

Mais, en vertu du même principe, quand l'acte préparatoire, au lieu de laisser de l'incertitude quant à ses conséquences et d'être inoffensif, peut, au contraire, être rattaché à une volonté coupable et paraît dangereux, la loi pénale frappe ce degré inférieur de la matérialité et considère les faits préparatoires comme des délits.

214. Le code pénal de 1867 contient de nombreuses dispositions à cet égard. Il punit notamment les faits commis pour préparer l'exécution d'un complot contre la sûreté de l'État, d'un attentat contre le roi; les prépara-

tifs de sédition (1); le port d'armes prohibées (2); la fourniture d'instruments propres à opérer l'évasion (3); l'entrée sans permission dans une habitation, soit de la part de vagabonds et de mendiants, soit de la part d'autres personnes (4); la contrefaçon ou l'altération frauduleuse de clefs (5); la contrefaçon ou la falsification d'objets servant à la fabrication des monnaies, billets, etc. (6).

Citons encore l'association organisée pour attenter aux personnes ou aux propriétés (7), l'offre ou la proposition de commettre un crime, l'acceptation de cette offre, etc. (8).

Les provocations à commettre certains crimes ou certains délits (9).

SECTION II

Actes d'exécution.

§ 1^{er}. *Commencement d'exécution.*

215. Le commencement d'exécution est le deuxième échelon de la matérialité. On commence à exécuter la série des actes qui forment l'infraction incriminée par la

(1) Articles 106 à 110, 112, 114, 115, paragraphe dernier, 124, § 2, 125, § 2, 126 à 130, 131, § 2, du code pénal.

(2) Article 317.

(3) Articles 336, 337.

(4) Articles 342, 343, 344, 442.

(5) Article 488.

(6) Article 180, §§ 4 et 5.

(7) Articles 322 à 351.

(8) Article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1875.

(9) Article 66 du code pén., alin. 5 *in fine*. — Décret sur la presse du 20 juillet 1831. — Loi du 25 mars 1891.

loi, mais on ne va pas jusqu'au terme de cette exécution. Le délit est consommé quand ce qui est exigé par les termes du code pénal pour que l'infraction existe est accompli. Tout ce qui n'est pas encore la consommation et n'est plus la préparation est commencement d'exécution.

216. Seulement il va de soi qu'il est souvent bien difficile de dire en droit quand il y a acte préparatoire, quand il y a acte d'exécution, et aucune formule générale ne résout la difficulté : des hommes déterminés à commettre un vol se munissent d'échelles, de crochets, de marteaux; à la nuit tombante, l'un d'eux se met en observation pour suivre les allées et venues des gens de la maison; les complices le rejoignent, ils se communiquent les renseignements utiles, concertent le plan et commencent l'escalade. Sont-ce des actes préparatoires ou des actes d'exécution de la soustraction frauduleuse du bien d'autrui (1)?

La fin de la préparation se confond avec le commencement de l'exécution, et les limites qui séparent ces deux degrés de la matérialité, sont vagues et indistinctes; il y a là une question de fait à décider dans chaque cas, d'après la définition du délit, d'une part, et d'après les circonstances de l'affaire, de l'autre.

217. Mais si la loi ne nous permet pas d'établir toujours une démarcation nette entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution, elle nous apprend au

(1) Rossi (*Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 328), écrit qu'il y a acte préparatoire quand l'auteur, en l'arrêtant, peut dire : *J'allais commencer*; qu'il y a acte d'exécution quand l'auteur, en s'arrêtant, doit dire : *Je vais cesser*. Cette formule ne tranche absolument pas la question qui est de savoir quand l'auteur peut juridiquement tenir ces propos.

moins quand le commencement d'exécution devient punissable. Le commencement d'exécution punissable s'appelle tentative punissable. Nous avons à examiner les conditions légales de la tentative punissable.

§ 2. De la tentative punissable.

218. Tout commencement d'exécution est une tentative; car, commencer une infraction, c'est la tenter. Seulement, toute tentative n'est pas punissable.

L'homme qui a commencé à exécuter une infraction et qui spontanément renonce à continuer, soit parce qu'il revient à de bons sentiments, soit parce qu'il n'ose pas aller plus loin, soit parce qu'il remet son projet à des temps meilleurs, ne tombe pas sous l'application d'un texte de loi.

L'impunité d'une tentative abandonnée volontairement par son auteur est une maxime généralement admise; elle est fondée non sur des raisons juridiques, mais sur des raisons d'opportunité. On considère que l'impunité en pareil cas est de bonne politique, parce que supprimer toute sanction pénale contre la tentative abandonnée, c'est favoriser le désistement volontaire et faire appel au repentir; et en outre parce que la poursuite, quand la pensée coupable est si peu connue, se heurte à des difficultés de preuve et expose à des risques d'erreur.

219. Le commencement d'exécution ne devient une tentative punissable que quand, au lieu de renoncer spontanément à exécuter l'infraction, l'auteur a été empêché d'arriver à son but par des circonstances indépendantes de sa volonté.

220. La question de savoir quels sont les éléments juridiques de la tentative punissable, a fait pendant ce siècle l'objet de nombreux commentaires. C'est l'école des criminalistes italiens du moyen âge qui, la première, a conçu une théorie de la tentative (1). (*Cogitare, agere, sed non perficere.*)

221. Le droit romain n'a pas de système arrêté sur la tentative. En ce qui concerne les délits privés, le législateur ne punissait que si le mal était réellement causé, et il ignorait donc la tentative (2), tandis que pour certains délits publics (par exemple loi Cornelia, *De sicariis*), il punissait les actes préparatoires ou d'exécution comme délits spéciaux, à raison de leur caractère dangereux et abstraction faite du résultat.

Le droit allemand du moyen âge n'a pas non plus de doctrine d'ensemble sur ce point; il punit certains actes d'exécution qui n'ont pas eu de résultat : l'embuscade, l'emploi de fausses clefs, etc., comme délits spéciaux, et toujours à raison du danger social qu'ils présentent.

Le droit anglais était tout aussi peu fixé sur la question : le droit anglais primitif affirme la maxime *Voluntas reputabitur pro facto*, et punit l'intention du crime, même sans acte extérieur (3). Tandis que plus tard on ne punit plus que l'infraction consommée ou bien certains actes d'exécution assimilés au délit consommé.

(1) Voy. l'exposé historique dans VON LISZT, *Lehrbuch etc.*, § 45, p. 201.

(2) Il devait naturellement l'ignorer, puisque le délit privé n'était poursuivi que sur la plainte privée et que le citoyen qui n'avait pas subi de lésion ne pouvait pas agir.

(3) J. F. STEPHEN, *General view of the criminal law*. Londres, 1863, p. 46.

Les écrivains italiens du moyen âge inaugurent la distinction scientifique entre la tentative et la consommation, et inspirent l'ancienne jurisprudence, qui subdivise la tentative en éloignée, prochaine et très prochaine.

L'article 178 de la Caroline contient la première définition légale de la tentative, et cette définition répond à toutes les données du problème : « Item so sich jemand einer missethat mit etlichen scheinlichen Werken, die zur Vollbringung der missethat dienstlich sein mögen, untersteht, und doch an Vollbringung derselben missethat durch andere Mittel wider seinen Willen verhindert würde, solcher böse Will daraus etlich Werk, als obsteht, folgen ist peinlich zu strafen. Aber in einem Fall härter denn in dem Anderen. »

En France, l'Ordonnance Criminelle de 1670 ne contient pas de définition de la tentative. Le code pénal français de 1791 et la loi du 22 prairial an iv n'ont à cet égard que des dispositions incomplètes et pas de définition. C'est le code pénal de 1810 qui, dans son article 2 (légèrement modifié par la loi de 1832), consacre le principe affirmé par la Caroline et les travaux antérieurs de l'école italienne, à savoir : « que la tentative punissable est le commencement d'exécution qui n'a été suspendu ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur ».

222. La caractéristique du système du code de 1810, c'est qu'à l'instar de la législation romaine sur les délits publics, il punit la tentative comme la consommation. Il ne se préoccupe que de la perversité de l'intention et dit : « L'agent qui a voulu agir sera frappé comme

s'il avait agi. » Notre code pénal, au contraire, distingue celui qui a tenté d'agir et celui qui a consommé l'acte; il ne se place qu'au point de vue matériel et déclare que la peine sera moindre, parce que le préjudice est moins grand. Comme nous le verrons plus loin, la défense sociale n'est pas complètement assurée par ce dernier système.

223. Le code pénal belge de 1867 complète la définition du code de 1810.

Son article 51 est ainsi rédigé :

« Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. »

224. Les conditions de la tentative punissable sont d'après ce texte :

a. Une résolution criminelle pouvant se rattacher à un crime ou à un délit déterminé; il faut en effet, d'après l'article 51, que les actes qui manifestent l'intention coupable soient des actes d'exécution d'un certain crime ou d'un certain délit, puisque le législateur emploie les mots *de ce crime ou de ce délit*;

b. Des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de la dite infraction; il ne suffit donc pas qu'il y ait, comme dans le droit anglais primitif, une intention coupable; il ne suffit pas que cette intention soit manifestée par un acte extérieur quelconque, il faut que cet acte extérieur soit un commencement d'exécution. L'agent a chargé le fusil à balle; il se place au bout du chemin; il voit arriver sa victime, la met en joue, son

doigt presse la détente; voilà le commencement d'exécution de l'homicide;

c. L'interruption du commencement d'exécution doit résulter de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

Au moment où l'agent vise ainsi la personne menacée, un tiers lui arrache l'arme ou le renverse, etc.

Le législateur présume que, sans l'interruption, le coupable serait allé jusqu'au bout et il le punit.

De plus, à cette présomption qui est la raison d'être de la punition de la tentative d'après l'école classique, l'école moderne ajoute une raison plus indiscutable encore, car une présomption peut toujours être détruite par une présomption contraire; il y a ici plus qu'une présomption : ce que l'on punit, c'est une action réellement dangereuse en elle-même, abstraction faite du résultat et une volonté qui est aussi coupable que si le résultat eût été atteint.

L'agent a fait tout ce qu'il a pu pour réussir et, dans ces conditions, sa résolution criminelle, manifestée au dehors par des actes d'exécution, est un péril social contre lequel il faut réagir.

225. Nous avons vu que le droit romain et le droit allemand du moyen âge ne possédaient pas de théorie scientifique sur la tentative. On obéissait uniquement à des règles de bon sens et l'on réprimait, malgré l'absence de résultat nuisible, certains actes extérieurs considérés comme dangereux.

Il faut remarquer que, malgré des apparences contraires, les législations positives modernes sont obligées de s'inspirer des mêmes principes. Quand elles érigent en délits des actes simplement préparatoires et qu'elles

répriment les tentatives réunissant les conditions légales énumérées plus haut, elles se bornent à déterminer les cas dans lesquels ces actes, devenant d'après elles suffisamment dangereux, justifient la défense sociale.

§ 3. *Les degrés de la tentative.*

226. L'ancienne jurisprudence essayait de tenir compte des nuances variées des faits en distinguant (*conatus remotus, conatus proximus*) la tentative éloignée, prochaine ou très prochaine. Quoi que l'on fasse, il est impossible de traduire en formules les multiples degrés de l'avancement de l'action. L'article 51 du code pénal belge, comme d'ailleurs la plupart des codes modernes, connaît deux modalités de la tentative :

La tentative suspendue. Elle existe quand les actes d'exécution *ont été suspendus* par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur : l'agent met sa victime en joue et va la tuer quand un tiers survient et empêche le résultat.

Le délit manqué. Il existe quand les actes d'exécution *n'ont manqué leur effet* que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur : l'agent met sa victime en joue et tire, mais la balle n'atteint pas la personne visée.

Le délit manqué est évidemment plus rapproché encore de la consommation de l'infraction que la tentative suspendue ; il laisse apparaître plus clairement la volonté coupable, et est donc plus grave. Dans le délit manqué, abstraction faite de l'obtention du résultat, il serait impossible, au point de vue de la matérialité, que

l'agent fit quelque chose de plus ; la similitude, au point de vue des actes extérieurs, entre le délit manqué et le délit consommé est complète.

§ 4. *Influence des circonstances de fait.*

227. Nous venons de passer en revue les conditions générales exigées par la loi positive pour que la tentative soit punissable.

Mais les formules légales ne pouvant embrasser l'ensemble des phénomènes dans leur variété infinie, l'application de ces formules aux cas particuliers soulève de nombreuses questions d'interprétation dont la solution doit être abandonnée, d'après les circonstances de fait, à l'appréciation des tribunaux ou des jurés.

228. C'est ainsi que des blessures faites à autrui seront, suivant les circonstances, un délit consommé de blessures volontaires (art. 398 du code pén.) ou une tentative de meurtre.

C'est ainsi que le repentir de l'agent qui, au moment de presser la détente du revolver braqué sur sa victime, rejette l'arme, lui assure l'impunité de la tentative, puisque le but du législateur, en rédigeant l'article 51, est précisément de provoquer ces renoncements volontaires ; mais le repentir du voleur qui, après avoir soustrait la chose enlevée, la restitue, n'empêche pas la répression. Il y a non pas tentative, mais consommation du vol, car l'article 461 du code pénal définit le vol : la soustraction frauduleuse.

229. La doctrine juridique a néanmoins essayé de tracer certaines règles d'interprétation pouvant servir de direction aux juges.

A. — TENTATIVE PHYSIQUEMENT IMPOSSIBLE

230. La première règle, c'est que la tentative n'est pas punissable quand elle est physiquement impossible, c'est-à-dire quand le commencement d'exécution ne saurait aboutir à un résultat à raison de l'insuffisance des moyens employés ou de l'absence de l'objet nécessaire.

Différentes hypothèses se présentent :

a. Il y a insuffisance absolue des moyens ; par exemple, on veut tuer avec un fusil que l'on croit chargé et qui ne l'est pas ; on veut empoisonner avec une substance que l'on croit nocive et qui ne l'est pas, comme du sel ou du sucre ;

b. Il y a insuffisance relative des moyens ; par exemple, on veut tuer en donnant un coup de couteau à un ennemi revêtu d'une cotte de mailles ; on veut empoisonner en donnant à la victime une dose de poison trop minime pour agir ;

c. Il y a absence de l'objet nécessaire ; par exemple, avec la volonté de tuer, on frappe d'un coup de poignard un homme déjà mort, ou un mannequin mis à la place de la victime menacée ; avec la volonté de voler, on s'empare d'une *res nullius* ou l'on ouvre un coffre-fort vidé.

231. Il s'agit de savoir si toutes ces tentatives indistinctement tombent sous l'application des textes des codes et sont punissables.

La question est l'objet de discussions et les avis sont partagés :

Certains criminalistes, tels que Haus, Ortolan, Thonissen, déclarent la tentative punissable quand l'impossi-

bilité est relative, non punissable quand l'impossibilité est absolue.

D'autres, tels que Garofalo, Seuffert, Lammasch, déclarent la tentative toujours punissable même quand l'impossibilité est absolue (1).

232. L'école classique, concentrant de préférence son attention sur les conséquences matérielles de l'infraction, est portée à baser surtout la peine sur la gravité du mal matériel produit et à être indulgente quand le mal matériel est nul. Et elle arrive à formuler des distinctions subtiles qui tiennent plus du formalisme juridique que d'une politique expérimentale de préservation sociale.

233. L'école moderne s'attachant surtout à combattre les impulsions antisociales, est portée à baser la peine sur le degré de danger que présente la volonté coupable et se montre beaucoup plus rigoureuse dans l'appréciation des actes qui n'ont pas occasionné de dommage matériel. Assurément il faut se garder d'exagérer cette doctrine, qui pourrait nous ramener à la répression de la seule intention. Toutefois, reconnaissons ce qu'elle a de juste : tout code pénal, en punissant la tentative, punit des actes qui sont dangereux malgré l'absence de résultat fâcheux ; ce n'est donc pas tant les suites de l'acte qui doivent nous préoccuper que le danger de l'acte exécuté par le délinquant dans les condi-

(1) La section 74 du rapport de la commission anglaise déjà cité contient, sous le titre *Attempts to commit offences*, un article qui punit la tentative, même quand l'impossibilité est absolue. Il y est dit formellement qu'un pick-pocket n'échappe pas à la peine parce qu'il aurait plongé la main dans une poche vide (p. 77).

tions où il a agi. Sa volonté perverse formée, avec l'acte accompli, un ensemble dangereux. Ce danger est une question de fait, mais il se rencontre parfois même dans le cas où l'impossibilité d'aboutir est absolue.

234. Des voleurs tentent une entreprise; quelle différence y a-t-il dans l'intention des agents entre le cas où ils sont empêchés de faire main basse sur l'argent parce que la police, aux aguets, les arrête au moment où ils ouvrent le coffre-fort, et le cas où ils sont empêchés d'aboutir parce qu'on a vidé le coffre-fort avant leur arrivée, et qu'ils n'y trouvent rien?

Un amant veut tuer son rival. Y a-t-il une différence de criminalité subjective dans les hypothèses suivantes : il tire sur son ennemi et le manque; il tire sur son ennemi qui est protégé par un portefeuille, une montre ou une cuirasse; il atteint sa victime qui guérit de la blessure; il croit tirer sur l'homme qui doit se trouver dans son lit, mais qui a été remplacé par un mannequin?

Une femme veut empoisonner son mari : elle lui donne une dose trop faible d'arsenic; elle lui donne une dose suffisante, mais le contrepoison est administré à temps; elle lui donne une dose tellement considérable d'une substance amère (comme la strychnine), que la victime ne peut la garder en bouche et la crache; elle donne, sans le savoir, une substance inoffensive substituée par un tiers au poison qui avait été préparé.

Dans tous ces exemples, les coupables ont fait ce qui dépendait d'eux pour réussir. Il y a un excès d'indulgence dans la doctrine qui, pour assurer l'impunité à certaines de ces manifestations de leur volonté, invoque l'impossibilité de causer un préjudice.

La tentative punissable supposant toujours l'absence de préjudice, ce n'est pas le caractère inoffensif des actes matériels qu'il faut considérer comme le pivot du système.

La tentative est punie, malgré l'absence de préjudice, parce qu'elle reflète une volonté coupable dont la manifestation extérieure est menaçante pour la vie, la propriété ou l'ordre public. C'est cette manifestation que le législateur doit atteindre. Dans les exemples que nous avons donnés, la manifestation de la volonté coupable est bien caractérisée, et dès qu'elle est suffisamment menaçante pour l'ordre public, il est bon qu'elle soit réprimée.

B. — LA TENTATIVE DANS LE DÉLIT D'INACTION

235. Le délit d'inaction n'est pas susceptible de tentative.

La tentative étant un commencement d'exécution, il ne peut être question de tentative là où il n'y a pas d'exécution. Le délit d'inaction n'admet que deux hypothèses : on ne fait pas ce qui devait être fait; alors il y a délit consommé. On fait ce qu'il fallait faire; en ce cas il n'y a pas d'infraction.

On peut exceptionnellement concevoir une tentative punissable dans un cas où le coupable n'agit pas : des parents dénaturés, dans le but d'amener la mort de leur enfant, le privent de soins et de nourriture. L'enfant va mourir quand la police, prévenue, recueille la victime et la sauve.

Il faut remarquer toutefois qu'il s'agit en réalité ici d'un délit d'action : l'homicide, et qu'il existe de plus

à charge des auteurs de la tentative un devoir d'entretien juridiquement exigible.

C. — LA TENTATIVE DANS CERTAINS DÉLITS

236. Enfin, l'application des règles de la tentative aux éléments dont se composent certains délits provoque des difficultés d'interprétation résultant de ce qu'il y a toujours à apprécier des questions de fait. Nous en citerons quelques exemples :

a. L'escalade et l'effraction sont-elles des commencements d'exécution dans le sens de l'article 51 du code pénal ?

Cela dépendra des circonstances. Il faut toujours, en vertu de l'article 51, que l'on puisse mettre les actes en rapport avec un crime ou un délit déterminé. Si donc, par les aveux des coupables, leurs antécédents, les circonstances de l'affaire, il y a moyen de mettre l'escalade et l'effraction en rapport avec un crime ou un délit, le vol, le viol, etc., il y aura tentative.

Si, au contraire, l'escalade et l'effraction apparaissent comme des actes isolés, ces actes seront punis comme délits spéciaux, s'ils tombent sous l'application des articles 439, 442 et 545 du code pénal, et non comme tentatives ;

b. La bigamie consiste dans le fait de *contracter* un nouveau mariage avant la dissolution du premier. La tentative de bigamie n'existe donc que lorsque le commencement d'exécution de la *célébration* du second mariage a été interrompue. La publication des bans n'est qu'un acte préparatoire ;

c. Celui qui, après avoir exercé des violences dans

l'intention de violer sa victime, renonce au viol, ne peut être puni pour tentative de viol, mais l'acte sera puni comme attentat violent à la pudeur (art. 373 et 374 du code pén.) ;

d. Celui qui, ayant la résolution de tuer son ennemi, renonce spontanément à cette résolution après avoir blessé son adversaire, ne peut être puni pour tentative de meurtre ; il sera puni pour blessures volontaires (art. 398 du code pén.) (1) ;

e. La jurisprudence décide que, dans le cas de faux par interposition de personnes, il y a commencement d'exécution par le seul fait de la présence de l'auteur à la rédaction de l'acte, même quand cet acte est resté inachevé par suite de circonstances fortuites.

§ 5. Puniton de la tentative.

237. La tentative de crime est toujours punie ; la tentative de délit est punie dans les cas déterminés par le code ; la tentative de contravention n'est jamais punie. Le législateur a exclu du domaine de la tentative punissable, d'abord naturellement les infractions commises par simple faute, puisqu'elles ne sont pas susceptibles de tentative, et ensuite les infractions de peu d'importance. Pour les délits légers et les contraventions, il a estimé que la société n'avait pas intérêt à atteindre le commencement d'exécution et ne devait intervenir que quand l'infraction était consommée.

(1) HAUS (*Principes généraux*, t. 1^{er}, p. 358, note) : « La renonciation volontaire ne peut pas en effet avoir une influence quelconque sur les actes qu'il n'est pas au pouvoir de l'auteur d'annuler. »

Ajoutons que les dispositions du code pénal de 1867 sur la tentative sont applicables aux infractions spéciales.

238. Quant à la quotité de la peine, le code, sous l'inspiration de M. Haus, qui lui-même se rattachait à l'école de Carrara et de Rossi, punit la tentative de crime de la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé d'après l'échelle descendante indiquée aux articles 80 et 81 du code pénal (art. 52 du code pén.).

Pour la tentative de délit, il détermine dans chaque cas le taux de la peine; et en fait, la peine du délit tenté est toujours de beaucoup inférieure à celle du délit consommé. (Voy. code pén., art. 162, 166, 184 et suiv.; 187 et suiv.; 252, 284, 286 et suiv.; 336 et suiv.; 405, 441, 466, 497 et 514.)

239. La question de la quotité de la peine en matière de tentative met de nouveau deux tendances en présence :

L'indulgence du législateur a sa source dans des raisonnements abstraits et parfois peu justes; ils sont toujours fondés sur l'unique considération de l'absence de dommage.

On invoque la conscience publique moins alarmée par la tentative que par l'acte consommé, et faisant la distinction entre le délinquant qui a échoué et celui qui a réussi.

On invoque la conscience individuelle du coupable et la différence d'intensité du remords de celui qui a failli être l'auteur du crime et de celui qui l'a effectivement été.

On invoque la proportionnalité qui doit exister entre l'expiation et la jouissance indue que le coupable s'est procurée. Celui qui n'a pas profité de son action crimi-

nelle, doit être moins puni et peut bénéficier de la bonne fortune qui a protégé la victime (1).

240. Cette théorie a contribué à énerver la répression : en ne se préoccupant que du fait externe, elle ne tient pas compte de l'ensemble du problème; en voulant saisir de subtiles nuances de psychologie morale dans l'âme du délinquant, suivant qu'il a réussi ou non, elle lui prête des sentiments que l'honnête homme seul peut éprouver; elle oublie que la société doit se défendre contre un phénomène social : la volonté rebelle des criminels, les impulsions des classes criminelles.

Il est même erroné de croire que la conscience populaire distingue toujours entre la tentative et la consommation. Quand un bandit, s'acharnant sur sa victime, l'accable de coups de couteau ou décharge sur elle plusieurs balles de son revolver, et que, grâce à une force extraordinaire de résistance ou à des prodiges de l'art médical, la victime guérit, tout en restant parfois estropiée ou infirme, il n'est personne qui ne voie dans ce coupable qui échoue un assassin ordinaire et qui n'approuve, en pareil cas, l'assimilation que faisait le code français de 1810 de la tentative à la consommation.

241. Le code belge de 1867 consacre l'assimilation de la tentative à la consommation dans quelques cas exceptionnels d'attentats contre la famille royale (art. 103 du code pén.), d'attentats politiques (art. 104, 105 et 115, al. 5, du code pén.), d'évasions avec violences (art. 336 et 337 du code pén.), d'attentats à la pudeur avec violence (art. 374 du code pén.).

242. Le choix de ces exceptions est évidemment

(1) Rossi, *Traité de droit pénal*. Bruxelles, 1829, p. 376 et 375.

arbitraire et l'assimilation pourrait être étendue à toutes les infractions les plus graves, au moins pour le second degré de la tentative, le délit manqué.

Il est certain encore que, quand il s'agit de délinquants professionnels, la distinction entre la tentative et la consommation quant à la pénalité n'a pas de raison d'être (1).

Le système des circonstances atténuantes répond à toutes les nécessités.

§ 6. *Dérogation du code pénal aux règles consacrées par l'article 52.*

243. Il y a des exceptions au principe que toute tentative de crime est punie.

1° L'article 380, § 2, du code pénal déclare non punissable la tentative du crime de prostitution ou de corruption d'un enfant au-dessous de l'âge de onze ans accomplis. Le crime consommé lui-même doit être habituel et les actes d'excitation non suivis d'effet ont, aux yeux du législateur, un caractère trop indécis pour être incriminés comme tentative punissable. Cette théorie, trop peu soucieuse de la moralité de l'enfant, doit être répudiée par une législation rationnelle sur la protection de l'enfance ;

2° L'article 348 du code pénal sur l'avortement déclare que, quand la femme n'a pas consenti, il n'y a qu'infraction consommée et délit manqué ; la tentative suspendue est donc exclue (voy. § 2 de l'article).

(1) Le code pénal du Congo punit la tentative de la même peine que l'infraction consommée.

Quand la femme a consenti, toute tentative est exclue et le crime consommé est seul punissable ;

3° En matière de faux témoignage (art. 215 et 216 du code pén.) et de subornation de témoins (art. 223 du code pén.), qui n'est qu'un acte de complicité du faux témoignage, on ne peut concevoir que le crime consommé. La vérité résulte de l'ensemble des déclarations faites jusqu'à la clôture des débats ou jusqu'à l'arrestation du témoin. A ce moment, il y a crime consommé ou il n'y a rien, et il ne reste pas de place pour la tentative. Un témoin peut, jusqu'à la clôture des débats ou jusqu'à son arrestation, revenir sur des déclarations antérieures.

Au contraire, une déposition fragmentaire, qu'un témoin n'a pu achever, n'est, si elle manque d'exactitude, ni un faux témoignage ni une tentative de faux témoignage ;

4° L'article 401 du code pénal punit le crime de coups ou blessures volontaires ayant causé la mort sans intention de la donner. Bien que l'article 52 du code pénal punisse toute tentative de crime, on ne pourrait pas concevoir une tentative de ce crime spécial.

Pour les coups et blessures simples qui constituent un délit, la controverse ne naît même pas ; car, en vertu de l'article 53 du code pénal, il faudrait un texte pour que la tentative fût punissable, et ce texte n'existe pas.

Si les coups et blessures ont causé la mort dans les conditions fixées à l'article 401 du code pénal, la tentative est radicalement impossible par la raison que la tentative exige l'intention de causer la mort, et que l'article 401 suppose formellement l'absence d'intention ;

5° On discute la question de savoir si, quand l'asso-

ciation de malfaiteurs est punie de peines criminelles (art. 322 et suiv.), la loi admet une tentative de ce crime. La solution doit être négative. L'association de malfaiteurs est un acte préparatoire frappé d'une peine à raison de son caractère dangereux. Or, on ne conçoit pas une tentative d'acte préparatoire.

SECTION III

De la consommation de l'infraction.

244. Quand rien n'a arrêté l'auteur dans les actes extérieurs d'exécution de l'infraction, celle-ci est consommée.

Toutefois, il faut bien se garder de confondre la consommation de l'infraction avec l'obtention du résultat que l'auteur avait en vue. Au sens du droit positif, la consommation existe dès que sont réunis tous les éléments matériels d'incrimination exigés par le code pour que le crime, le délit ou la contravention soient punissables.

245. Il n'est donc pas toujours nécessaire, pour qu'il y ait infraction consommée, que l'auteur ait atteint son but.

Dans chaque cas, il importe de recourir au texte de la loi, et l'article du code pénal qui définit l'infraction, nous indique avec précision ce que le législateur a voulu incriminer.

a. Tantôt l'infraction n'est consommée que si le résultat voulu par l'auteur a été obtenu et si un certain mal a été produit. Le meurtre, l'assassinat, le parricide, l'infanticide, l'empoisonnement ne sont consommés que quand il y a mort d'homme (art. 393 et suiv. du code

pénal). L'avortement n'est consommé que quand il y a expulsion du fœtus (art. 348 et suiv. du code pén.).

L'escroquerie n'est consommée que pour autant que l'auteur se soit fait remettre le bien d'autrui (art. 496 du code pén.);

b. Tantôt, pour que l'infraction soit consommée, il faut qu'un certain mal ait été produit, mais il n'est pas nécessaire que le résultat voulu par l'auteur ait été atteint.

Ainsi, celui qui incendie veut détruire par le feu. Pourtant le crime d'incendie est consommé dès que l'auteur *a mis* le feu (art. 510 du code pén.) (1). Il ne doit donc pas nécessairement avoir détruit.

Celui qui vole veut s'emparer du bien d'autrui. Or, le vol est consommé par le seul fait de la *soustraction frauduleuse*, même si le voleur n'a rien pu emporter (art. 461 du code pén.);

c. Tantôt, enfin, l'infraction est consommée, abstraction faite de tout résultat quelconque.

Le complot est consommé dès que la résolution d'agir a été arrêtée, alors même qu'il aurait complètement échoué (art. 110 du code pén.).

Le crime de fausse monnaie est consommé alors même qu'aucune pièce n'a été émise (art. 160 du code pén.).

Le faux en écriture est consommé alors même que le faussaire n'a tiré aucun parti de la falsification (art. 193 et suiv. du code pén.).

(1) Il n'est pas toujours facile de fixer en fait le moment où le crime d'incendie est accompli. On admet généralement qu'il y a consommation quand il n'est pas au pouvoir de l'auteur de se rendre maître du feu; d'où il suit que si l'auteur parvient encore à temps à éteindre le feu, le crime n'est pas consommé. (HAUS, t. I^{er}, p. 323.)

246. Les délits d'inaction eux-mêmes sont susceptibles d'une différenciation analogue : certains d'entre eux sont punis, abstraction faite des conséquences qu'ils peuvent entraîner. (Voy. art. 155, 156, 264, 307, 319, 320, 361, 362 et 367 du code pén.).

D'autres ne sont punis qu'à raison d'un mal causé que la loi indique. (Voy. art. 242, 283, 285, 294, 295, § 2, 418 à 422 du code pén.).

247. Il n'y a donc pas d'uniformité dans ce domaine ; et le législateur détermine arbitrairement le moment précis où la matérialité devient l'infraction consommée. Et c'est une preuve de plus que le point de vue purement formel n'est pas soutenable, et que le seul critérium du législateur, c'est le danger social.

248. On rencontre également, parmi les infractions prévues par le code, un groupe spécial d'infractions que le législateur considère comme consommées, mais qu'à raison de certaines circonstances appelées excuses péremptoires (voy. nos 484 et 485), il exempté de la peine.

249. Enfin, d'après la façon dont l'infraction est consommée, elle est ou non susceptible des deux degrés de la tentative. Le délit manqué n'est possible que dans les seuls cas où la loi exige, pour que le crime ou le délit soit consommé, l'obtention d'un résultat, par exemple le meurtre. Dans les autres cas, par exemple le faux, il peut y avoir tentative suspendue, il n'y aura pas délit manqué.

CHAPITRE IV

ÉLÉMENTS MORAUX DE L'INFRACTION

250. Nous avons analysé les éléments matériels ou externes de l'infraction.

Pour devenir punissables, il ne suffit pas que ces actes matériels puissent être rattachés à un agent par un lien de causalité physique, il faut encore que le juge puisse demander compte à l'agent du résultat de ses actes, ou les rattacher à l'agent par un lien de causalité morale, en un mot, le déclarer responsable de l'infraction.

La responsabilité, c'est la réunion des éléments psychiques internes permettant de déclarer l'homme coupable d'une infraction et de lui appliquer une peine de ce chef.

Le délit n'a pas une cause différente de celle des autres actes de la vie. L'image mentale de ce que nous allons faire est produite dans nos centres nerveux cérébraux par des impressions reçues du dehors et aussi par des associations de représentation, de souvenirs ou d'idées.

Rendue par nos nerfs à nos muscles et par nos muscles au monde extérieur, l'image se traduit en mouvements dont les résultats sont ou indifférents, ou utiles, ou nuisibles.

251. Si nous examinons de plus près le mécanisme de cette transformation d'impressions ou d'images en actes musculaires, nous constatons que l'impression reçue de l'extérieur est transmise par un courant nerveux centripète soit aux centres de la moelle, soit aux centres du cerveau. Il y a, entre notre système nerveux et le mond

extérieur, un échange continu de vibrations centripètes et centrifuges, d'actions et de réactions réciproques.

Mais le courant nerveux ne fait pas toujours un trajet complet. Parfois il ne passe que par les centres médullaires, et alors les réactions qui partent des centres médullaires, sont automatiques. Pour qu'elles soient volontaires, il faut que le trajet des vibrations ait été complet, que les impressions aient été perçues par les centres nerveux du cerveau et que la réaction motrice soit partie des centres nerveux cérébraux; celle-là seule appartient à l'activité mentale (1).

Il est incontestable que l'activité mentale s'accomplit toujours au sein des éléments nerveux; en dehors de ces conditions de fonctionnement, elle échappe à nos sens. Mais si la physiologie connaît actuellement le processus de l'activité psychique ou mentale, si elle en a étudié le mécanisme, elle ne connaît rien de l'essence ou de la cause de cette activité. Elle sait le *comment* de l'activité psychique, elle ignore le *pourquoi*.

De même, le fait que deux morceaux de bois sec frottés l'un contre l'autre produisent de la chaleur, ne permet pas d'affirmer que la chaleur n'a de raison d'être que dans le bois sec.

252. Quoi qu'il en soit d'ailleurs de l'origine, de l'essence ou du résultat de nos actes, pour que nous ayons à en rendre compte ou à *en répondre*, il faut à la base de ces actes trouver la volonté (2).

(1) HAMON, *Déterminisme et responsabilité*. Paris, Schleicher frères, 1898, p. 15 et suiv.

(2) J. F. STEPHEN, *General view of the criminal law in England*, p. 76. London, Macmillan and Co, 1863.

Un mouvement purement automatique ne produit pas de résultats dont nous soyons pénalement responsables.

Un épileptique, en proie à des convulsions, tombe dans la rue et dans sa chute blesse un enfant qui passe, il n'a pas à répondre pénalement de cette blessure.

253. Un mouvement imposé par la volonté d'autrui, et à l'accomplissement duquel notre volonté n'a aucune part, ne produira pas de résultats dont nous puissions avoir à répondre. Des bandits s'emparent d'une femme, lui mettent dans la main un poignard; ils serrent et dirigent la main de façon à faire porter un coup mortel à une victime; la femme n'a pas à répondre de ce résultat.

254. Et de même, dans les cas plus rares où le code pénal punit l'inaction, l'absence de mouvement, nous ne sommes responsables des résultats que si nous étions libres de faire les mouvements, c'est-à-dire si nous avons la disposition de notre volonté. Il n'y aura pas de responsabilité pour le gardien de prison, qui ne s'oppose pas à l'évasion des détenus parce qu'on l'a garrotté, ou pour la personne qui, ayant assisté à un accouchement, ne fait pas les déclarations prescrites parce qu'on l'a enfermée.

255. L'élément moral irréductible que l'on trouve à l'origine de toute infraction punissable, c'est donc la volonté.

Et, dès lors, deux questions se posent :

Une question philosophique : la volonté de l'homme qui est ainsi à la base du droit répressif, est-elle libre ou déterminée?

Une question juridique : quelles sont les conditions exigées et les modalités admises par la loi, positive pour

que cette volonté humaine, libre ou déterminée, entraîne la responsabilité pénale, c'est-à-dire la répression au sens propre du mot.

SECTION PREMIÈRE

Point de vue philosophique.

§ 1^{er}. *Libre arbitre et déterminisme.*

256. Faisons remarquer tout d'abord qu'il n'y a pas un rapport indissoluble entre la question du libre arbitre et le droit pratique de punir. Depuis que les hommes se sont livrés à des spéculations philosophiques sur la cause de nos actions, il y a toujours eu des partisans du libre arbitre et des déterministes, mais tous, Pélage comme saint Augustin, jansénistes ou puritains comme cartésiens, ont toujours admis le droit de punir.

Même si l'on parvenait à démontrer que le monde est un pur mécanisme où les mouvements sont réglés d'avance, il y aurait encore des précautions à prendre contre des déviations inévitables. Si les délinquants sont poussés au crime par un instinct fatal, la société n'en a pas moins le droit et le devoir de défendre ses conquêtes contre ceux qui les menacent. Elle réagit contre la foudre par le paratonnerre; elle peut réagir contre la criminalité par des mesures de défense qu'on appelle *peines*. Dans cette hypothèse, on ne rechercherait pas si les délinquants peuvent se conduire autrement qu'ils ne le font, on se bornerait à affirmer qu'ils le doivent. Cette affirmation du droit pénal serait d'ailleurs absolument nécessaire à titre d'exemple et comme frein

pour les hésitants (1). Et le droit pénal resterait un rouage social indispensable. Le caractère seul de la peine pourrait être différent.

257. Mais, au point de vue moral, au contraire, et comme tendance directrice de l'humanité, la question de savoir si nos actions sont fatales ou libres a une importance fondamentale.

Le libre arbitre absolu, c'est-à-dire la volonté se déterminant elle-même en toute liberté, est un acte de foi et ne se démontre pas. Une volonté indéterminée, capable d'agir sans motif ou contre tout motif, ou de vouloir en même temps les contraires, est incompréhensible. L'homme qui pourrait au même moment, avec le même caractère, dans les mêmes circonstances, faire exactement l'opposé de ce qu'il fait, ne nous est pas révélé par l'expérience. Comme le dit Kant, la volonté, complètement autonome, est un postulat de la raison pratique; croire à la réalité de cette autonomie est un intérêt moral, mais l'objet de cette croyance échappe à l'observation et fait partie du monde inconnaissable des choses en soi.

258. Dans la vie telle que nous la vivons, nous voyons s'exercer la loi de causalité; tout acte s'explique par un mobile déterminant, et tout mobile se rattache au caractère de l'homme, à son tempérament, à sa nature, en un mot, au noyau irréductible des dispositions qui constituent son individualité propre et font qu'il est lui-même et qu'il ne voudrait pas être un

(1) En appréciant la lutte pour le droit, dit VON IHERING, on ne doit pas seulement avoir en vue les combattants, mais aussi les autres.

autre (1). Un acte qui n'aurait pas de mobile et ne se rattacherait pas à l'ensemble des tendances qui caractérisent une personne, serait comme suspendu dans le vide et ne pourrait être imputé à son auteur. Ainsi l'indétermination absolue de la volonté, entendue dans ce sens, sape le principe même de la responsabilité pénale, en coupant le seul lien qui unisse l'acte à l'agent.

259. Toutefois, le déterminisme absolu est aussi un acte de foi et ne se démontre pas plus que le libre arbitre. Le déterminisme est un fait expérimental en tant que, dans le cadre restreint de notre observation journalière, tout phénomène constaté par nous a une cause prochaine qui le détermine; mais il n'en est pas de même quand nous essayons de remonter aux causes lointaines.

L'homme doué de volonté est assurément le produit d'un enchaînement ininterrompu d'éléments multiples lui donnant une empreinte particulière; mais la cause dernière à laquelle se relie notre personnalité, qui nous différencie de nos semblables et nous fait agir dans une certaine direction, échappe à notre perception.

260. La volonté dépend de l'organisation physique, du milieu social, de l'hérédité. Or, chacune de ces influences se décompose en un nombre infini de facteurs. L'organisme physique se résout en dernière analyse en milliards de cellules et de fibres nerveuses

(1) Il peut arriver exceptionnellement qu'un homme, dans une circonstance extraordinaire, semble agir contrairement à sa nature habituelle (par exemple, un homme fort doux commet un meurtre en constatant un flagrant délit d'adultère). Mais alors il est précisément « hors de lui » et le mobile qui a poussé sa volonté est assez puissant pour contrebalancer sa nature habituelle et réveiller l'énergie latente qui fait partie de sa personnalité.

agissant et réagissant les unes sur les autres; le milieu social est un enchevêtrement complexe de facteurs physiques et moraux qui se pénètrent et se confondent sans qu'on puisse préciser nettement le rôle de chacun d'eux; la loi biologique de l'hérédité se fait sentir jusqu'à la dixième génération, ce qui représente pour chaque individu au moins deux mille influences ancestrales différentes qui s'accumulent ou se neutralisent au gré de la combinaison des atomes. Si bien que le principe de causalité se dilue, s'affaiblit, se perd dans la variété infinie des causes et va rejoindre dans l'inconnaissable le principe de liberté.

261. Spécialement en ce qui concerne les actions de l'individu, si, au point de départ de l'activité mentale, on trouve la vibration nerveuse, le fait de la simultanéité, de l'activité mentale et de l'activité nerveuse ne nous apprend rien quant à la raison d'être et à l'essence de celle-ci. Nous connaissons (ainsi que nous l'avons dit plus haut, n° 251), le mécanisme de la vie psychique, nous n'en connaissons pas la cause dernière.

262. La loi des grands nombres, en éliminant les influences individuelles, fournit des moyennes qui impriment aux actions humaines l'apparence de la régularité et paraissent anéantir la liberté. Mais les moyennes, précisément parce qu'elles font disparaître les écarts et ramènent les extrêmes à un chiffre conventionnel, ne traduisent pas la réalité.

Quand on abandonne le nombre pour étudier l'individu, l'unité, on voit, avec la multiplicité inouïe des combinaisons possibles, renaître la spontanéité et la vie.

Si les moyennes nous donnaient la vérité, nous serions

capables de deviner l'avenir de nos semblables, comme l'astronome calcule la date d'une éclipse ou du retour d'une comète. L'étude de l'histoire serait semblable à l'étude d'un mouvement d'horlogerie, et nous connaîtrions la série des événements futurs et la destinée de tous les acteurs du drame mondial.

Or, dans les conditions où il vit, l'homme est impuissant à calculer la succession probable des actes des individus; ses calculs sont toujours déjoués.

Rien ne nous permet donc, en droit pénal, de comparer les agissements du coupable à des mouvements automatiques ou d'assimiler notre personne à un instrument passif de forces physiques auxquelles elle est asservie.

263. Cette assimilation est démentie d'ailleurs par le sentiment vrai ou illusoire que nous avons de notre liberté interne et qui fait que l'enfant devenu adulte manifeste le développement de sa personnalité en rejetant toute tutelle et en substituant, dans la direction de sa conduite, sa volonté propre à celle d'autrui (1).

264. L'indéterminisme absolu et le déterminisme absolu sont donc deux hypothèses. Mais l'hypothèse de la liberté a une valeur spéciale : elle est aussi indispensable à l'explication du monde moral que l'hypothèse

(1) Les études récentes sur la psychologie des foules mettent également et d'une autre façon cette vérité en relief. Quand l'individu fait partie d'une caste, d'une classe, d'une secte, d'un parti ou d'une foule, sa personnalité se fond dans l'ensemble; il se sent moins libre et moins responsable et se laisse entraîner à commettre des actes qu'il ne commettrait pas s'il était seul. Qu'il s'isole au contraire de son milieu, et immédiatement il se sent plus libre d'agir par lui-même et plus responsable, et il puise en lui-même ses motifs d'action.

d'un éther répandu dans le vide est indispensable à l'explication du monde physique. Sans la liberté, l'humanité n'a plus de signification morale; elle se perd dans une sorte de vague inconscience où se confondent le bien et le mal, le vice et la vertu, la peine et la récompense, et qui aboutit au pessimisme et à l'inertie.

265. Or, puisqu'à côté de la notion d'un monde sensible où règne la causalité, nous possédons, avec Kant, l'intuition d'un monde intelligible où règne la liberté, nous devons nous rapprocher du monde intelligible et, tout en admettant en fait le lien de causalité, fortifier en nous le sentiment de notre liberté. D'ailleurs, la caractéristique de la formation de la personnalité, c'est l'idée qui s'éveille et grandit en nous d'être à même de vouloir. Une forte individualité est-elle autre chose qu'une forte volonté qui réagit contre les impulsions et les influences externes, et qui, par cela même qu'elle croit à la liberté, se rend de plus en plus libre et acquiert de plus en plus le sentiment de la responsabilité (1).

266. Accepter, d'une part, le fait du monde sensible et de la causalité, d'autre part, l'idéal du monde intelligible et de la liberté, considérer le progrès comme le passage du monde de la causalité au monde de la liberté, c'est tendre à une conception du droit qui concilie les données des sciences exactes avec les exigences de la morale, le naturalisme avec l'idéalisme.

267. Cette conception admet une volonté déterminée par les conditions organiques de la vie individuelle et sociale; elle admet en même temps une activité cons-

(1) Fouillée, se rattachant au cartésianisme, considère l'idée de liberté comme une idée-force qui se réalise en étant pensée.

ciente dirigée vers le bien et capable de s'élever graduellement à une liberté et à une moralité toujours plus grandes. Elle justifie la pensée de Hegel : « L'histoire universelle est l'histoire de la liberté. »

§ 2. *La liberté relative.*

268. Si nous appliquons cette conception à la conduite de l'individu dans la vie, nous voyons que tout être humain a en lui un élément de liberté et un élément de nécessité.

Il tient de la liberté la possibilité de choisir entre des motifs et de vouloir; il tient de la nécessité l'empreinte que sa famille, sa race, son milieu, son époque donnent à son caractère et qui détermine la direction de son choix.

En d'autres termes, nous sommes doués d'une liberté interne conditionnée par les lois générales de l'univers et, dans les limites de ces lois générales, nous conservons une dose de spontanéité ou de force de réaction plus ou moins grande.

269. Le même moteur, agissant sur deux machines à coudre identiques, produit des effets identiques.

Le même insecte, se posant sur deux dionées semblables, produit des contractions nerveuses analogues.

Le même stimulant, agissant sur deux animaux semblables ou sur le même animal à deux moments successifs, produit déjà des effets variables.

Enfin, s'il s'agit de deux hommes ou du même homme pris à des instants différents, la divergence des réactions est plus considérable encore.

270. Le malheureux, né dans un milieu délétère, est

peu fait pour résister aux influences malsaines; le privilégié, entouré dès son berceau de tous les bienfaits de l'éducation morale, est protégé contre la chute. Toutefois, le premier est capable de vivre en héros, le second en malfaiteur, et l'expérience démontre que parfois il en est ainsi.

Dans le court trajet de la prison à la guillotine, plusieurs condamnés à mort, marchant à l'échafaud, entourés de gardiens et les mains liées, n'auront pas tous la même attitude.

Ils donneront, selon leur individualité, des preuves de fermeté, d'insolence, d'esprit rebelle ou de lâcheté, de désespoir, d'inertie. Alors même qu'extérieurement l'amplitude des oscillations de la volonté semble réduite à rien, ces oscillations subsistent, révélatrices d'une liberté interne indiscutable.

271. Il y a des cas d'abolition complète de la personnalité dont nous parlerons plus loin (voy. nos 393 et suiv.) et qui rentrent dans la catégorie des maladies mentales. Sauf ces cas, la liberté existe, mais elle est relative; elle a ses degrés; elle s'accroît ou diminue suivant les conditions plus ou moins normales de l'organisme individuel et du milieu social.

Tous nos efforts doivent tendre assurément à l'augmenter. Mais nous sommes forcés de reconnaître que la liberté absolue est du domaine du monde idéal que Kant appelle « le monde intelligible et de la loi morale », tandis que dans le monde où nous vivons, la liberté est relative, et, par conséquent, la responsabilité n'est aussi qu'une notion relative.

272. La grande erreur de l'école pénale classique du début du siècle, c'est d'avoir donné comme base unique

à la législation pénale, le principe de la liberté et de la responsabilité absolues et de n'avoir connu que le type de l'homme absolument normal ou parfait et absolument responsable, d'une part; et le type de l'homme absolument anormal et absolument irresponsable, d'autre part; le premier appartenant exclusivement à la répression, le second exclusivement à la médecine mentale.

Or, le droit de punir est une science contingente et relative; la peine est un moyen relatif de tenir en respect la volonté rebelle aux lois. Le législateur pénal doit avoir en vue non pas l'homme idéalement parfait que nous essayons en vain de concevoir même dans nos rêves, mais l'homme imparfait tel qu'il se rencontre dans la vie réelle.

Les imperfections humaines se meuvent entre deux limites extrêmes; d'une part, il y a un point où elles sont assez réduites pour que l'homme soit considéré comme doué du degré de perfection dont il est susceptible; d'autre part, il y a un point où elles sont assez accentuées pour que l'homme soit considéré comme se trouvant absolument en dehors des règles ordinaires de la vie ou comme aliéné.

Mais entre ces deux termes il y a une large zone intermédiaire avec des nuances et des gradations infinies et qui comprend la moyenne des êtres humains.

Quand l'homme devient délinquant, le rôle de la justice répressive consiste à envisager les caractères de son imperfection ou de son anormalité et à choisir le frein à y opposer, c'est-à-dire à appliquer une mesure de défense sociale en rapport avec la nature de l'agent. Le code pénal, qui ne connaît que la peine et l'acquittement, est beaucoup trop simpliste pour la solution d'un problème aussi complexe.

§ 3. Conclusions de la science pénale contemporaine.

Partant de ces données, la science pénale contemporaine proclame les principes suivants :

273. Ni au moral, ni au physique, il n'existe d'homme absolument normal. L'homme parfait est une pure création de l'esprit; la volonté, se déterminant elle-même en toute liberté, est une conception abstraite de la raison.

L'homme normal, tel qu'il nous est permis de le connaître, est un homme doué d'une activité psychique plus ou moins régulière et se conduisant d'après des motifs d'action plus ou moins normaux.

L'exercice du droit de punir suppose un homme normal ainsi défini et envisagé dans l'ensemble de son organisme mental et physique. Il est impossible de détacher la volonté de cet ensemble constituant l'individualité et de l'étudier isolément; il faut la prendre dans le terrain où elle a germé, il faut la rattacher aux prédispositions, au caractère, au tempérament, à la nature de l'agent et ainsi l'on sera à même de mesurer l'intensité de la réaction pénale à l'intensité du danger que présente le délinquant.

274. Entre le domaine de la normalité approximative qui appartient sans contestation au droit pénal et le domaine de l'anormalité complète qui appartient sans contestation à la médecine mentale, il y a la zone intermédiaire des anormaux dont la situation est douteuse et incertaine, dont l'état psychique est défectueux, dont la personnalité est incomplète et qui, par des étapes innombrables, passent de ce que le code pénal actuel appelle la responsabilité à ce qu'il appelle l'irresponsabilité.

Aussi l'on voit juristes comme médecins hésiter et discuter.

275. Nous aurons à examiner (voy. nos 392 et suiv.) la façon de classer les délinquants à ce point de vue et les mesures à prendre à leur égard (voy. nos 741 et suivants).

Disons seulement ici : 1° que pour ceux qui se rapprochent, d'une part, du type de l'être normal, et, d'autre part, du type de l'aliéné, il y aura toujours un peu d'arbitraire dans la classification et que cet arbitraire est inévitable; 2° que pour ceux qui constituent le noyau de la zone intermédiaire, les dégénérés, les défectueux, les déséquilibrés, les neurasthéniques, les individus atteints de faiblesse morale en vertu de tares congénitales ou acquises, il apparaît avec évidence que le problème de la responsabilité ne peut pas être posé et que, si on le posait, on ne parviendrait pas à le résoudre.

276. S'il fallait en effet pour chacun de ces anormaux doser la quantité de responsabilité qui entre dans leurs actes et attribuer à ces actes une dose proportionnelle de peine, on aboutirait à établir une diminution considérable de responsabilité et une réduction considérable de la pénalité. Or, rien ne serait plus contraire au maintien de la sécurité que de rendre rapidement à la liberté des êtres inaptes à la vie sociale et qu'il faut en tenir éloignés dans leur intérêt comme dans l'intérêt public.

277. La question est donc différente :

Le juge répressif n'a pas à trancher une controverse métaphysique; il n'a pas à toucher au problème philosophique de la responsabilité morale. Il peut laisser ce problème entier, et quelles que soient à cet égard ses

convictions, qu'il soit partisan du libre arbitre ou déterministe, sa mission est une mission de défense sociale; il n'a qu'à rechercher quelles sont, en fait, les mesures les plus utiles à prendre vis-à-vis des défectueux pour assurer convenablement la défense sociale.

Dans ces conditions, il s'agit d'une décision à prendre, non sur le degré de responsabilité et sur le taux de la peine, mais sur la nature du danger que présente le délinquant et sur la qualité du régime à lui appliquer. La mesure de défense de la science pénale nouvelle doit se différencier de la peine ordinaire bien moins quantitativement que qualitativement.

278. Et la situation intermédiaire des défectueux, entre les normaux sains d'esprit et les fous, fait naître pour eux l'idée d'une mesure intermédiaire entre la peine de la prison et la collocation dans un établissement d'aliénés. L'on voit apparaître la conception d'un système de préservation et d'établissements de préservation (1) (voy. nos 750 et 766 et suiv.).

279. Dans tous les cas, quand il s'agit de cette région intermédiaire entre le droit et la pathologie, il n'y a pas de raison pour qu'il s'élève un conflit entre les juristes et les médecins.

Le droit pénal fondé sur la conception absolue de la responsabilité morale y aboutissait; le droit pénal fondé sur la conception relative de la défense sociale aboutit, au contraire, à l'entente. L'anormal, réunissant en sa personne des éléments mixtes, appartient à la fois aux juristes et aux médecins. Ils ont à se prêter un mutuel

(1) DELBRÜCK, *Gerichtliche Psychopathologie*, p. 2.

appui et la solution vraie ne peut jaillir que de leur collaboration.

SECTION II

Point de vue juridique.

§ 1^{er}. *Distinction entre l'État protégeant l'ordre public et le juge appliquant la peine à un coupable.*

280. Si nous abandonnons le terrain de la philosophie pour aborder le terrain du droit positif, nous constatons qu'il y a encore à subdiviser nos recherches et à séparer le point de vue de l'État défendant l'ordre public, du point de vue de la justice répressive proprement dite appliquant la peine.

Il y a là une différence importante qui n'a pas toujours été mise suffisamment en lumière (1).

281. L'État qui protège l'ordre public, les intérêts sociaux, ou ce que le droit allemand appelle les *Rechtsgüter*, c'est-à-dire les conditions essentielles de la vie sociale, se place au point de vue objectif; sa mission est de réagir contre toute atteinte quelconque menaçant l'ordre établi. Ces atteintes se produisent dans tous les domaines du droit, et l'État réagit aussi bien contre un créancier qui ne paye pas ses dettes que contre un escroc qui détourne une somme d'argent. Il suffit que l'atteinte ait eu lieu.

282. Le juge répressif, qui, dans cette défense de l'ordre public, a une fonction spéciale et qui remplit cette fonction en appliquant une peine à un individu

déterminé, se place au point de vue subjectif : il ne lui suffit plus de constater l'atteinte à l'ordre public, il examine encore si l'agent traduit devant lui mérite une peine et, pour infliger la peine, il apprécie non seulement la violation matérielle de la loi, mais l'état psychique de l'auteur de la violation.

283. Le rôle de l'État n'exige donc pas la réflexion et les procédés d'individualisation inhérents au rôle du juge répressif. L'État détermine les limites de la liberté du citoyen et les maintient contre ceux qui abusent de leur liberté, sans se préoccuper de savoir s'ils ont agi par méchanceté ou par étourderie, ou même sans rechercher leur degré de responsabilité. En effet l'État qui ordonne par exemple de ne pas tuer, protège la vie de l'homme même contre l'aliéné, puisqu'il veille à ce que l'aliéné, comme l'assassin sachant ce qu'il fait, soit interné.

284. Mais le juge qui frappe d'une peine, est obligé de se demander si l'agent est *punissable*, et c'est ainsi qu'en droit pénal positif, on se heurte au problème de la responsabilité juridique.

Très exceptionnellement et pour des faits de peu d'importance, la loi pénale frappe parfois de simples violations matérielles de la loi, mais à part ces cas très rares, il faut qu'il y ait entre l'acte et l'agent un lien moral.

§ 2. *Point de vue du droit pénal positif.*

285. En droit pénal positif, il n'y a de responsabilité pénale que pour les conséquences d'un acte volontaire, en ce sens que l'agent qui a produit les conséquences, n'en est tenu pénalement que s'il est capable de volonté. La

(1) Voy. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen*. Leipzig, 1890.

volonté est ainsi l'élément moral, irréductible et indispensable, que l'on trouve à la base de la responsabilité pénale.

286. Toutefois, la volonté à elle seule ne suffit pas : elle appartient à une personne vivante et il en résulte que les conséquences d'un acte volontaire ne sont imputables à l'auteur de l'acte, que si la volonté se rattache à un homme moyen, capable de se conduire normalement, ou encore de se laisser influencer normalement par les motifs d'action (1).

En d'autres termes, l'homme responsable en droit pénal positif est l'homme doué de l'activité psychique régulière dont nous avons parlé, et la responsabilité pénale suppose l'exercice ordinaire des facultés de volition et d'intelligence. Dans certains cas de folie, le fou veut avec la dernière énergie l'acte criminel, bien que son intelligence soit complètement obscurcie. Dans certains cas d'obsession morbide, le malade connaît clairement le caractère criminel de son action, tout en étant incapable de résister à l'obsession. Ils ne sont responsables pénalement ni l'un ni l'autre.

287. Il y a de nombreuses circonstances qui diminuent la responsabilité; la loi pénale les appelle *circonstances atténuantes* ou *excuses*.

Il y en a d'autres qui excluent la responsabilité; la loi pénale les appelle *causes de justification*.

Il importe de signaler dès à présent que le code de 1867 est, en ce qui concerne ces matières, incomplet et défectueux.

(1) VON LISZT. *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*. Vortrag gehalten am 4^{ten} August 1896. München, *Zeitschrift*, Bd XVII, Heft I.

288. Les sciences psychiatriques, physiologiques et médicales, ont fait depuis un demi-siècle de grands progrès dont les juristes de la génération précédente ne pouvaient profiter, et qui ont agrandi le rôle des médecins et des mesures curatives et de préservation au détriment du rôle des légistes et des peines.

Le code pénal n'a pas défini les éléments de la responsabilité : il s'est borné à énumérer certains cas d'irresponsabilité; pour le surplus, les juges peuvent tirer parti du vague des dispositions légales et suppléer aux lacunes de la législation. Ils ont dans tous les cas pour devoir de se pénétrer de plus en plus des conquêtes des sciences non juridiques.

Nous examinerons les données relatives à ces problèmes à la place où ils se présenteront logiquement.

289. Nous nous bornerons pour le moment à analyser les conditions de la responsabilité pénale ordinaire d'après le droit positif, en rappelant que nous n'avons ici en vue que la volonté de l'homme normal, doué d'une activité psychique régulière.

C'est ce que la doctrine appelle les conditions de la moralité de l'infraction. Elle distingue dans la situation psychique de l'agent deux degrés : le dol et la faute.

SECTION III

Degrés de la moralité de l'infraction. — Le dol et la faute.

290. De même que lorsqu'il s'agit des éléments matériels d'une infraction, quand il s'agit des éléments psychiques internes d'une infraction, c'est-à-dire de l'examen des rapports qui peuvent exister entre les consé-

quences d'un acte et la volonté de l'auteur de l'acte, on ne rencontre en droit pénal que l'application des règles de la vie ordinaire. En effet, que l'acte soit utile ou nuisible, on ne peut supposer que trois hypothèses :

Ou bien l'auteur a voulu directement l'acte et toutes ses conséquences ;

Ou bien l'auteur a voulu directement l'acte, il n'a pas voulu les conséquences de l'acte, mais il a eu tort de ne pas les considérer comme possibles ;

Ou bien l'auteur a voulu l'acte, il n'en a pas voulu les conséquences ; il lui était impossible de les prévoir et l'on ne peut les lui reprocher.

Cette troisième hypothèse n'est jamais du domaine du droit pénal ; il y a là un malheur, un accident, un fait civil dont l'auteur peut être civilement, non pas pénalement responsable.

291. Le droit pénal ne comprend que les deux premières hypothèses qui forment les deux degrés de la culpabilité ou de la moralité de l'infraction : le dol et la faute.

Quand l'auteur d'un acte a voulu l'acte et ses conséquences, quand il a accompli l'acte pour en obtenir les conséquences et que le code incrimine ces conséquences, il y a dol en droit pénal.

Quand l'auteur d'un acte a voulu l'acte sans en vouloir les conséquences, mais qu'avec les soins ordinaires du bon père de famille, il eût pu les éviter, et que le code incrimine ces conséquences, il y a faute en droit pénal.

Non scire quod scire debemus et possumus, culpa est.

§ 1^{er}. Le dol.

A. — MODALITÉS DU DOL AU POINT DE VUE DES MOBILES DE LA VOLONTÉ

292. En thèse générale, le dol existe dès qu'on a voulu l'acte et ses conséquences, c'est-à-dire dès qu'on a voulu commettre le fait puni par la loi pénale (1). Il n'y a pas pour obtenir la punition du coupable à établir autre chose que la volonté ou l'intention ; il n'y a pas à rechercher les motifs déterminants de cette volonté, à démontrer leur caractère spécialement pervers.

« L'homicide commis avec l'intention de donner la mort est qualifié meurtre », dit l'article 393 du code pénal.

Le meurtre existe dès qu'il y a volonté de donner la mort alors même que le mobile ne serait pas mauvais en lui-même ; par exemple, débarrasser une victime de son persécuteur, ou abrégier les souffrances d'un malade incurable (2). C'est ce que la doctrine appelle le *dol ordinaire*.

293. Mais il n'en est pas toujours de même.

a. Quelquefois il faut que le mobile qui pousse l'agent soit méchant ou frauduleux, et alors l'infraction n'existe que si ce mobile est établi. C'est le *dol spécial*.

Ainsi, les délits de calomnie, de diffamation, d'injure, supposent l'intention méchante, la volonté de nuire, et

(1) La connaissance de la loi pénale est présumée. Nous verrons plus loin que les cas où l'ignorance de la loi pénale a une influence sur la culpabilité, sont exceptionnels.

(2) Il faut donc bien distinguer le mot *dol* en droit pénal du *dol* civil qui suppose toujours la mauvaise foi et la fraude.

n'existent pas sans cette condition (art. 443 et suiv. du code pén.).

Ainsi encore les délits de vol, détournement, abus de confiance, escroquerie, tromperie, n'existent pas sans intention frauduleuse (art. 461 et *passim* du code pén.).

Dans la plupart des cas, quand le dol spécial est un élément constitutif de l'infraction, la loi fait entrer la mention de la fraude ou de la méchanceté dans la définition même de l'infraction. Toutefois il arrive aussi que le caractère frauduleux ou méchant du dessein de l'auteur résulte de l'acte tel qu'il est commis, et alors le texte légal qui incrimine le fait n'exprime pas cette condition. Exemples : celui qui a contrefait ou altéré des monnaies, etc. (art. 160 et suiv. du code pén.), ne peut avoir agi que dans une intention frauduleuse; ou bien celui qui a outragé un membre des Chambres, un ministre, un magistrat, un ministre d'un culte dans l'exercice de ses fonctions (art. 275 et suiv., 144 et suiv. du code pén.), ne peut avoir agi que dans une intention méchante.

294. b. D'autres fois, le code pénal spécialise encore plus; il précise la tendance que doit avoir eue la volonté coupable. L'infraction n'existe que si la volonté est dirigée vers un but tout spécial. C'est le *dol plus spécial*. Exemple : quand il s'agit des crimes et délits des fournisseurs (art. 297 du code pén.), la loi exige, pour que l'infraction soit commise, non pas seulement l'intention frauduleuse, mais l'existence de la *fraude sur la nature, la qualité ou la quantité des travaux, etc.*

Quand il s'agit des attentats et complots contre la sûreté de l'État (art. 101 et suiv. du code pén.) ou des machinations pratiquées ou des intelligences entretenues avec les puissances étrangères (art. 117 et suiv. du code

pén.), le code pénal indique le but que doivent avoir les attentats, complots, machinations ou intelligences pour être punissables. En résumé, la culpabilité est générale ou spéciale suivant que le législateur se contente pour l'existence de l'infraction d'une simple volonté d'agir ou bien exige une volonté d'une tendance particulière. Et ordinairement la culpabilité spéciale est considérée comme plus grave que la culpabilité générale.

295. c. Enfin, il y a des cas où le législateur exige, comme condition de l'infraction, un genre plus grave encore de culpabilité; il veut que la volonté soit réfléchie ou qu'il y ait ce qu'on appelle dans le langage juridique *préméditation*. Cette circonstance qu'on appelle aussi le *dol réfléchi*, se présente pour le meurtre et les lésions corporelles (1).

On peut concevoir en effet, ou bien que la volonté de commettre l'infraction soit formée dans le mouvement d'une passion soudaine, qui ne laisse aucun temps à la réflexion, ou bien que l'acte n'ait pas eu le caractère d'une explosion, et que le désir d'atteindre le résultat n'ait pas entraîné la volonté assez subitement pour enlever à l'auteur le temps de la délibération. Le code punit naturellement avec plus de sévérité celui qui a agi avec réflexion (*proposito*) que celui qui a agi par emportement instantané (*impetu*).

L'homicide commis avec l'intention de donner la mort est qualifié meurtre et est puni des travaux forcés à perpétuité (art. 393 du code pén.).

Le meurtre commis avec *préméditation* est qualifié

(1) Voy. les articles 394, 396, alin. 4, 398, alin. 2, 399, alin. 2, 400, alin. 2, 401, alin. 2, 518 du code pénal.

assassinat et est puni de mort (art. 394 du code pénal).

Mais le code ne définit pas la préméditation et sur l'interprétation à donner à ce mot la doctrine est hésitante.

296. Le code pénal français voyait la préméditation dans le dessein formé avant l'action. Cette définition va beaucoup trop loin et généralise beaucoup trop la préméditation; car, dans une foule de crimes passionnels, le dessein formé précède l'action, sans que l'on puisse trouver chez le coupable un instant de calme ou de réflexion.

Les auteurs du code belge de 1867 (1) déclarent qu'il n'y a pas de préméditation quand l'auteur a agi sans réflexion, dans la conception aussi bien que dans l'exécution du crime, mais qu'il y a préméditation quand l'auteur a agi avec réflexion, soit dans la conception, soit dans l'exécution de l'acte. Il faut bien reconnaître cependant que les faits sont souvent en désaccord avec cette théorie et que la doctrine ne l'accepte pas sans réserve (2).

Un amant, en proie depuis longtemps à une jalousie féroce, en arrive à songer à tuer la femme qui le trompe et finit par la tuer dans une scène qu'elle provoque; il a prémédité son crime et est *assassin*.

Un repris de justice, un malfaiteur de profession, s'introduit, pour voler, dans une maison qu'il croit inhabitée, et tout à coup, se trouvant en présence d'une dame qui lui enjoint de sortir, il la frappe de son bâton ferré et la tue. Il n'est que *meurtrier*. Pourtant le second coupable

(1) Voy. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I^{er}, §§ 360 et suiv.

(2) De longues discussions ont eu lieu au Parlement sur ce point lors de la rédaction de l'article 394 du code pén. Voy. *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 199 et suiv.

est plus mauvais et plus dangereux que le premier. Il a plus de sang-froid et plus d'audace.

297. La vérité, c'est qu'ici encore, l'école classique a eu tort de ne considérer que la quantité abstraite de volonté qui entre dans l'exécution d'une infraction au lieu de considérer la qualité concrète de cette volonté, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions et du caractère auxquels elle se rattache et qui seuls permettent de reconnaître la réalité du mobile.

M. le professeur von Holtendorff a, le premier, en 1875, attiré l'attention sur l'insuffisance de la notion de la préméditation. L'idée a été reprise par MM. Alimena et Tarde (1), et il est bien certain que le caractère antisocial du mobile de l'homicide a plus d'importance pour l'aggravation de la pénalité que le délai plus ou moins long qui sépare la conception du crime de sa réalisation; l'auteur d'un crime peut (comme dans l'exemple cité plus haut d'un amant en proie à la jalousie) avoir pensé à la réalisation de l'acte coupable et être cependant poussé par l'impétuosité d'une passion irrésistible.

B. — MODALITÉS DU DOL AU POINT DE VUE DES CONSÉQUENCES DE LA VOLONTÉ.

298. Pour envisager toutes les hypothèses que comprend la notion du dol, il faut, après avoir étudié la volonté dans ses mobiles et sa direction, l'examiner dans ses résultats, et voir de quelles conséquences l'auteur d'un acte doloireux est responsable.

(1) ALIMENA, *La premeditazione*, 1887. — TARDE, *Philosophie pénale*, p. 461.

Ce problème complexe ne se présente que dans un droit pénal qui repose sur le principe de la responsabilité individuelle.

Dans un droit comme la loi salique, basée sur la solidarité sociale et la vengeance familiale, la victime ou sa famille pouvait s'en prendre, non seulement au coupable, mais à tout membre de la famille du coupable, même à un enfant ou même à un inconnu, qui n'avait causé aucun mal.

Dans un droit purement déterministe où les infractions seraient analogues à des actes automatiques, il n'y aurait pas de distinction à faire entre les conséquences diverses d'un mouvement musculaire; toutes seraient également punissables : deux hommes se battent sur un échafaudage; l'un deux fait tomber son adversaire qui va s'abattre sur le trottoir et meurt; un passant témoin de la chute fait un brusque mouvement en arrière; il est renversé par une voiture et écrasé; on le transporte à son domicile où, en l'apercevant, sa femme succombe à la rupture d'un anévrisme. Toutes ces morts sont le résultat d'un mouvement musculaire initial qui a précipité l'ouvrier dans la rue.

Mais notre législation ne se contente pas pour établir la culpabilité, d'un enchaînement mécanique; elle demande un lien de causalité morale et quand la volonté a produit une série de conséquences, il y a lieu de rechercher jusqu'où s'étend la responsabilité du coupable.

299. Le principe de notre droit pénal, c'est que l'auteur est tenu de ce qu'il a voulu d'une façon déterminée, d'une façon indéterminée ou même d'une façon éventuelle; en d'autres termes, on punit le dol déterminé, le dol indéterminé et le dol éventuel, et l'on admet

que, dans ces trois cas, l'auteur a plus ou moins voulu le résultat final.

300. L'hypothèse la plus simple est celle du *dol déterminé* : l'agent veut d'une façon précise son action et le mal qui en doit résulter. Il veut tuer tel individu et il le tue. Il veut voler tel cheval et il le vole.

301. Mais il ne faut pas toujours que l'auteur de l'acte volontaire ait restreint sa volonté à un résultat aussi précis; le coupable est responsable de son *dol indéterminé*; l'idée du résultat à atteindre peut être plus ou moins vague dans son esprit, pourvu qu'il ait voulu, d'une façon générale, le mal produit et qu'il y ait un lien de causalité entre ce mal et sa volonté.

L'agent tire au hasard sur un groupe et tue l'un des membres qui le composent. Il n'a pas voulu tuer cette victime spécialement, mais il a voulu tuer quelqu'un; il est coupable d'homicide volontaire. L'article 392 du code pénal dit : « Sont qualifiés volontaires, l'homicide commis et les lésions causées avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, etc. »

Le voleur prend au hasard, dans l'obscurité, ce qui lui tombe sous la main; il n'a pas voulu enlever les objets qu'il emporte, mais il a voulu soustraire frauduleusement la chose d'autrui (art. 461 du code pén.). Il est coupable de vol.

302. Dans les cas de dol indéterminé, l'agent voulait indifféremment les conséquences préjudiciables possibles de son action; il n'en préférerait pas l'une à l'autre, mais il voulait le mal produit, et il en est responsable.

303. Enfin, dans la troisième hypothèse, celle du *dol éventuel*, l'auteur est responsable des conséquences

de son action, parce qu'il a voulu le résultat non plus comme certain (ce qui est le cas du dol déterminé ou indéterminé), mais comme probable ou possible. Il a accepté d'avance l'éventualité pour le cas où elle se réaliserait et dès lors cette réalisation à laquelle il a consenti, se rattache à sa volonté et est punie comme volontaire.

En cas d'incendie, quand le feu s'est communiqué de l'objet que le coupable voulait brûler à un autre objet dont la destruction emporte une peine plus forte, cette dernière peine sera prononcée si les deux choses étaient placées de manière que l'incendie dût nécessairement se communiquer de l'une à l'autre (art. 517 du code pén.) (1).

Il y a dol éventuel dans le cas de l'article 401 du code pénal, c'est-à-dire de coups et blessures volontaires ayant causé la mort sans intention de la donner.

Le crime existe dès qu'il est prouvé que les coups et blessures ont été la cause première de la mort.

Et le coupable ne serait pas admis à démontrer que c'est la santé chancelante de la victime, sa constitution débile, qui a rendu mortelle une blessure qui ne l'était pas; ou que, si le médecin était arrivé plus tôt, il eût sauvé le blessé, etc.

La seule question à résoudre est celle de savoir si la mort est en relation de causalité avec les blessures volontaires; dès lors elle doit avoir été considérée par l'agent comme possible et se relie à sa volonté. Il en est responsable.

(1) Lorsque l'incendie a causé des blessures à une ou plusieurs personnes qui, à la connaissance de l'auteur, se trouvaient dans les lieux incendiés, le coupable sera condamné comme si ces blessures avaient été faites avec préméditation (art. 518 du code pén.).

Le code pénal admet toutefois, dans ce cas, que le lien de causalité étant plus relâché que si le coupable avait voulu directement la mort, la peine sera inférieure à celle du meurtre. Il punit le fait de la reclusion.

304. D'ailleurs, le système de pénalité du code en présence du dol éventuel est très hésitant et n'offre pas de règle fixe (1). Le principe rationnel, c'est que la culpabilité est moindre et que le législateur doit frapper le dol éventuel d'une peine moins forte que si le dol était direct.

305. Nous touchons ici à l'extrême limite de la culpabilité par dol. Si d'autres faits survenaient postérieurement, ils ne pourraient plus être rattachés au domaine du dol. Ainsi, la victime blessée va s'enivrer et l'ivresse provoque une inflammation mortelle. Le blessé est soigné dans des conditions normales, mais est emporté par une épidémie de choléra, etc. — La mort ne peut être imputée à l'auteur des blessures.

306. Il résulte de l'article 392 du code pénal, qui définit l'homicide et les lésions volontaires, que le dol peut exister même quand le dessein formé serait dépendant de quelque circonstance ou condition ou même quand l'auteur s'est trompé sur l'identité de la victime. L'agent coupable s'est proposé de tuer la personne qu'il dévalise, si elle appelle au secours. L'agent coupable a voulu tuer son ennemi et frappe par erreur une autre personne. Dans les deux cas il y a volonté d'obtenir le résultat, et l'agent est responsable de l'homicide.

(1) HAUS, t. I^{er}, p. 226 et suiv.

§ 2. De la faute.

307. Sans insister plus qu'il ne faut sur ces distinctions d'école, il convient de dire en résumé que le dol éventuel est le terme des conséquences qui peuvent directement être rattachées à la volonté de l'auteur.

Au delà, il n'y a plus conséquence intentionnelle ou *dol*, mais il peut encore y avoir responsabilité en cas de *faute*.

Il y a faute en droit pénal, quand un acte volontaire a produit des conséquences que l'auteur n'a voulues ni directement ni indirectement, mais qu'il aurait dû empêcher. L'auteur est en faute, parce qu'il y a eu de sa part défaut de soins, de prévoyance, de surveillance; il n'a pas calculé les conséquences de son acte volontaire.

308. La terminologie juridique de *délits involontaires*, en cas de faute, est inexacte. Le législateur ne punit et ne peut punir que les conséquences d'un acte volontaire, et si l'acte initial n'est pas volontaire, l'auteur ne peut être tenu des conséquences (1).

309. En ce qui concerne l'essence intrinsèque de la faute, il n'y a aucune différence entre la faute du droit civil et la faute du droit pénal. C'est-à-dire que des deux côtés, la base d'appréciation, c'est la conduite et le degré de prévoyance d'un homme ordinaire qui veille

(1) Enrico Ferri examine longuement cette question de la faute pour démontrer la théorie positive de la responsabilité sociale. (*Sociologie criminelle*. Paris, 1893, p. 366 et suiv.) Ferri lui-même reconnaît que la volonté est à la base de la faute punissable. Il écrit, p. 368, « que psychologiquement la faute n'est pas un *défaut de volonté*, mais un défaut d'intelligence et de prévoyance ».

soigneusement à ses affaires : le *bonus et diligens paterfamilias*.

310. Mais alors qu'en droit civil, la faute la plus légère a comme sanction la responsabilité civile et l'article 1382 du code civil; en droit pénal, le législateur n'intervient que quand, à ses yeux, les conséquences de l'acte commis ont une gravité suffisante pour légitimer la peine et faire considérer la sanction purement civile comme trop faible.

Dans le choix des fautes qu'il érige en infractions, le législateur se place donc uniquement sur le terrain de la défense sociale; il réprime la faute quand il juge l'ordre social intéressé à la répression.

311. On ne saurait indiquer dans des formules générales toutes les modalités de la faute. Les faits peuvent varier à l'infini. Les conséquences de l'acte commis sont dues à l'ignorance, à l'impéritie, à l'étourderie, à l'imprévoyance, à l'inattention, à l'insouciance, à la témérité, etc.

Pour apprécier la culpabilité de l'auteur, il faut tenir compte de l'âge, de l'instruction, de la position, des devoirs professionnels, etc. Il est évident que la faute sera plus grave si le coupable est, en vertu de ses fonctions, de sa profession ou de son métier, tenu à des soins spéciaux qu'il a négligés. Exemples : le gardien qui laisse s'évader le détenu dont il a la surveillance; le pharmacien qui, par la négligence de ses devoirs professionnels, cause un malheur.

312. En dehors de ces nuances de fait, la doctrine ramène toutes les formes de la faute à deux formes principales qui sont :

1° La faute sans prévoyance;

2° La faute avec prévoyance plus grave que la première.

313. Dans le cas de *faute sans prévoyance*, l'auteur n'a pas calculé le danger de son action, mais il aurait dû en prévoir les résultats préjudiciables. Exemples : il menace quelqu'un en jouant avec une arme à feu qu'il croyait non chargée, l'arme est chargée et atteint la personne menacée; il jette une pierre par la fenêtre sans regarder dans la rue et la pierre blesse un passant.

314. Dans le cas de *faute avec prévoyance*, l'auteur connaît le caractère dangereux de son action et agit cependant, par insouciance, témérité, etc., sans vouloir le mal qu'il produit. Exemples : en jouant avec une arme à feu qu'il sait chargée, il tue la personne qui se trouve devant lui; il jette par la fenêtre dans la rue, où il voit des passants, une pierre qui blesse quelqu'un.

315. Cette faute lourde se rapproche du dol éventuel, mais ne se confond pas avec lui. Car, dans le dol éventuel, l'auteur a pensé aux conséquences possibles de son acte et les a acceptées; dans la faute grave, il ne les a pas acceptées, il n'y a pas songé et on lui reproche précisément de ne pas y avoir songé.

Guillaume Tell, qui abat la pomme sur la tête de son fils, est certain de la justesse de son tir; il ne considère pas une maladresse comme possible; il n'y songe pas un instant, et s'il atteignait l'enfant, il y aurait faute et non pas dol, même éventuel (1).

Le chef de gare qui donne le signal du départ, alors

(1) Voy., sur le dol éventuel, un intéressant rapport de von LISZT, *Sonder Abdruck aus den Verhandlungen des XXIVten Deutschen Juristentages*, 1898, t. 1^{er}, p. 107. Gutachten des H. Prof. von Liszt.

que la voie n'est pas libre et qui compte sur sa bonne étoile pour qu'une collision n'ait pas lieu, a prévu les chances de collision, et si un malheur se produit, il y a dol éventuel et non faute (1).

§ 3. Concours du dol et de la faute.

316. Parfois les circonstances combinent le dol et la faute. Le dol et la faute se trouvent réunis quand l'acte de l'agent, outre les conséquences que celui-ci avait voulues et prévues, produit d'autres conséquences préjudiciables qu'il n'avait ni voulues ni prévues, mais qu'il aurait dû prévoir : *culpa dolo determinata*.

Encore une fois, la doctrine distingue cette hypothèse de celle du dol éventuel, car les conséquences qui dépassent le résultat de l'infraction primitivement voulue, n'ont pas été acceptées d'avance par l'auteur.

Des violences ont été exercées volontairement sur une femme et ont produit un avortement sans que l'auteur des violences eût l'intention de le produire (art. 349, alinéa 1^{er}); ou bien des moyens employés pour faire avorter une femme ont causé sa mort (art. 352); ou bien un coup de feu tiré sur un individu dans l'intention de l'atteindre, le blesse et va atteindre et tuer un camarade se trouvant à côté de lui.

317. Quand (comme dans les deux premiers cas) la loi prévoit ce concours du dol et de la faute, elle applique une peine spéciale qui est naturellement plus

(1) Exemple cité par SALEILLE, *De l'individualisation de la peine*, étude de criminalité sociale. Paris, Alcan, 1898, p. 234, note

forte que si la faute n'était pas venue se joindre au dol.

Quand (comme dans le troisième exemple) la loi ne prévoit pas le concours par un texte spécial, on applique (nous le verrons au chapitre *Du concours des infractions*) l'article 65 du code pénal. Il y a ici, en réalité, concours d'infractions (dans l'espèce, blessures volontaires et homicide involontaire).

§ 4. Délits d'inaction.

318. Nous avons parlé des délits d'action. Pour les délits d'inaction, d'ailleurs peu nombreux, la question du dol et de la faute se présente dans des conditions un peu différentes.

Le délit d'inaction consiste à ne pas faire une chose précise que la loi ordonne de faire; le législateur punit l'omission comme telle et ne s'inquiète pas en général de savoir si l'auteur a songé ou non aux conséquences de son omission. Il punit la désobéissance à un ordre formel, parce qu'il en considère les conséquences comme dangereuses et ne distingue pas entre le dol et la faute (1).

319. La preuve que, bien qu'à l'origine du délit d'inaction, il n'y ait pas de mouvement ou d'action volontaires, il faut cependant, pour qu'il y ait un coupable, la possibilité de vouloir, c'est que l'auteur n'ayant pas agi quand il devait agir, échappe évidemment à la poursuite

(1) Il y a exception pour les crimes et délits commis par les fournisseurs (art. 292 et suiv. du code pén.) et les délits d'évasion commis par les préposés à la garde des détenus (art. 332 et suiv. du code pén.), où le code distingue entre la négligence et l'intention ou la connivence, et réprime plus sévèrement dans le second cas que dans le premier.

s'il a été contraint à l'inaction, si la volonté d'autrui substituée à la sienne ou la force des choses l'a empêché d'agir.

Mais dès que l'auteur a été libre d'agir ou de ne pas agir, l'inaction est punie sans qu'il y ait à rechercher si l'auteur a plus ou moins voulu les conséquences de sa conduite. On peut dire qu'en principe la négligence est considérée comme volontaire; et cela est d'autant plus naturel que la plupart des délits d'inaction sont des négligences de service commises par des agents officiels, fonctionnaires de police judiciaire ou administrative, dépositaires publics de documents, officiers de l'état civil, gardiens de scellés, etc., auxquels la loi impose, en leur qualité officielle, des devoirs spéciaux qu'ils ont à remplir consciencieusement (voy. art. 155, 156, 242, 264, 283 et 307 du code pén.) (1).

320. Parfois, pour certaines infractions à des lois de police ou à des lois fiscales, la loi pénale punit la simple violation matérielle des prescriptions légales et fait complètement abstraction des éléments psychiques internes.

Ce sont là cependant des exceptions.

§ 5. Système et terminologie du code.

321. Le code n'a pas, dans sa classification des infractions, de système sur le dol et la faute; la division tripartite est indépendante des degrés de la moralité. Nous avons vu le caractère empirique et factice de cette

(1) Les délits d'inaction commis par des particuliers sont prévus aux articles 319, 361, 552, alin. 2, 555 du code pénal.

division. D'ailleurs on ne saurait classer les infractions d'après les éléments psychiques internes, et il est clair que l'on peut vouloir et même préméditer les conséquences d'une contravention comme celles d'un crime.

En fait les crimes prévus par le code supposent toujours le dol; les délits supposent tantôt le dol, tantôt la faute; les contraventions supposent ordinairement la faute, mais il y a des contraventions qui supposent le dol (voy. par exemple, art. 563, 1^o, 2^o, 3^o, 4^o, du code pénal).

322. La terminologie employée n'a rien de fixe ou de scientifique :

Quant au dol. Le mot *dol* ne figure pas dans le texte du code. Le législateur fait usage parfois du mot *volontairement* ou, suivant les modalités du dol, des mots *intention*, *préméditation*, *frauduleusement*, *méchamment*, *à dessein*; d'autrefois, il a recours à des expressions qui ne rendent pas complètement la notion du dol, telles que : *sciemment*, *avec connaissance*, *sachant*, *connaissant*; d'autrefois encore, il passe complètement sous silence la condition du dol et présume tacitement le dol (voyez art. 66, 67, alin. 1^{er}, 160 et suiv. du code pén.);

Quant à la faute. Le mot *faute* ne figure pas non plus dans les textes. Le terme le plus fréquemment employé est celui de *négligence*, mais le législateur emploie aussi les mots *involontairement* (1), *imprudemment*, *sans précaution*, etc.

(1) Rappelons qu'il est inexact d'opposer les délits intentionnels ou volontaires aux délits non intentionnels ou involontaires. En recourant à ces expressions, on établit une confusion dans l'esprit entre l'action et les conséquences de l'action, qui seules sont parfois involontaires.

LIVRE IV

Des circonstances exclusives de l'infraction.

323. Dès que les éléments de la matérialité et de la moralité sont réunis, c'est-à-dire dès qu'il y a un fait matériel contraire au texte de la loi pénale et un lien de causalité morale entre l'agent et le fait matériel, il y a une infraction punissable.

Toutefois, des circonstances spéciales ou bien légitimement parfois l'acte incriminé par la loi pénale, ou bien rompent le lien de causalité morale unissant l'acte à l'agent et font disparaître la culpabilité de ce dernier. Elles portent le nom de causes de justification.

Celles qui effacent la criminalité de l'acte et sont inhérentes à l'infraction en elle-même, s'appellent causes de justification objectives.

Celles qui effacent la culpabilité de l'auteur et sont inhérentes à l'état psychique de ce dernier, s'appellent causes de justification subjectives.

Quand une de ces circonstances se présente, il n'y a pas d'infraction. Le code ne les énumère pas toutes, et la doctrine doit suppléer parfois au silence de la loi. Un système de causes de justification d'ailleurs vient contre-

balancer par des raisons tirées de l'ordre social, de l'ordre moral ou de la science médicale, l'étroitesse et la rigidité inévitables des formules juridiques; il révèle les tendances générales d'une législation et est digne de la plus grande attention.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES DE JUSTIFICATION OBJECTIVES

324. Les causes de justification objectives sont :

- 1° La légitime défense;
- 2° Certaines voies de fait réelles quand il y a exercice d'un droit;
- 3° Les actes commandés par l'autorité légitime;
- 4° Exceptionnellement, le consentement de la partie lésée;
- 5° Les cas de nécessité. La législation belge, consacrant une théorie qu'on abandonne aujourd'hui, comprend les cas de nécessité dans la notion de la contrainte morale, qui est une cause de justification subjective. Nous examinerons donc les cas de nécessité à propos de la contrainte morale, bien que logiquement cet examen soit à sa place dans le présent chapitre.

SECTION PREMIÈRE

La légitime défense.

325. Le droit, quand on défend sa vie, de repousser la force par la force répond à une idée que toutes les civilisations ont connue et admise.

Le droit romain y voit un principe de droit naturel : *Vim vi repellere licet; idque jus natura comparatur.*

Dans le droit germanique; le principe participe au droit de vengeance et aux guerres privées.

La notion juridique de la légitime défense se développe et se précise au moyen âge et à la Renaissance, et est formulée dans les articles 139 à 145 et 150 de la Caroline.

326. Actuellement, le droit de légitime défense s'est éloigné de plus en plus de la conception de l'état de guerre, pour se régulariser et être adapté dans la mesure du possible, à l'état de droit. Et cela est d'autant plus nécessaire, que la statistique nous démontre que, dans la dernière moitié de ce siècle, le chiffre des actes de violence contre les personnes a beaucoup augmenté; il importe de savoir dans quelles limites il est permis d'y répondre.

327. Le droit anglais (1), le droit allemand (2); le droit hollandais (3) ont de la légitime défense une conception plus large que notre législation; ils considèrent que la légitime défense existe contre toute attaque injuste ayant pour objet l'un des droits essentiels qui constituent la personnalité; la vie, l'intégrité du corps, l'honneur, les biens, la liberté de l'individu et du foyer sont également protégés par le principe que la législation allemande appelle le *Nothwehr*, la défense en cas de nécessité. Et von Ihering a montré dans son discours

(1) J. F. STEPHEN, *A general view of the criminal law*, etc., p. 116.

(2) BERNER, *Strafrecht*. Leipzig, 1897, p. 151 et suiv.; H. MEYER, *Strafrecht*, Erlangen, 1877, p. 249.

(3) VAN HAMEL, *op. cit.*, n° 29.

La lutte pour le droit (1), que l'intensité de la liberté politique d'un peuple est en corrélation avec le degré d'énergie que met l'individu à défendre son droit personnel dans la vie privée. C'est là où l'individu est le moins actif dans ce domaine que le pouvoir est le plus absolu.

328. Le droit belge a adopté l'interprétation restrictive. La légitime défense est une cause de justification spéciale à l'homicide, aux blessures et aux coups. D'après le code belge (art. 416 du code pén.), celui qui a tué, porté des coups, fait des blessures n'a pas commis d'infraction, si l'homicide, les blessures, et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

Le droit de défense dans notre article 416 repose sur l'instinct de conservation, et n'est autre chose que la sanction du droit à la vie. Le législateur, dans l'article 416, n'admet ce droit que pour la défense des personnes et l'exclut pour la défense de la propriété. Le seul cas où les tribunaux acceptent l'interprétation extensive, est celui de la femme défendant son honneur contre un attentat à la pudeur avec violence.

329. Les règles d'application du droit de légitime défense sont les suivantes :

1° La légitime défense reposant sur le droit à la vie, on a le droit de défendre sa vie ou celle d'autrui; même celle d'un inconnu, même malgré lui;

2° Il faut que le danger soit sérieux et immédiat et que l'on n'ait pas le temps de recourir à la protection de l'autorité. L'attaque qui légitime la défense est, au sens de la loi, une attaque violente, et cette attaque doit être

commencée ou imminente. L'outrage, la menace pour l'avenir, une violence consommée sans résultat funeste, ne suffisent pas (1);

3° Dès que l'agression présente un caractère dangereux, la légitime défense existe quelle que soit la qualité de l'agresseur. On est en légitime défense contre une personne jouissant de l'une des immunités de droit public interne ou externe dont nous avons parlé; contre un agresseur irresponsable (2); l'enfant peut être en légitime défense contre son père, du moment qu'il défend sa vie contre celui-ci. La légitime défense est fondée sur l'instinct de conservation qui peut se manifester légitimement à l'égard de tout attentat à la vie;

4° L'agression contre laquelle on se défend légitimement doit être illégale. On n'est pas en légitime défense contre un agent de l'autorité agissant pour l'exécution des lois, par exemple, contre un agent de police chargé d'exécuter un mandat de capture; on n'est pas en légitime défense contre la légitime défense.

(1) Dans le droit allemand, la légitime défense existe contre le voleur emportant les objets volés, au moment où il s'enfuit. (BERNER, *Strafrecht*, p. 152). Dans le droit belge, il n'en est pas ainsi : un voleur a soustrait un portefeuille contenant la fortune d'un négociant et le vol commis va entraîner la faillite et la ruine du volé. Celui-ci fait feu sur le voleur en fuite et le tue. Le négociant sera acquitté parce qu'il a agi sous l'empire de la contrainte morale (art. 71 du code pénal), mais il n'est pas en légitime défense (voy. n° 331.) D'autre part, rien n'empêche le propriétaire d'établir sur sa propriété des pièges à loups, des engins meurtriers, etc. (Voy. HAUS, *Principes du droit pénal*, t. 1^{er}, p. 472.)

(2) L'article 416 dit : Il n'y a ni crime ni délit, en cas de légitime défense. Les actes de cruauté ou les mauvais traitements envers les animaux sont des *contraventions*. Pourtant il est difficile d'admettre l'inculpation de l'article 561, 5^e, quand on se défend contre les attaques d'un animal. Le droit allemand dans ce cas admet la légitime défense. (VON LITZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 146.)

(1) *La lutte pour le droit*. Traduction de de Meulenaere. Paris, 1890.

En ce qui concerne les agents de l'autorité, l'article 269 du code pénal qualifie de rébellion toute attaque, toute résistance avec violences ou menaces envers les agents agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements.

Mais il en résulte que la légitime défense existe même vis-à-vis des agents de l'autorité quand leur agression est illégale, c'est-à-dire quand ils agissent contrairement aux prescriptions de la loi.

Il peut, il est vrai, y avoir une certaine difficulté à reconnaître l'illégalité des actes ainsi posés et un certain danger à admettre le droit de discuter leur légalité. Mais s'il se présente des cas où cette illégalité est évidente, le principe de la résistance est évident aussi; le Congrès national a déclaré que tout citoyen belge a le droit de résister aux ordres illégaux de l'autorité (HUYTTENS, *Discussions du Congrès national*, t. II, p. 224);

5° La défense, pour être légitime, doit être proportionnée à la gravité du danger que l'on repousse. Elle ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire à la protection de la personne menacée. Il y a là une question de fait à résoudre, suivant les circonstances. S'il est démontré que la réaction de l'attaqué contre l'attaque a été excessive, il ne pourra pas être justifié, mais il pourra, comme nous le verrons plus loin, obtenir une réduction de peine en invoquant l'excuse de la provocation.

330. L'article 416 du code pénal, que nous venons d'analyser, n'admet la légitime défense que pour la défense des personnes.

L'article 417 du code pénal, qui parle d'attentats contre les propriétés, justifie l'homicide, les blessures et les coups quand les attentats contre la propriété menacent en même temps les personnes d'un péril imminent.

Il s'agit d'attaques qui ont lieu la nuit, et l'article 417 en précise la nature en parlant d'escalade ou d'effraction de clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement *habité*.

La loi présume que les personnes qui ont commis l'homicide, porté les coups ou fait les blessures ont dû se croire en danger. C'est à l'accusation à prouver le contraire.

331. Le bon sens indique que l'accusation ne doit pas interpréter le texte de l'article 417 d'une façon trop exclusive. L'article dit que l'agent est justifié à moins qu'il soit établi qu'il n'a pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct des agresseurs, soit comme *conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de ceux-ci*. Or, les discussions législatives prouvent (1) que, pour ces derniers mots, les auteurs du code ont entendu consacrer, jusqu'à un certain point, la défense de la propriété. Assurément, on ne peut tuer un simple maraudeur ou un amoureux qui s'introduit dans une maison, mais, comme le dit M. Pirmez, un propriétaire dont on a envahi la maison, n'est pas condamné à assister passivement à l'enlèvement de son bien, sous prétexte que les voleurs n'en veulent pas à sa vie. Il suffit que, pour conserver sa propriété, il soit obligé de recourir à la force, et qu'en recourant à la force, il

(1) *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 409 et suiv.

s'expose à un danger mortel pour qu'il puisse être justifié, s'il commet un homicide, porte des coups ou fait des blessures.

Il y a donc là indirectement une consécration du droit de défense de la propriété que le droit anglo-saxon et germanique garantissent directement.

De même que dans l'hypothèse prévue à l'article 416, l'attaque dont l'agent est la victime doit être injuste.

L'entrée, la nuit, dans le domicile, en cas d'incendie, d'inondation, d'appel au secours, ou dans les conditions légales de la visite domiciliaire, ne légitime pas l'homicide, les blessures et les coups.

332. Le dernier alinéa de l'article 417 prévoit un dernier cas de légitime défense qui ne peut donner lieu à aucune difficulté. C'est le cas où l'homicide est commis, où les blessures sont faites, les coups portés en se défendant contre les auteurs de vol ou de pillage exécutés avec violence envers les personnes. Le code n'exige plus ici que le vol ou le pillage ait lieu la nuit ou qu'il soit commis à l'aide d'effraction ou de pillage. Il suffit qu'il y ait des violences; peu importe qu'elles aient été exécutées pendant le jour ou pendant la nuit.

SECTION II

Voies de fait sur les choses dans l'exercice d'un droit.

333. Dans l'ordre d'idées où se place le législateur en reconnaissant le droit de légitime défense, on rencontre encore les voies de fait réelles ou les voies de fait sur les choses, dans l'exercice d'un droit. Quand on est en légitime défense, on protège soi-même sa vie à défaut

de la protection de l'autorité. Quand on exerce légitimement des voies de fait réelles, on se rend justice à soi-même, on s'aide soi-même au lieu de demander l'aide de la justice. La voie de fait dans ce sens s'oppose aux voies de droit.

Les voies de fait personnelles sont justifiées quand elles sont commandées par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

Les voies de fait réelles sont justifiées quand, tout en étant contraires aux prétentions d'autrui, elles constituent pour celui qui les commet, l'exercice d'un droit actuel et certain.

334. Cette cause de justification ne figure pas dans le code; elle résulte du principe général que celui qui use de son droit sans en excéder les limites, n'est coupable d'aucun délit; elle est conforme à la maxime formulée par Kant, à savoir que la liberté d'agir de chacun n'est limitée que par la liberté d'agir des autres.

335. Contrairement à la législation romaine, qui n'admettait jamais que l'on pût se rendre justice à soi-même et qui obligeait tout citoyen à recourir toujours aux *voies de droit*, la législation moderne laisse plus de latitude à l'individu pour la défense personnelle de son droit. Il ne lui demande qu'une chose, c'est de ne pas l'outrepasser. Exemples : un tiers qui n'est pas possesseur annal d'un terrain, établit sur ce terrain une clôture, une haie, un fossé. Le propriétaire détruit la clôture, arrache la haie, comble le fossé. Il ne commet aucun délit; un cheval qui appartient à Paul est retenu sans droit par Pierre. Paul, sans violation de domicile, sans violences, reprend ce cheval. Il ne commet aucun délit; un créancier, voulant obtenir de son débiteur la

somme que celui-ci lui doit, l'attend sur un chemin public et, à l'aide de violences, lui enlève la somme due. Le créancier sera puni à raison des violences exercées, mais il n'y a pas dans l'espèce de soustraction frauduleuse, et l'on ne pourra le condamner pour vol avec violences sur un chemin public. Les voies de fait réelles ont été légitimes, les voies de fait personnelles ont dépassé l'exercice du droit du créancier et seront réprimées (1).

SECTION III

Actes commandés par l'autorité légitime.

§ 1^{er}. Actes ordonnés ou autorisés par la loi et commandés par l'autorité.

336. L'article 70 du code pénal déclare qu'il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité.

C'est là une règle évidente par elle-même et qui n'a pas besoin d'explication.

Il va de soi que la mort donnée par le bourreau en vertu d'un arrêt irrévocable et sur les ordres du ministère public n'est pas un homicide punissable, ou que la détention d'un accusé en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par le juge d'instruction n'est pas une détention illégale.

337. Le seul point à signaler, c'est qu'en principe, les deux conditions doivent être réunies et que l'une

d'elles ne suffit pas pour justifier l'acte accompli.

L'exécution d'un condamné sans l'ordre de l'autorité compétente, l'arrestation et l'écrou à la prison d'un citoyen sans l'ordre du magistrat compétent seraient des infractions. Il en serait de même de l'ordre donné au bourreau par le ministère public sans arrêt de condamnation passé en force de chose jugée. Un ordre illégal émané de l'autorité ne détruit pas la criminalité du fait ordonné.

338. Mais, d'une part, la loi ordonne (1) parfois certains actes qui, en temps ordinaire, sont illicites, et elle les déclare légaux sans qu'il faille pour cela le commandement de l'autorité. En cas de flagrant délit, tout citoyen a le devoir d'arrêter le coupable sans mandat du juge d'instruction; la gendarmerie a le devoir d'arrêter les déserteurs sans aucune réquisition de l'autorité.

339. Et, d'autre part, quand l'autorité a donné un ordre illégal et que l'inférieur a exécuté l'ordre du supérieur, l'inférieur n'est pas toujours coupable. Seulement il importe de préciser dans quels cas l'acte accompli par l'inférieur sera justifié par l'ordre qu'il a reçu de son supérieur.

340. Différentes hypothèses se présentent : il y a ordre du père au fils, du tuteur au pupille, du mari à la femme, du maître à son domestique, de l'instituteur à l'élève, comme du supérieur hiérarchique à son inférieur.

Le droit moderne n'admet plus de situation où l'infé-

(1) L'expression dont se sert l'article 70 : *Acte ordonné par la loi* n'est pas exacte. Il n'est pas toujours nécessaire, pour que l'acte soit justifié, que la loi l'ordonne, il suffit qu'elle l'autorise. Nous y revenons plus loin. (Voy. n° 345.)

(1) Voy. les exemples cités par Haus, t. I^{er}, p. 497 et 498.

rieur soit une pure machine et où le supérieur ait sur lui un pouvoir absolu.

Contrairement à l'ancien droit, il laisse à tout homme un certain usage de sa volonté et dès lors une certaine responsabilité. Notre organisation sociale n'impose à personne une obéissance aveugle et passive; elle ne met aucun citoyen dans l'impossibilité de trouver protection et secours contre le tyran qui lui imposerait l'exécution d'un acte criminel. Le droit romain et même l'ancien droit français, où le principe d'autorité était bien plus accentué qu'aujourd'hui et où le pouvoir du père, du mari, du tuteur, du maître était bien plus étendu, ne peuvent fournir actuellement la solution de la question. De nos jours, l'agent qui obéit alors que la criminalité de l'acte commandé est évidente, est coupable (1).

341. La question ne présente d'ailleurs un sérieux intérêt que pour les ordres donnés à un inférieur par son supérieur hiérarchique dans le domaine judiciaire, administratif ou militaire.

(1) L'enfant et le pupille sont dans certains cas justifiés à raison de leur jeune âge. S'ils ont obéi à l'ordre d'un supérieur, la justification est encore plus évidente.

Il arrive aussi que l'inférieur se trouve absolument à la merci de son supérieur; que la femme ou le domestique soient contraints d'agir illégalement pour sauvegarder leur vie. La loi pénale positive appelle cela la cause de justification subjective de la contrainte morale ou de la force irrésistible (art. 71 du code pén.).

Nous verrons que cette théorie est abandonnée à juste titre par la doctrine pénale étrangère et que l'inférieur qui se trouve ainsi en danger s'il n'accomplit pas l'acte criminel sera justifié en effet, mais par la cause de justification objective qu'on appelle *état de nécessité* (*Jus necessitatis*, *Nothstand*). (Voy. nos 424, 431 et suiv.)

La situation de l'inférieur varie suivant la nature des actes qu'il doit exécuter.

342. Pour les jugements et ordonnances de justice, ils ne sont exécutoires que quand ils sont revêtus des formes exigées par la loi. Dès que les formalités extérieures sont observées, l'inférieur, l'huissier, qui exécute alors qu'il a mission d'exécuter, est à l'abri du reproche d'illégalité. Il n'a même pas le droit de vérifier la légitimité intrinsèque de l'acte. Sa garantie, c'est la régularité des formes extrinsèques, et cette régularité est la seule chose qu'il ait à examiner. Le directeur de prison qui recevrait et garderait une personne illégalement arrêtée, en se contentant de l'ordre écrit ou verbal d'un magistrat, serait coupable de détention arbitraire. Mais le directeur qui reçoit un détenu en vertu d'un mandat légal délivré par le juge compétent, n'a pas à s'inquiéter de la légalité de l'arrestation, il ne doit se demander qu'une chose : Puis-je écrouer en vertu du mandat produit? Si le mandat est régulier, le directeur est justifié.

343. Pour les actes administratifs qui ne présentent pas les mêmes garanties de légalité que les actes judiciaires, la justification des agents qui exécutent un ordre administratif illégal est soumise à des conditions plus nombreuses. Le code pénal les indique lui-même dans ses articles 152 et 260 : l'inférieur n'est pas coupable, s'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique.

Il s'agit de maintenir les règles de la discipline hiérarchique et de ne pas permettre à l'inférieur de discuter toutes les instructions qu'on lui donnerait, sous

prétexte qu'il engagerait sa responsabilité en les exécutant. Mais, encore une fois, la discipline a des limites; elle ne va pas jusqu'à anéantir la personnalité du subalterne, et si l'ordre qui lui est donné est manifestement criminel, si, par exemple, son supérieur lui ordonne de commettre un faux, le subalterne est coupable.

344. Dans l'ordre militaire, enfin, il y a lieu d'examiner aussi dans quel cas le soldat qui obéit à un ordre illégal, est justifié. Car, pas plus qu'un agent civil, un soldat ne doit toujours obéir passivement, et il ne suffira pas toujours pour lui d'invoquer l'ordre d'un chef.

Assurément, dans l'armée, le principe de la discipline est fondamental et l'obéissance prompte une règle nécessaire. Le soldat sous les armes contracte des devoirs particuliers, et ses devoirs sont plus rigoureux encore en temps de guerre qu'en temps de paix. Mais, à aucun moment, il n'est possible de concevoir le soldat réduit au rôle d'instrument aveugle. Il doit au moins comprendre l'ordre donné et savoir si cet ordre émane vraiment de son supérieur; il reste un citoyen doué d'intelligence et de volonté, et dès lors il conserve sa part de responsabilité.

Si la légalité de l'ordre est douteuse, il doit obéir; si la criminalité de l'ordre est évidente, il ne peut pas obéir sans encourir de responsabilité.

En temps d'émeute, si les chefs ordonnent de tirer sans les sommations préalables, les chefs seuls sont coupables.

En temps de paix, si un officier ordonne à un soldat de tirer sur un passant inoffensif, l'ordre donné ne légitime pas l'acte, et le soldat est coupable comme son chef.

En résumé donc, il faut interpréter l'article 70 du

code pénal de telle sorte que tout subalterne qui exécutera un ordre dont la criminalité sera évidente, doive être considéré comme ayant commis une infraction.

§ 2. Actes autorisés par la loi et commandés par la nécessité.

345. Nous avons vu, n° 338, note 1, que le code de 1867, en employant dans l'article 70 les termes *ordonnés par la loi*, manque de précision et que des faits illicites perdent parfois leur caractère délictueux quand ils sont simplement *autorisés par la loi*.

Il n'est en effet pas toujours indispensable que la loi donne un ordre formel. Mais il faut alors, pour justifier les faits commis, démontrer qu'ils étaient commandés par la nécessité.

L'exemple le plus simple est celui des actes commis en état de légitime défense.

On peut également ranger, dans la catégorie des actes justifiés par la nécessité, les opérations pratiquées par les hommes compétents, médecins-chirurgiens, autorisés légalement à exercer leur profession. L'opération césarienne trouve sa justification dans ce principe.

Les articles 540, 541, 557, n° 5 et 563, n° 4, punissent ceux qui, *sans nécessité*, ont tué des animaux domestiques appartenant à autrui. Il en résulte que, s'il y a eu nécessité, l'acte est justifié.

Toutes ces hypothèses relèvent d'ailleurs également du *jus necessitatis*, dont nous nous occuperons plus loin (voy. n° 431 et suiv.).-

SECTION IV

Le consentement de la partie lésée.

346. Le consentement de la partie lésée par l'infraction ne fait pas, en thèse générale, disparaître l'infraction. En effet, dans un système juridique où la loi pénale est d'ordre public et où la peine est prononcée au nom de la société entière et sur la réquisition du ministère public, son représentant, on ne pourrait pas, par des conventions particulières, déroger à des lois d'ordre public.

347. Si le droit grec et le droit romain admettaient une catégorie d'infractions qui ne pouvaient être poursuivies qu'à la requête de la partie lésée et ne donnaient lieu qu'à des dommages-intérêts, ils proclamaient, par cela même, que la partie lésée, en ne poursuivant pas, et en consentant à subir la lésion, faisait disparaître l'infraction.

348. Dans le droit moderne, au contraire, tel qu'il a été consacré au début de ce siècle, l'intérêt des particuliers disparaît devant l'intérêt de l'État; l'État confie à ses fonctionnaires et ne laisse pas aux particuliers le soin de décider s'il faut poursuivre ou non. Même pour les vols les plus minimes, c'est le ministère public qui décide seul s'il y a infraction punissable, et il ne consulte pas le volé (1).

Le consentement de la partie lésée est donc inopérant :
Ainsi la mort, donnée alors que la personne tuée a

(1) Nous avons déjà signalé qu'il y a actuellement des criminalistes qui trouvent la législation trop absolue et voudraient, dans les infractions minimes, voir accorder une part d'influence à la partie lésée. (Voy. pour le développement de cette idée, nos 599 et suiv., 633 et suiv.)

réclamé ou ordonné l'homicide, reste un homicide punissable.

Il en est de même des mutilations, alors que l'individu mutilé y a consenti d'avance. Elles sont punissables.

Le consentement de la femme qu'on a fait avorter n'empêche pas l'infraction d'exister, etc.

349. On rencontre, il est vrai, des espèces d'infractions où le consentement de la personne lésée a une influence. Il n'efface pas la criminalité de l'acte, il empêche l'infraction de naître en démontrant l'absence d'un élément essentiel de cette infraction.

Certaines infractions supposent en effet que l'on a agi contre la volonté du lésé; s'il est établi que le lésé a consenti avant ou pendant l'accomplissement de l'action incriminée, il n'y a jamais eu de fait punissable.

Dans le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie, la tromperie, si, malgré l'intention frauduleuse de l'agent, le propriétaire a voulu le résultat obtenu, on ne peut concevoir la naissance de l'infraction.

Il ne peut y avoir séquestration, enlèvement, viol, attentat avec violence à la pudeur, si la personne que l'on dit séquestrée, enlevée, violée, a consenti aux actes accomplis.

Il importe, bien entendu, pour que, dans ces hypothèses, le consentement soit exclusif de l'infraction, que le consentement soit libre et donné par une personne capable de consentir valablement.

350. Le consentement donné après la consommation de l'infraction, la ratification n'exclut pas l'infraction (1).

(1) Exceptionnellement pour les délits qui portent atteinte à l'honneur et à la considération des personnes, pour les délits d'adultère et

CHAPITRE II

CAUSES DE JUSTIFICATION SUBJECTIVES

351. Les causes de justification subjectives sont les suivantes :

Le jeune âge et, dans certains cas, la vieillesse;

La surdi-mutité;

L'ivresse;

L'altération des facultés mentales;

Le somnambulisme;

La contrainte et, dans certains cas, l'impulsion morbide et l'hypnose;

Les cas de nécessité;

Exceptionnellement, l'ignorance et l'erreur.

352. Les causes de justification subjectives sont au fond pour la plupart, des circonstances qui abolissent la personnalité dans l'un de ses éléments essentiels et empêchent ainsi d'imputer l'acte à l'auteur. En étudiant les circonstances qui relèvent de l'état psychique de l'auteur, nous allons rencontrer des lacunes dans le code comme dans la doctrine classique. Les lacunes sont dues au fait que les grands progrès, réalisés dans les sciences médicales, psychiatriques et physiologiques, n'étaient point

les délits de chasse, de pêche, et les délits forestiers, le principe de l'ancien droit a survécu en ce sens qu'il faut, pour que le ministère public-poursuive, une plainte de la partie lésée. Cette mesure est d'ailleurs une mesure de procédure pénale, uniquement relative à l'exercice de l'action publique. Elle ne touche pas aux conditions d'existence de l'infraction. Il n'en est pas moins vrai que dans ces cas, si la partie lésée ne consent pas à la poursuite, l'infraction n'est pas punie.

faits à l'époque de la rédaction du code pénal de 1867. C'est surtout dans ces trente dernières années que l'organisme humain a été étudié dans son essence et que l'on a peu à peu aperçu le caractère conventionnel de l'homme abstrait que les criminalistes avaient pris comme type du délinquant.

SECTION PREMIÈRE

Le jeune âge et la vieillesse.

A. — LE JEUNE ÂGE

§ 1^{er}. *La législation pénale classique et ses lacunes.*

353. Il est hors de doute qu'il y a un âge où la personnalité n'est pas encore formée, où l'enfant, qui n'acquiert que peu à peu conscience de lui-même, n'a pas la maturité intellectuelle et l'usage normal de sa volonté.

Toutes les législations se sont occupées plus ou moins de l'influence de l'âge sur la culpabilité.

354. Dans le droit romain, *l'infans* et *l'infanti proximus*, c'est-à-dire l'enfant jusqu'à sept ans, n'est pas punissable.

Dans l'ancien droit français, le délinquant de moins de dix ans n'était pas punissable; au-dessus de cet âge jusqu'à la majorité, la peine était moindre que celle des adultes.

Dans l'ancien droit allemand, tantôt les enfants échappaient à la peine, tantôt ils bénéficiaient d'une pénalité adoucie, et l'âge de ce que l'on appelait « l'enfance » variait.

355. L'Assemblée constituante, dans son code pénal de 1791, a introduit un système qui a passé dans le code

de 1810 et qui est encore celui de notre code belge de 1867. D'après le système, qui est consacré par les articles 72 et suivants du code de 1867, l'enfance cesse à seize ans accomplis. Au-dessus de cet âge, l'adolescent a sa majorité pénale et est assimilé à l'adulte. Au-dessous de seize ans accomplis, il y a minorité pénale et une période de doute.

356. Le magistrat est libre d'intenter des poursuites, quel que soit l'âge de l'enfant, et le législateur a abandonné toute fixation de limite quant à l'âge à partir duquel on peut poursuivre (1).

Mais lorsqu'ils poursuivent, les magistrats doivent toujours apprécier si le délinquant de moins de seize ans accomplis est ou n'est pas coupable (2).

Le code pénal ne le leur dit pas et leur impose l'obligation de résoudre deux questions :

D'abord, ils doivent se demander si le mineur a commis l'acte incriminé ;

Quand cette question est résolue affirmativement, ils sont tenus d'examiner si le délinquant a agi avec discernement.

Dans l'affirmative, le jeune délinquant est puni, mais nous verrons qu'il profite, en vertu de l'article 73 du code pénal, de l'excuse du jeune âge et que les peines sont réduites dans une forte proportion.

Dans la négative, le jeune délinquant est acquitté ; son jeune âge est une cause de justification ; il est ou bien

(1) Ailleurs cette limite est fixée : elle est fixée à douze ans en Allemagne, à sept ans en Angleterre, à neuf ans en Italie, à dix ans en Norvège, en Danemark, en Autriche et en Hollande.

(2) Le jeune délinquant doit avoir moins de seize ans accomplis au moment du fait. Peu importe donc le moment où il est mis en jugement.

mis en liberté et rendu à ses parents, si ceux-ci présentent les garanties nécessaires ; ou bien mis à la disposition du gouvernement, qui peut, jusqu'à sa vingt et unième année au plus, le retenir dans un établissement de réforme ou de charité.

357. Le discernement dont il est question à l'article 72 et dont les juges ont à décider l'existence ou la non-existence, est le discernement dans le sens juridique du mot ; on doit examiner si le prévenu a compris la portée du mal qu'il a fait, l'illégalité de l'acte accompli et s'il savait qu'il s'exposait à une peine (1).

358. Le législateur de 1867, comme le législateur français, a méconnu les conditions où se trouve l'enfance par rapport au problème de la criminalité ; il a réduit à une question juridique ce qui est avant tout une question sociale.

Il n'est pas dans le droit pénal actuel de sujet plus grave. Car on assiste, depuis cinquante ans, à un accroissement considérable de la criminalité chez les mineurs, et l'on acquiert d'autre part la conviction que c'est surtout lorsqu'il s'agit des enfants que la lutte contre le crime est encore efficace et que c'est à l'âge où l'on peut réformer les penchants qu'il faut les combattre.

Si l'on s'en tient au code pénal belge, il y a dans la population infantile les enfants honnêtes qui n'ont pas commis d'infractions et les enfants délinquants qui ont commis des infractions ; et parmi ces derniers, on distingue encore les enfants vicieux et condamnés à la prison quand ils sont censés avoir agi avec discernement,

(1) NUYENS, *Code pénal interprété*, t. I^{er}, p. 159.

et les enfants non vicieux et acquittés quand ils sont censés avoir agi sans discernement.

359. Cette classification est absolument arbitraire et insuffisante. Le milieu où se recrutent les enfants coupables dont parlent les articles 72 et 75 du code pénal, c'est le milieu des enfants matériellement ou moralement abandonnés et des enfants indigents mendiants ou vagabonds (1).

360. Les enfants matériellement abandonnés sont les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins que le décret du 19 janvier 1811 confie à l'assistance publique.

Les enfants moralement abandonnés sont ceux qui par suite des infirmités, de la négligence, des vices de leurs parents ou d'autres causes, sont livrés à eux-mêmes et privés d'éducation.

Les enfants mendiants et vagabonds sont ceux dont s'occupe la loi du 27 novembre 1891.

361. Dans cette population malheureuse et misérable, les conditions normales du développement de l'individu n'existent pas et l'on ne saurait classer les enfants en mauvais et en bons, suivant qu'ils ont ou non commis un délit. Le délit pour eux n'est qu'un incident, un hasard, une tentation offerte à l'un plutôt qu'à l'autre. La constatation du délit dépend du caprice ou de l'outillage de la police, de l'insuffisance des ressources d'une commune qui, désireuse d'échapper aux frais d'entretien d'un enfant pauvre, préfère le surprendre dans un acte de maraudage et le livrer à la justice répressive. Parmi les enfants qui ne sont pas poursuivis, il y en a de vicieux auxquels

(1) Voy. F. THIRY, *Cours de droit criminel*. Liège, 1895, p. 63.

l'occasion de faillir a seule manqué; parmi les enfants poursuivis, il y en a dont l'instinct est bon et qui, placés dans un milieu différent de l'école du mal où ils vivent, resteraient sans tache.

362. Et puisqu'on ne peut classer les enfants en coupables et non coupables, en se basant uniquement sur le fait qu'ils ont ou non commis une infraction, à *fortiori*, parmi les enfants dits coupables, la distinction entre les enfants qui ont agi avec discernement et ceux qui ont agi sans discernement ne répond-elle pas à la réalité des choses.

Le discernement juridique proprement dit existe chez la plupart de ces enfants. La plupart savent plus ou moins qu'ils ont volé et que la police poursuit les voleurs. Mais ils vivent en dehors de la société, ils sont relégués aux derniers degrés de l'échelle sociale; ils sont victimes de leur isolement, de leur abandon, de l'atmosphère viciée qui les entoure, de l'hérédité pathologique qui affaiblit leurs centres de résistance au mal, des conditions économiques entravant la constitution d'un intérieur et d'une famille. Aussi n'ont-ils pas le discernement social, et ne voyant autour d'eux que le mal, ils ne sont pas même en état de le distinguer du bien. Et ils peuvent être capables de discernement juridique sans être en réalité capables de vouloir le bien.

Ceux d'entre eux chez qui le discernement et la volonté manquent totalement sont des anormaux; ils sont atteints d'idiotie ou d'imbécillité morale; ils appartiennent non au droit pénal, mais à la pathologie, et jamais l'acquiescement pur et simple ne sera une mesure logique. Il est indispensable de les recueillir, de les protéger, de les hospitaliser, et l'ar-

ticle 72 du code pénal qui permet de les acquitter et de les rendre à la liberté est critiquable.

Si donc la classification des enfants en enfants délinquants et non délinquants est factice, la classification des enfants délinquants en condamnés et acquittés d'après la notion fragile du discernement est bien plus factice encore. Tous ces enfants poursuivis ou non, acquittés ou condamnés, appartiennent à une population dont les origines et les conditions d'existence sont identiques. C'est l'enfance abandonnée et malheureuse.

363. Le système consacré par les articles 72 et suivants du code pénal ne convient pas à l'enfance abandonnée; de plus il est illogique, car tandis que l'enfant acquitté pour avoir agi sans discernement peut être jusqu'à sa majorité recueilli et élevé par l'État, l'enfant condamné pour avoir agi avec discernement est condamné à une peine réduite, et à l'expiration de sa peine, il est rendu à son milieu délétère avec une tare en plus, celle de sa condamnation, et une difficulté nouvelle à vaincre dans la lutte pour la vie. On le voue ainsi d'avance au vagabondage et à la criminalité à raison de faits qui dans les conditions où ils sont commis, ne devraient pas entraîner ces terribles conséquences.

§ 2. *Le système rationnel.*

364. L'enfance abandonnée a besoin non de répression, mais d'éducation et de protection.

A la distinction entre enfants doués et enfants privés de discernement, il faut substituer d'abord une distinc-

tion entre enfants normaux, c'est-à-dire dont le développement physiologique est régulier et normal, et enfants anormaux, c'est-à-dire dont le développement physiologique est nul ou défectueux.

La source de la criminalité infantile est double : c'est d'abord le milieu antisocial où l'enfant s'est formé, c'est ensuite l'hérédité dont l'enfant est victime.

Quand il s'agit des normaux, la mission du juge consiste à rechercher si l'enfant court un danger dans le milieu où il vit et, dans l'affirmative, de l'arracher à ce milieu pour le couvrir de la tutelle officielle de l'État.

Quand il s'agit des anormaux, la mission du juge consiste à les mettre également à la disposition de l'État, qui doit les recueillir dans des maisons de refuge et de préservation; et pour les enfants anormaux surtout, la société a le devoir, non d'attendre que le crime soit commis, mais de prévenir le crime en s'occupant d'eux le plus tôt possible.

365. La tutelle de l'État comprend différentes catégories de mesures :

1° Avant tout, l'institution de tribunaux de tutelle qui ne devraient pas nécessairement être composés de juristes et pourraient recruter des philanthropes, des notables, des médecins, des dames charitables, etc. Ces tribunaux concentreraient l'examen et la décision de toutes les questions relatives aux enfants, à leur classement, aux mesures à leur appliquer, à leur mise à la disposition du gouvernement. Ils feraient le triage préliminaire entre les normaux et les anormaux;

2° La multiplication des sociétés de patronage et de

charité, s'occupant d'assister les enfants abandonnés et de signaler à la justice les abus constatés ;

3° Une loi sur la déchéance de la puissance paternelle, permettant à l'État d'enlever à des parents indignes la garde des enfants et d'intervenir en faveur de ceux-ci sans entrer en conflit avec des ascendants dépravés exerçant leurs droits de puissance paternelle contrairement à l'intérêt de l'enfant ;

4° Une différenciation de régime suivant qu'il s'agit des enfants normaux ou des anormaux.

Pour les normaux, il faut l'école de bienfaisance où le principe éducatif l'emporte ; l'État y retient l'enfant abandonné, forme son caractère et son cœur et lui apprend un métier.

Il y a lieu aussi d'organiser et de surveiller le placement des enfants normaux dans les familles, c'est-à-dire leur mise en apprentissage soit à la campagne chez des cultivateurs, soit en ville chez des artisans (1) ; ce système, quand il peut fonctionner, a toujours quelque chose de plus vivant que l'internement dans une école.

Pour les anormaux, il faut des refuges ou des maisons de préservation, où le système curatif l'emporte et où le médecin a le rôle essentiel. Beaucoup de ces enfants, tels les idiots complets, ou les crétiens auront à y passer leur vie entière.

366. Moyennant certaines réformes, on entrevoit une situation où la peine s'efface pour laisser place à l'éducation et à la tutelle bienfaisante. Il restera évidem-

(1) Ce n'est que la généralisation des dispositions des articles 9 et 17 du décret du 19 janvier 1811 sur les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins.

ment toujours des exceptions, c'est-à-dire des êtres précoces commettant des faits graves (des infractions telles que le meurtre, le viol ou l'incendie) en pleine connaissance de cause, et passibles d'une peine. Seulement, même pour eux, les dispositions du code sont incomplètes, car de tels délinquants sont d'autant plus dangereux qu'ils sont plus précoces ; il importe, non de leur appliquer une peine réduite, mais de les mettre aussi longtemps que cela sera nécessaire dans l'impossibilité de nuire. Mais ces cas sont très rares. En général, les enfants qui commettent des faits graves (viol, homicide ou incendie), ont une tare héréditaire, ils sont dégénérés, épileptiques ou rejetons d'alcooliques ; le traitement approprié à leur nature est bien plus la tutelle administrative, l'internement dans un établissement de garde, que la répression proprement dite. La grande majorité des délits commis par les enfants consiste en délits légers, spécialement en larcins de peu de gravité, et le monde où ils grandissent est un terrain éminemment propice au développement de leurs penchants antisociaux. La société qui ne cherche pas à créer pour l'enfant des bas-fonds, des conditions normales de croissance, est responsable de l'avenir criminel de cet enfant.

§ 3. Réformes accomplies en Belgique :

367. La plupart des législations ont compris qu'il faut placer l'enfance abandonnée sous la garde et sous la surveillance de l'autorité publique (1) et abandonner la conception formaliste et superficielle du code.

(1) HENRI JASPAR, *L'enfance criminelle*. Bruxelles, Lammertin, 1892, p. 57 et suiv.

La France et l'Allemagne sont entrées dans cette voie. Mais c'est la législation belge qui a réalisé dans le même ordre d'idées les progrès les plus considérables (1).

368. En combinant les articles 24 à 34 de la loi du 27 novembre 1891 sur le vagabondage et la mendicité due à M. le ministre de la justice Le Jeune, avec la circulaire du 30 novembre 1892, on peut résumer les dispositions actuellement en vigueur sur l'enfance abandonnée ou coupable comme suit :

1° L'emprisonnement devient l'exception; l'attention de la magistrature a été attirée sur le rôle salutaire de l'acquittement avec mise de l'enfant à la disposition du gouvernement, et sur l'effet démoralisant pour l'enfant d'une condamnation à la prison pour un fait sans gravité;

2° Le principe fondamental, c'est que l'enfance malheureuse a droit à une assistance morale et que la fonction de la justice est de la lui donner. Les juges ont à examiner les antécédents et les habitudes de l'enfant, le milieu dans lequel il est né et a grandi, l'éducation reçue dans sa famille, les influences mauvaises auxquelles il est exposé et la possibilité de l'y soustraire.

Ils ont désormais le choix entre trois moyens :

Dans des cas exceptionnels, la prison;

L'admonition de l'enfant avec renvoi à la famille;

Le placement dans l'école de bienfaisance de l'État;

3° En vertu de ces règles, peuvent être mis à la dis-

(1) L'État du Congo, par un décret du 12 juillet 1890, organise des colonies agricoles et professionnelles pour les enfants abandonnés.

position du gouvernement et internés dans une école de bienfaisance de l'État :

a. Les individus de moins de 18 ans dont le juge de paix constate l'état habituel de vagabondage ou de mendicité (art. 24 de la loi du 27 novembre 1891);

b. Les individus de moins de 18 ans dont la commune demande l'admission dans une école de bienfaisance de l'État (art. 33 de la loi du 27 novembre 1891);

c. Les mineurs de 16 ans, acquittés en vertu de l'article 72 du code pénal pour avoir agi sans discernement;

d. Les mineurs de 16 ans qui ont commis des contraventions et sont traduits devant le tribunal de police (1) (art. 25 de la loi du 27 novembre 1891).

En ce qui concerne les enfants ayant commis des contraventions, il importe de noter que, contrairement à ce qui se passe dans l'hypothèse de l'article 72 du code pénal pour les crimes et les délits, le juge n'a jamais à s'occuper de la question de discernement; il n'a donc pas le choix entre la condamnation, le renvoi à la famille ou le placement dans l'école de bienfaisance; en cas de contravention, le jeune âge est toujours par lui-même une cause de justification, et le juge ne choisit qu'entre le renvoi à la famille et la mise à la disposition du gouvernement, c'est-à-dire entre l'admonition avec l'acquittement pur et simple et l'éducation par l'État (2);

(1) L'hypothèse de mineurs de 16 ans, coupables de contraventions, n'est pas prévue par les articles 72 et suivants du code pénal, qui n'ont en vue que les crimes et les délits.

(2) En vertu d'une loi du 15 février 1897, modifiant l'article 25 de la loi du 27 novembre 1891, on a considéré que l'acquittement pur et simple favoriserait la multiplication des contraventions rurales ainsi que la connivence des parents, et il a été admis que les enfants acquittés ou mis

4° Enfin, lorsque les juges se trouvent en présence d'un enfant délinquant précoce et estiment devoir le condamner à l'emprisonnement, ils peuvent, pour autant que le coupable n'ait pas 18 ans accomplis, ordonner que depuis l'expiration de sa peine jusqu'à sa majorité, il restera à la disposition du gouvernement pour être interné dans une école de bienfaisance de l'État (art. 26 et 27 de la loi du 27 novembre 1891). Et pour l'exécution de la peine, l'enfant est placé, non dans une prison, mais dans un quartier de jeunes condamnés organisé à Gand sur le plan d'une école de bienfaisance (1);

5° Quand les enfants sont mis, en vertu d'une des dispositions qui précèdent, à la disposition du gouvernement, il se peut que la menace de l'internement suffise et que les parents étant capables de veiller sur leurs enfants, on leur laisse ceux-ci conditionnellement.

D'autre part, les enfants, placés dans les écoles de bienfaisance, n'y restent pas nécessairement jusqu'à leur majorité; ils peuvent, après six mois de séjour à l'école de bienfaisance, être mis en apprentissage chez un cultivateur ou un artisan, ou dans un établissement public ou privé d'instruction ou de charité (art. 30 de la loi du 27 novembre 1891).

Ils peuvent aussi à toute époque être rendus condition-

jusqu'à leur majorité à la disposition du gouvernement seraient toujours condamnés aux frais et, s'il y avait lieu, aux restitutions et aux dommages-intérêts et que les personnes civilement responsables seraient citées et tenues, solidairement avec l'enfant, des frais, restitutions et dommages-intérêts. Un article additionnel prévoit et punit la participation.

(1) Ce n'est que pour des condamnations inférieures à un mois que l'individu de moins de 16 ans accomplis peut encore subir sa condamnation en prison. (Circ. du 30 novembre 1892.)

nellement à leurs parents (art. 31 de la loi du 27 novembre 1891).

Ajoutons qu'à l'école de bienfaisance, la loi elle-même, dans son article 29, opère entre les enfants un classement basé sur le principe éducatif : les enfants de moins de 13 ans vivent absolument séparés des autres plus âgés et déjà plus réfractaires à la transformation de leurs instincts; les enfants de 13 à 16 ans sont également séparés des individus entrés à l'école à un âge plus avancé;

6° Pour l'aider dans l'œuvre de progrès qu'il désire réaliser, le législateur fait appel à l'initiative privée; il s'appuie, d'une part, sur les comités de patronage de l'enfance moralement abandonnée qui ont à s'occuper du placement et de l'avenir des enfants et, d'autre part, sur le dévouement du barreau qui a à veiller à la défense des enfants traduits en justice et à écarter, d'accord avec les juges d'instruction, les poursuites inutiles (1).

368 bis. Il y a là un ensemble sérieux de réformes salutaires. Elles concernent surtout les enfants normaux.

(1) Pour compléter l'exposé des institutions protectrices de l'enfance, il importe de mentionner également la loi du 28 mai 1888, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. Elle commine des peines contre ceux (que ce soient le père, la mère, le tuteur ou d'autres individus) qui font exécuter par des enfants de moins de 18 ans des exercices de dislocation, des tours de force, des exercices dangereux, inhumains, ou de nature à altérer la santé; ou contre tout acrobate, saltimbanque, charlatan, montreur d'animaux ou de curiosités ou directeur de cirque qui emploiera dans ses représentations, sans la coopération des parents, des enfants âgés de moins de 18 ans. Si les enfants ont moins de 14 ans, les parents qui autorisent l'emploi des enfants dans les représentations ou qui les emploient directement, sont aussi passibles de peines. En outre, la loi punit les parents, tuteurs ou patrons qui abandonnent les enfants de moins de 18 ans aux saltimbanques, etc., ou

Il nous manque encore des mesures de protection relatives aux enfants anormaux.

La protection des anormaux doit prendre un caractère particulier répondant au degré de défectuosité psychique des enfants et elle implique des établissements appropriés à leur état.

Tantôt, pour le dernier degré de l'anormalité, les établissements seront des refuges ou des asiles où il ne peut être question que de soins médicaux.

Tantôt, quand on se trouve en présence d'enfants arriérés, mais dont l'intelligence n'est pas éteinte et semble susceptible de développement, les établissements seront des écoles spéciales ayant pour objectif, dans la mesure du possible, la formation intellectuelle (1).

§ 4. *Du droit de correction paternelle.*

369. La prise en considération du principe qu'il faut le plus possible soustraire l'enfant à la prison a fait remettre en question le droit de correction paternelle.

Nos prisons reçoivent des enfants qui n'ont commis

à des embaucheurs, ainsi que les individus auxquels les enfants sont livrés et ceux qui déterminent les enfants à suivre des professionnels de cette espèce.

Enfin, il faut ajouter comme couronnement de ces mesures que, le 10 janvier 1889, le gouvernement a déposé un projet de loi sur la déchéance de la puissance paternelle. Ce projet, représenté le 20 juillet 1893 à la Chambre des représentants, n'est malheureusement pas encore arrivé à la discussion.

(1) L'administration communale de Bruxelles a créé une école spécialement destinée aux enfants arriérés non idiots ni épileptiques, et qui paraissent capables de recevoir une certaine instruction. (*Journal La polyclinique*, n° 24, 15 décembre 1898, Dr DANIEL.)

aucune infraction, mais dont l'incarcération a été demandée par le père, en vertu des articles 375 et suivants du code civil.

Le père qui a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant, peut le faire déténer suivant les distinctions énoncées aux dits articles.

C'est-à-dire que si l'enfant a moins de 15 ans accomplis, le père peut faire déténer l'enfant pendant un mois au plus, ensuite d'un ordre d'arrestation que le président du tribunal de première instance de l'arrondissement doit délivrer.

Si l'enfant a 15 ans accomplis, le père peut requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; le président du tribunal, après en avoir conféré avec le procureur du roi, délivre ou refuse l'ordre d'arrestation et il peut aussi abrégé le temps de la détention requis par le père.

Si le père est remarié, si l'enfant a un état ou des biens personnels, c'est encore au président du tribunal même, si l'enfant n'a pas 15 ans accomplis, qu'il appartient d'accorder, de refuser ou d'abrégé la détention.

Si, après la sortie de l'enfant, le père a de nouveaux sujets de mécontentement, la détention peut être renouvelée dans les conditions indiquées par la loi.

370. Ces dispositions répondent à une conception théorique de l'autorité paternelle, que le législateur considère comme devant s'exercer toujours pour le bien de l'enfant, et à une conception théorique de la détention, que le législateur considère comme devant toujours être un moyen certain de correction.

Or, d'abord, l'expérience démontre que, dans les grands centres, le droit de correction paternelle donne

lieu souvent à de graves abus, et que des parents ont recours aux dispositions des articles 375 et suivants du code civil, pour assouvir des sentiments de vengeance ou se débarrasser des témoins gênants de leur inconduite (1).

Ensuite, dans les cas où le père use du droit de correction pour soustraire son enfant aux entraînements et aux dangers des camaraderies suspectes, un mois ou six mois de détention dans une prison ne suffisent pas pour prémunir l'enfant contre les tentations des grandes villes.

371. La solution à adopter est différente :

Le droit de correction paternelle tel qu'il est réglé ne peut être maintenu ; les cas où il répond à une nécessité doivent être résolus par la législation protectrice de l'enfance dont nous avons parlé. La prison n'a aucune efficacité.

Les parents doivent avoir le droit de démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité de sauvegarder la vie morale de l'enfant.

Mais il faut dans tous les cas une enquête sérieuse à laquelle sont appelés le père et la mère et, quand cela est possible, les membres des comités de patronage.

Si le tribunal estime que l'enfant est en danger dans la famille, il le mettra à la disposition du gouvernement pour qu'il soit élevé dans une école de bienfaisance pendant un délai que le jugement fixera, et qui peut durer jusqu'à la majorité de l'enfant.

(1) HENRI JOLY, *Journal des débats* du 22 juillet 1898, *Une bastille démocratique*; F. SILVERCRUYS, *Observations sur l'exercice du droit de correction paternelle*.

§ 5. *Observations complémentaires.*

372. Le problème du jeune âge des délinquants peut être encore élargi.

Dans leurs tentatives pour réduire la criminalité, les États en arrivent de plus en plus à se pénétrer de l'idée que la jeunesse seule offre une certaine prise aux efforts du législateur. La physiologie confirme cette façon de voir.

373. La distinction entre les délinquants primaires et les récidivistes se présente ici dans toute son ampleur.

Les récidivistes arrivés à la maturité de l'âge sont, en général, rebelles aux mesures de régénération ; ils constituent le résidu social dont il n'y a plus rien à espérer et contre lequel la société doit simplement se prémunir. Les délinquants primaires conservent pendant leur jeunesse la plasticité nécessaire pour être influencés par un système éducatif conçu en vue de leur amendement.

La société, en présence des jeunes délinquants primaires, n'a donc plus simplement à se préserver ; elle peut essayer de corriger et de former le caractère et la volonté.

374. Il en résulte en premier lieu que, pour les délinquants encore jeunes, la mission essentielle de la justice est d'examiner non la question du discernement, mais celle de savoir si, étant données les conditions de sa vie, de son milieu, de sa nature, de ses antécédents, le coupable est susceptible de recevoir avec fruit l'action du système éducatif.

375. Il en résulte en outre qu'il est bon de prolonger le plus longtemps possible, pour cette classe de délinquants, la période pendant laquelle le régime éducatif l'emporte sur le régime répressif.

376. Quel que soit l'âge fixé comme âge de la minorité pénale, que ce soit quatorze ou seize ans, ou tel autre âge, il y aura toujours là une limite tout à fait conventionnelle; tout dépend des dispositions individuelles et de la rapidité ou de la lenteur très variables du développement intellectuel et moral. La vraie solution, c'est d'accorder aussi longtemps que possible au juge la faculté de substituer l'éducation à la répression, et de retarder l'âge de la majorité pénale jusque dix-huit ou vingt ans.

377. Il en résulte en troisième lieu que, quand la justice fait prévaloir le système éducatif, il est impossible de fixer d'avance d'une façon précise la durée de ce régime. On aboutit ainsi, dans une certaine mesure, pour les jeunes délinquants, à l'institution de la sentence indéterminée, pratiquée aux États-Unis (voy. n° 770).

378. En résumé, on peut concevoir pour l'avenir l'organisation de tribunaux de tutelle ayant à juger les jeunes délinquants et prenant, d'après les circonstances, l'une des trois décisions suivantes :

- a. Le renvoi à la famille avec admonition ;
- b. La condamnation à une peine ;
- c. La mise à la disposition du gouvernement pour un temps indéterminé, qui ne pourra cependant dépasser pour le délinquant la date à laquelle il aura accompli sa vingt-cinquième année.

C'est-à-dire que pour tous les délinquants primaires qui n'auraient pas atteint l'âge de vingt ans accomplis,

la justice aurait toujours pour devoir d'examiner les chances de succès du système éducatif.

Dans l'affirmative, le délinquant serait soumis à ce régime éducatif pendant un temps indéterminé qui ne dépasserait pas sa vingt-cinquième année.

Les anormaux seraient recueillis dans des maisons de préservation sans fixation de durée.

En appliquant la théorie de l'amendement quand elle peut être utile, on arriverait plus facilement à appliquer le régime répressif quand il est vraiment nécessaire, et l'on arriverait surtout à faire reculer la criminalité.

Il semble que, devant l'enfance abandonnée, on en revienne à la vieille doctrine de la responsabilité collective, alors que les groupes organiques acceptaient l'obligation de maintenir l'ordre et la paix, qu'ils étaient, comme la famille actuelle, heureux des vertus, malheureux des vices de leurs membres, et qu'ils avaient l'intuition de l'influence du milieu social.

Dans tous les cas, l'enfant des bas-fonds sociaux étant la victime de l'atmosphère empoisonnée qu'il a respirée, nous répondons un peu de son crime comme la tribu franque répondait du crime de ses membres. Notre devoir urgent est de l'arracher à ce milieu et de lui donner non la police et la prison, mais la protection, l'éducation et la pitié dont il a besoin.

Aussi longtemps que nous n'aurons pas abouti, nous pouvons, en présence de l'accroissement de la criminalité, nous dire que cela ne tient pas à tel ou tel mode de preuve, à tel ou tel système de peine, ni même à une hérédité inflexible, à une nature marâtre, mais aux conditions mêmes de notre civilisation. Pour éviter la chute de beaucoup de malfaiteurs précoces, nous aurions dû

nous occuper plus tôt d'eux et essayer plus tôt de leur donner la santé physique et morale. Telle est la portée du problème de l'enfance coupable.

B. — VIEILLESSE

379. Si le jeune âge justifie l'agent à une époque où la personnalité n'est pas encore formée, l'extrême vieillesse peut justifier, dans les mêmes conditions, celui dont l'âge a affaibli les centres nerveux et déformé la personnalité.

Et de même que la mesure la plus rationnelle pour l'enfance coupable et abandonnée est l'internement dans une école de bienfaisance, la mesure la plus rationnelle pour la vieillesse coupable et indigente sera dans certains cas l'internement dans un hospice ou une maison de refuge.

380. Les criminalistes classiques sont hésitants sur ce point. Chauveau et Hélie (1) et Rossi (2) notamment soutiennent que le vieillard est souvent plus coupable que l'adulte à raison de son expérience et de l'amortissement de ses passions. Ils sont plus sévères que le droit romain, qui admettait qu'un âge avancé (soixante ou septante ans) entraînât la réduction de la peine, et plus sévères aussi que le code de 1791, qui voyait dans le grand âge un motif de cessation de la peine.

381. Incontestablement on rencontre des circonstances où le déclin des facultés et de l'organisme est évident et où, comme le dit Tiraqueau : *Senectus est veluti altera*

(1) CHAUVÉAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, t. 1^{er}, nos 812 et suiv.

(2) ROSSI, *Traité de droit pénal*, p. 268.

pueritia. La débilité sénile est donc au même titre que l'enfance une cause exclusive de culpabilité.

382. En fait, alors que la criminalité de la jeunesse est une portion considérable de la criminalité générale, la criminalité chez les vieillards, au contraire, est plus rare. La statistique démontre que la courbe de la criminalité s'abaisse à partir de cinquante ans. Les infractions les plus fréquentes chez les vieillards sont les attentats aux mœurs et à la pudeur, révélant chez leurs auteurs une dégénérescence malade, un ramollissement cérébral qui relève plus de la pathologie que du droit pénal (1), exclut la responsabilité et exige des mesures de préservation. Le code ne parle pas des conséquences de la vieillesse sur la culpabilité, mais en l'absence de texte les principes généraux du droit prédominent.

SECTION II

Infirmités physiques.

§ 1^{er}. La surdi-mutité.

383. Les sourds-muets sont, en vertu de l'article 76 du code pénal, considérés pendant toute leur vie comme des êtres incomplets, et le législateur les place, quel que soit leur âge, sur le même rang que les mineurs de seize ans. Si les juges décident qu'ils ont commis le crime ou le délit avec discernement, on les condamne, à raison de l'excuse de leur infirmité à une peine réduite; si les juges décident qu'ils ont agi sans discernement, ils sont justifiés, on les acquitte et ils peuvent être placés pendant

(1) KRAFFT EBBING, *Grundzüge der Criminalpsychologie*. Stuttgart, 1882, p. 46.

un nombre d'années qui n'excédera pas cinq ans dans un établissement où ils seront instruits.

384. Les considérations relatives aux prescriptions du code sur le jeune âge trouvent également leur application aux sourds-muets. Le code pénal est en ce qui les concerne insuffisant.

Les sourds-muets sont des infirmes et quand ils appartiennent aux classes malheureuses, ils ont besoin d'assistance et de protection et non de répression. Le juge doit se demander, non pas s'ils ont ou non le discernement, mais s'ils ont ou non joui de l'éducation et de la protection sociales qui leur sont indispensables. Cette thèse est surtout indiscutable à l'égard des sourds-muets de naissance, qui ont été privés de l'enseignement par la parole et des moyens de communiquer avec leurs semblables.

Pour ceux qui ont reçu l'enseignement approprié à leur état physique ou qui sont devenus sourds-muets après avoir reçu l'instruction, la question du discernement peut être posée tout en tenant compte du fait que la surdi-mutité est un signe de dégénérescence. En supposant que le sourd-muet puisse être puni en vertu de l'article 76, § 3, il ne faut pas perdre de vue qu'après l'expiration de sa peine en cas d'indigence, il a besoin de la tutelle de l'État, autant et plus peut-être qu'avant sa condamnation.

§ 2. *La cécité.*

385. Les aveugles sont également des infirmes qui ont besoin d'assistance. Les infractions commises par des aveugles sont rares. Si le cas se présentait, on aurait à tenir compte dans une certaine mesure de leur infirmité.

La cécité n'est pas en général, il est vrai, un signe de dégénérescence ou une cause de justification.

Elle pourra être une circonstance atténuante et elle devra exercer une action sur le régime pénal.

SECTION III

Altération des facultés mentales.

§ 1^{er}. *Le code pénal belge de 1867 et ses lacunes.*

386. L'article 71 du code pénal dit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

Le second membre de phrase vise la contrainte morale dont nous parlerons plus loin; le premier seul dans la pensée du législateur vise la folie. Le texte doit être interprété conformément aux données de la science mentale et non pas dans un sens littéral qui ne répond plus à toutes les hypothèses.

387. A l'époque où le code de 1867 a été rédigé, il y avait entre les aliénistes et les légistes des divergences d'interprétation qui vont en se réduisant, mais ne sont pas encore effacées.

Pour le légiste, la folie est surtout le désordre dans les idées et dans la conduite et n'est évidente qu'en présence d'actes incohérents, violents, bizarres, sans motifs ni combinaisons; dès que l'acte s'explique, on est tenté de rejeter la supposition de la folie.

Pour l'aliéniste, la folie est une maladie fonctionnelle complexe dont les causes obscures échappent à l'appréciation du vulgaire. Le vulgaire n'est pas toujours

à même de constater les symptômes de la folie; cette constatation suppose des spécialistes se livrant à une étude approfondie, non pas de l'acte incriminé, mais de l'auteur de l'acte, de son organisme, de sa vie, de son hérédité, de ses tares. Et comme les hommes tout à fait normaux au point de vue psychique et physique sont rares, le danger des analyses psychiatriques trop exclusives, c'est d'étendre outre mesure le domaine de la folie.

388. Cependant, on ne saurait méconnaître que les progrès de la psychiatrie et de la physiologie ont jeté une lumière nouvelle sur le problème mental. Ils ont montré l'action indéniable de l'hérédité, de l'alcoolisme (1), de la débauche sur les psychoses et ont agrandi le rôle de la pathologie au détriment du rôle de la répression. La question est d'autant plus grave que, tandis que la population a doublé en Belgique pendant les cinquante dernières années, le chiffre des aliénés a triplé et est monté de 4,000 à 12,000.

389. Le texte de l'article 71 du code pénal est insuffisant à différents points de vue.

De même qu'en droit civil, pour faire une donation ou un testament valable, il faut être sain d'esprit (art. 901 du code civ.), de même en droit pénal, pour commettre une infraction punissable, il faut posséder la santé psychique (2). Mais l'absence de santé psychique revêt les formes les plus variées, et le mot *démence*, employé par

(1) Les deux tiers des collocations dans les asiles d'aliénés, en Belgique, sont dus à l'alcoolisme.

(2) C'est au cas de folie que s'adapte le mieux la théorie de Tarde fondant la responsabilité sur l'identité personnelle et la similitude sociale. Le fou n'est pas responsable, puisque son état le rend étranger à lui-même et à son milieu.

le législateur, ne représente qu'une des formes des maladies mentales, c'est-à-dire la suppression complète des facultés mentales (*de-mens*). Or, il faut évidemment considérer comme échappant à la peine tout auteur d'infraction atteint d'une maladie mentale quelconque, et avoir soin de comprendre sous cette dénomination non seulement la démence proprement dite, mais d'autres états anormaux dont nous parlons plus loin (voy. n^o 392, 392 bis, 395 et suiv., 398 et suiv.).

390. Les mots *au moment du fait* prêtent également à la critique. Ils font naître une controverse sur le point de savoir si l'infraction commise dans un intervalle lucide est, oui ou non, passible d'une peine.

La doctrine a employé les mots *intervalle lucide* à une époque où l'on ne concevait la folie que manifestée extérieurement par les signes les plus apparents et où l'on doutait de l'existence de la maladie mentale, quand elle n'était pas visible pour tous.

Or, assurément, l'auteur de l'infraction n'échappe à la peine que si l'aliéniste admet l'altération de l'activité psychique au moment où le délinquant agit. Mais à côté des cas d'abolition momentanée de la conscience, il y a des cas d'abolition permanente; en général, l'anormalité psychique n'est pas un accès passager, elle est un état qui perdure. Il n'est pas indispensable alors que cet état soit révélé aux yeux du public au moment du fait; une altération organique constatée postérieurement à l'accomplissement de l'infraction n'empêchera pas de conclure avec certitude à l'existence de l'état anormal pendant l'accomplissement du fait, et les termes de l'article 71 du code pénal sont trop absolus.

391. Enfin, le législateur, en employant les termes

il n'y a pas d'infraction, a rendu la mission du juge plus difficile et provoqué chez celui-ci une interprétation restrictive des cas d'anormalité mentale. En vertu du texte de l'article 71 du code pénal, la justice est tenue de choisir entre deux solutions : l'acquittement du dément, qui n'a pas commis d'infraction ; la condamnation de l'homme sain d'esprit, qui a commis une infraction. Or, entre ces deux points extrêmes, il y a de nombreux points intermédiaires, une zone d'anormalité psychique à laquelle ne répond ni l'acquittement, ni la condamnation. Le juge, comprenant qu'il ne peut pas simplement acquitter, condamne le coupable ; mais comprenant également que le délinquant n'est pas normal, il le condamne à une peine réduite à raison de la diminution de sa responsabilité. Cette décision est irrationnelle ; rien n'est plus contraire aux principes de la défense sociale que d'admettre, dans l'espèce, des fractions de responsabilité et de leur appliquer des fractions de peine.

Le juge se trouve en présence d'un agent anormal et dangereux à raison de son anormalité. Il doit considérer cet agent dans l'ensemble de son organisme sans chercher à doser la quantité de responsabilité que l'on peut découvrir en lui. Et il doit le mettre dans l'impossibilité de nuire d'autant plus longtemps que son état spécial laisse moins d'espoir de régénération. La conséquence, c'est l'application d'un régime intermédiaire entre la mise en liberté et la peine dans un établissement tenant le milieu entre la prison et la maison de santé (voyez nos 748 et suiv.).

§ 2. *La science moderne et l'état mental des délinquants.*

392. De la santé physique à la mort, l'homme passe par des nuances infinies dont il n'est pas possible de donner une idée même approximative ; la transition de la santé à la maladie se fait par des gradations imperceptibles ; les limites entre les deux termes sont indistinctes ; le médecin lui-même aura parfois de la peine à affirmer qu'elles ont été franchies et qu'il y a maladie caractérisée. On rencontre une foule d'états intermédiaires : des hommes dont la santé est délabrée pourront dans des conditions données, moyennant certaines précautions et l'observation des règles de l'hygiène, remplir les fonctions et les devoirs que la société leur impose ; l'action du milieu se joint ici à l'action individuelle pour permettre une vie à peu près normale.

Il en est exactement de même de la santé mentale ; de cet état de santé à la démence, l'homme passe par des gradations insensibles au milieu desquelles on ne saurait tracer de frontière précise ; l'homme parfaitement normal au point de vue intellectuel est l'exception ; de la simple bizarrerie de caractère, de l'excentricité à l'anéantissement complet de l'intelligence, il y a un monde d'états intermédiaires, et l'aliéniste aura souvent de la peine à déterminer le point où débute la maladie mentale proprement dite. Ici aussi on rencontrera des individus dont la vie psychique est défectueuse, mais qui, suivant que leur milieu leur est favorable ou les contraire, pourront vivre de la vie sociale, ou aller jusqu'au crime.

Des aliénés eux-mêmes s'adaptent parfaitement à des

conditions relatives de sociabilité; les colonies agricoles d'aliénés de Gheel et de Lierneux sont la réalisation de ce principe et montrent le caractère relatif des déficiences psychiques et des mesures à prendre à leur égard.

392 bis. En présence des anormalités psychiques, le droit pénal a pour mission de tracer les grandes lignes du groupement des délinquants. L'on distingue trois classes essentielles.

La première classe comprend ceux que l'on considère comme normaux ou relativement normaux et que l'on peut dès lors condamner à une peine.

La deuxième et la troisième classe comprennent les autres, c'est-à-dire les anormaux.

La deuxième classe comprend les anormaux dont l'anormalité va jusqu'à la folie et qu'il faut non pas condamner à une peine, mais colloquer.

La troisième classe comprend les anormaux dont l'anormalité ne va pas jusqu'à la folie; ce sont les défectueux, que l'on trouve dans la zone intermédiaire entre la santé mentale et la folie et dont l'anormalité est assez caractérisée pour exiger des mesures spéciales de préservation.

Si l'on se place au point de vue du droit pénal positif et de la responsabilité, la première classe comprend les normaux responsables; la deuxième classe comprend les anormaux aliénés ou irresponsables, et la troisième classe comprend les anormaux défectueux ou imparfaitement responsables.

Nous n'avons pas à nous occuper en ce moment de la classe des normaux.

Nous ne parlerons que des deux classes d'anormaux.

393. a. Les anormaux aliénés et irresponsables.

Quant aux délinquants complètement anormaux ou aliénés proprement dits, les Grecs, avec Hippocrate, considéraient déjà la folie comme une maladie. Le moyen âge la considérait comme une possession diabolique. L'aliéné inspiré de l'esprit du mal était traité avec une extrême rigueur. Au siècle dernier encore on l'emprisonnait. Le droit moderne, revenant à la conception des Grecs, considère les fous comme des malades et leur applique un traitement thérapeutique (1).

Seulement, si actuellement notre conception de la folie est exacte, les juges répressifs n'ont pas toujours les connaissances psychiatriques nécessaires pour décider si la folie existe. Des aliénés peuvent ainsi être traités comme des criminels normaux et soumis au régime répressif.

Lorsque le jugement doit porter sur l'intégrité des facultés mentales, le devoir du juge est de faire appel aux aliénistes pour recueillir les éléments de la solution du problème.

Lorsque l'aliénation mentale est établie, la loi actuelle se bornant à déclarer qu'il n'y a pas d'infraction est incomplète. Elle devrait accorder au juge le droit de mettre l'auteur de l'infraction à la disposition du gouvernement. La justice répressive a en effet dans ce domaine un double rôle à remplir :

Faire le triage des irresponsables;

Prendre à leur égard les mesures opportunes de défense et de protection sociales.

(1) Voy., pour les détails historiques, MAUDSLEY, *Le crime et la folie*, 3^{me} édition. Paris, Germer-Baillièrre et C^{ie}, 1877, p. 6 et suiv.

394. Il y a des aliénés inoffensifs et des aliénés dangereux, comme il y a des normaux inoffensifs et des normaux dangereux.

La plupart des aliénés délinquants sont dangereux.

Pour les inoffensifs, l'État possède les établissements d'aliénés et les colonies d'aliénés.

Pour les dangereux, l'État doit posséder, et cela existe dans certains pays, notamment en Angleterre et aux États-Unis, des établissements spéciaux ou prisons asiles, car la prison ordinaire avec un régime soit réformateur, soit intimidant, ne convient pas aux aliénés, et les établissements d'aliénés ne sont pas outillés pour la détention et la surveillance des délinquants (1).

La Belgique n'a pas de prison asile. Les aliénés délinquants sont, conformément aux prescriptions de l'article 12 de la loi de 1873 sur les aliénés, colloqués dans un établissement public ou privé. En fait, actuellement, les hommes sont internés dans un quartier spécial de l'asile de l'État à Tournai; les femmes, dans un quartier spécial de l'asile de l'État à Mons.

395. b. *Les anormaux défectueux et imparfaitement responsables.* Quand il s'agit des anormaux imparfaitement responsables, il conviendrait également que l'État possédât des établissements spéciaux qui seraient surtout des *établissements de préservation*.

Le principe fondamental en cette matière et que l'expérience des dernières années a mis en lumière, c'est que le juge, pour remplir efficacement sa mission protectrice,

(1) Dans la séance de la Chambre des représentants du 3 décembre 1873, lors de la discussion de la loi sur le régime des aliénés, M. Thonissen proposait déjà la création d'une prison-hospice.

n'a plus uniquement pour devoir de choisir entre la condamnation et l'acquittement.

La seule façon de résoudre le problème vis-à-vis des délinquants dont la personnalité et la responsabilité sont non pas totalement abolies, mais seulement entamées et diminuées, c'est pour le juge la mise à la disposition du gouvernement, et pour l'État l'internement des anormaux dans des établissements de préservation.

396. Il n'est plus possible de donner uniquement comme base à la délibération des juges le terrain de la responsabilité pénale. Les anormaux imparfaitement responsables sont des infirmes moraux; leur débilité morale, leur faiblesse de volonté, les rend dangereux. En n'envisageant que leur degré de responsabilité, que la quantité abstraite de volonté qui les fait agir, on en arrive à prononcer des peines réduites rendant rapidement à la liberté des êtres défectueux et l'on compromet la sécurité sociale.

En envisageant l'ensemble de l'état psychique du délinquant anormal et la qualité défectueuse de sa volonté, on aboutit, au contraire, à un groupement rationnel des anormaux et à leur internement prolongé, ce qui constitue la seule mesure sérieuse de défense sociale.

On peut invoquer à l'appui de cette thèse ce qui se passe pour les fous complètement irresponsables dans les établissements d'aliénés. La science mentale fait des maladies mentales une classification théorique dont nous allons nous occuper; elle divise les maladies mentales suivant que tel ou tel élément de la vie psychique est plus ou moins en jeu. Or, le directeur d'un asile d'aliénés qui a devant lui non des maladies, mais des malades, serait fort embarrassé de classer ses pensionnaires d'après

les données de la science. Il se borne à les grouper en tranquilles, agités, dangereux, gâteux ou incurables, selon leur degré d'excitation ou d'insociabilité. Il garantit ainsi l'ordre et la discipline dans sa maison, et il donne l'exemple au législateur.

§ 3. *La science pénale moderne et la classification des maladies mentales.*

397. Les difficultés sont grandes quand il s'agit d'accorder la classification des maladies mentales avec les dispositions de la législation positive.

Les manifestations de l'absence de santé morale sont multiples et complexes. La mission la plus délicate de l'autorité judiciaire est celle qui consiste à voir quand l'état psychique est normal, quand il révèle l'absence totale de conscience et exige la collocation, quand il révèle une défectuosité ou une anormalité qui exige des mesures de préservation.

Les aliénistes ont tenté de nombreuses classifications des maladies mentales ; elles varient suivant les auteurs et suivant les pays (1). Elles ont surtout un caractère théorique ; elles servent à mettre un certain ordre général dans les idées courantes, et si les aliénistes eux-mêmes ne sont pas unanimes, à plus forte raison la tâche

(1) Voy. notamment : MAUDSLKY, *Le crime et la folie*. Paris, 1877, p. 46 et suiv. ; KRAFFT EBBING, *Grundzüge der Criminalpsychologie*. Stuttgart, Enke, 1882, p. 78 et suiv. ; DELBRÜCK, *Gerichtliche Psychopathologie*. Leipzig, 1897, p. 72 et suiv. ; DE BOECK, *Les frontières de la folie*. Syllabus du cours de l'extension de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1899, et classification d'après le docteur J. Desmeth.

est-elle redoutable pour les juristes qui ont à se placer au point de vue spécial de l'exercice du droit de punir.

398. Nous rencontrons en premier lieu les différentes formes de psychoses classées par les aliénistes en maladies psychiques organiques et maladies psychiques pures dont la forme la plus accentuée est la *démence*, qu'il s'agisse de démence paralytique ou sénile, ou par lésions vasculaires, ou par affaiblissement psychique graduel.

Parmi ces maladies, il faut ranger également les différentes formes de mélancolies ou de manies expansives ou dépressives révélant des troubles fonctionnels, et dont le type est le délire de grandeur ou de persécution (*Verrücktheit*, *παράνοια*) et qui aboutit généralement à la démence.

Quand l'existence de ces maladies est constatée, il n'y a jamais de doute sur la décision à prendre et sur l'impossibilité d'appliquer la peine.

399. Mais à côté de ces formes de l'aliénation mentale proprement dite, il y a d'autres états psychiques anormaux qui entament toujours la personnalité de l'agent, mais qui tantôt l'anéantissent et la détruisent complètement, et tantôt la réduisent en ne laissant subsister qu'une responsabilité imparfaite. Nous citerons :

400. 1° *La simplicité d'esprit ; l'imbécillité ; l'idiotie* avec ou sans *crétinisme*, c'est-à-dire l'absence ou l'arrêt complet du développement intellectuel.

Cette infirmité peut se rencontrer chez les enfants. Ce sont alors dans tous les cas des enfants anormaux ; si l'on ne s'est pas occupé d'eux dès le début et qu'ils en arrivent par abandon au délit, il faut non les punir, mais

les recueillir et les soigner. Le rôle de la répression s'efface devant la protection.

L'infirmité peut se rencontrer chez les adultes et notamment chez les délinquants d'habitude, et alors on distinguera :

a. Ou bien l'absence de développement mental est complet ou accompagné de déformations organiques incontestables, empêchant toute activité psychique régulière. La conséquence, c'est l'impossibilité de frapper d'une peine et la nécessité de prendre des mesures de préservation ;

b. Ou bien le développement cérébral sans être nul est incomplet. On est en présence d'agents incapables ; d'êtres inférieurs à l'homme normal moyen ; d'infirmités mentales. La répression peut avoir sa raison d'être à titre d'exemple pour les masses. Mais il faut incontestablement tenir compte du degré d'infériorité mentale du délinquant.

Le frapper d'une courte peine serait une œuvre illusoire et inefficace ; le frapper d'une longue peine serait un inutile excès de rigueur.

Si le principe répressif doit s'affirmer par la publicité d'une sentence de condamnation à une peine, de façon à faire réfléchir les classes criminelles, le principe d'humanité à l'égard d'infirmités intellectuelles doit s'affirmer par la nature du régime de détention et exercer son influence non sur la quotité, mais sur la qualité de la détention ; il faut à ces délinquants un internement prolongé avec un régime éducatif et humain.

401. 2° *La folie morale.* La forme la plus compliquée de l'infirmité ou de l'infériorité psychique, c'est la folie morale, désignant une perversion congénitale du sens

moral, rendant l'homme absolument incapable de vouloir le bien et développant en lui le penchant au crime.

a. Ou bien cette psychose est accompagnée de troubles fonctionnels cérébraux reconnus par l'aliéniste ; elle est alors une des formes des maladies mentales ordinaires. Elle n'est qu'une espèce d'aliénation mentale et aucune difficulté n'existe ;

b. Ou bien la folie morale ne se manifeste par aucun état pathologique discernable ; il n'y a aucune preuve scientifique extérieure de lésion ou de maladie. Alors la question est délicate et il existe une opposition entre l'école anthropologique et l'école juridique.

402. L'école italienne tranche le conflit en faveur de l'hypothèse de la maladie et de l'irresponsabilité. Elle se contente, comme preuve de la maladie, de la déviation du sens moral, révélée par la conduite criminelle. Et il n'est pas douteux que cette thèse ne conduise à l'assimilation de tout criminel à un malade ; qu'elle n'affaiblisse dans l'homme le ressort moral et le pousse à s'abandonner à ses impulsions. Les exagérations de la doctrine lombrosienne ont provoqué une réaction chez les juristes et accentué entre eux et les médecins un désaccord qui n'a pas de raison d'être et doit disparaître.

Nous pensons que, dans l'état actuel de nos connaissances, le fou moral est un coupable et doit être frappé d'une peine.

Il y a perversion du sens moral. La condamnation à une peine est une nécessité morale. Elle l'est vis-à-vis du criminel, car à une déviation morale il semble juste d'opposer un frein moral. Elle l'est vis-à-vis des tiers, car, en appréciant la lutte pour le droit, il faut avoir en vue non seulement les malfaiteurs, mais encore les

autres. Et les autres, ce sont les êtres faibles, indécis, hésitants, qu'un rien excite ou contient, et qui, tentés d'imiter le délinquant par l'appât du profit, sont retenus par la menace d'une peine.

Vis-à-vis des fous moraux surtout, il importe de faire comprendre à la foule que s'ils n'ont peut-être pas *pu* agir autrement qu'ils ne l'ont fait, ils auraient dans tous les cas *dû* agir autrement qu'ils ne l'ont fait. Le droit pénal substitue alors pour eux la notion du « devoir », à la notion du « pouvoir (1) » et subsiste comme droit pénal.

La condamnation à une peine est donc légitime au point de vue social.

Mais le groupe de ceux qu'on appelle aujourd'hui « fous moraux », comprend une certaine quantité de délinquants dont la ténacité dans le mal révèle une nature complètement incorrigible ou inadaptable à la vie sociale.

Faire prédominer à leur égard le régime répressif signifie qu'il est juste et utile, pour l'exemple, de les condamner publiquement à une peine. Cela ne signifie pas qu'il soit raisonnable de leur infliger des séjours temporaires successifs dans les prisons.

La défense sociale réclame de longues détentions et même des détentions perpétuelles; et dès lors un régime pénitentiaire approprié à ces peines de longue durée sera encore un régime de préservation sociale, avec cette nuance que vis-à-vis des fous moraux, l'action pénitentiaire l'emportera sur l'action hospitalière.

403. 3° *L'épilepsie et l'hystérie.* L'épilepsie et l'hysté-

(1) Voy. FOULLÉE, *La pénalité et les collisions de droits.* (*Revue des Deux-Mondes*, 1879, p. 404.)

rie sont des maladies nerveuses indiquant la dégénérescence et qui ont une grande influence sur le caractère et la volonté. Elles produisent des convulsions du système nerveux avec troubles de l'intelligence. Et les troubles peuvent survenir avant et persister après l'accès.

L'épilepsie pousse aux actes de violence et favorise la manie homicide et incendiaire. L'hystérie qui rend également violent pousse spécialement à la calomnie, au faux témoignage et aux actes les plus graves de mauvais gré.

Le délit commis pendant l'accès n'est pas imputable pénalement à son auteur.

En dehors de cette hypothèse, quand des infractions sont commises par des agents affectés d'épilepsie ou d'hystérie, le juge, pour prendre une décision, a besoin du concours du médecin.

L'intervention de ce dernier est d'autant moins redoutable pour la sécurité sociale que le point en discussion est le choix, non entre la condamnation et l'acquittement, mais entre le régime répressif pur et le régime de préservation.

404. 4° *L'obsession morbide criminelle* ou impulsion morbide criminelle est une autre forme de la dégénérescence.

Cet état psychique se rattache à la manie criminelle.

La science médicale constate depuis des siècles que certains dégénérés sont parfois en proie à une impulsion irrésistible qui les pousse à l'homicide, au vol, à l'incendie, à l'exhibitionnisme (1), etc.

Bien qu'il ne suffise pas d'invoquer l'intensité d'un pen-

(1) LADAMR, Rapport. *Actes du Congrès d'anthropologie criminelle*, p. 4; MAGNAN, *ibid.*, p. 153.

chant criminel pour assurer l'impunité, des constatations indiscutables établissent qu'il y a des monomanies morbides, des obsessions criminelles invincibles, et l'on ne peut nier leur possibilité. En fait, il sera difficile de décider s'il y a perversité ou force irrésistible. Mais quand le médecin affirme l'existence de l'obsession et son caractère pathologique, il affirme par là même que l'acte ne procède pas de la volonté de l'agent et celui-ci ne peut subir de peine; il sera soumis à des mesures de préservation.

405. 5° *Les folies périodiques ou circulaires* sont des maladies mentales caractérisées, et aucun doute n'existe sur l'irresponsabilité de l'agent qui agit dans ces conditions.

Mais elles ne se manifestent qu'à des intervalles irréguliers, et dès lors il y a des périodes de santé où l'agent est normal et où il est impossible de ne pas le punir si l'état normal est constaté.

405 bis. Nous parlerons ultérieurement de la *folie alcoolique*, dont le rôle dans le développement de la criminalité est énorme et sera examiné à propos de l'alcoolisme (n° 412).

§ 4. Procédure en cas de folie constatée.

406. Quand la folie est constatée pendant l'instruction et que le parquet l'admet, l'instruction est suspendue, non en vertu d'un texte légal, mais en vertu des principes fondamentaux du droit pénal.

Si la folie est constatée pendant les débats définitifs, les juridictions de jugement ont à proclamer la non-cul-

pabilité et à prononcer l'acquittement du délinquant irresponsable.

Dans les deux cas, le ministère public doit prendre les dispositions nécessaires à la collocation.

Si la folie est constatée après la condamnation et pendant l'exécution de la peine, celle-ci doit être suspendue. (Les peines pécuniaires seules peuvent être exécutées.)

Les circulaires administratives établissent les règles (suivies pour constater dans les prisons les cas de folie et provoquer la collocation des détenus aliénés. Le directeur de la prison qui, dans les cas douteux, doit recourir à l'avis de spécialistes désignés par l'administration, donne avis de la constatation de l'aliénation mentale au ministère public, qui prend les mesures nécessaires.

La procédure pénale belge est incomplète : les tribunaux répressifs devant lesquels on plaide la folie n'ont à leur disposition que l'acquittement ou la condamnation; ils ne peuvent, s'ils estiment que l'accusé ou le prévenu est aliéné ou irresponsable, le mettre, comme le fait le juge anglais, à la disposition du gouvernement. Cette lacune les empêche parfois de rendre une décision conforme à leur conviction réelle; car ils doivent acquitter dans certains cas avec l'arrière-pensée que l'acquittement est une mesure dangereuse, ou condamner à une peine avec l'idée que cette peine n'est pas la mesure rationnelle et logique.

Le système qui leur permet de prononcer la mise à la disposition du gouvernement leur laisse l'appréciation de l'intégralité du problème; on ne sépare plus dans leur conscience la notion de l'acquittement de celle de la collocation des aliénés ou la notion de la condamnation de celle de la préservation des anormaux. Les juges n'ont

pas à se dire que s'ils condamnent, il y aura un aliéné en prison; que s'ils acquittent, il y aura peut-être un homme dangereux en liberté; ils confient le malfaiteur à l'État pour que celui-ci agisse au mieux des intérêts du délinquant et de la société.

SECTION IV

Ivresse et alcoolisme.

407. L'ivresse et l'alcoolisme, enlevant à l'homme l'usage normal de ses facultés, se rattachent aux causes de justification en rapport avec l'état mental de l'auteur d'une infraction. L'alcoolisme, surtout par les ravages effrayants qu'il exerce, par son action indéniable sur le développement de la folie et de la criminalité, fait l'objet des préoccupations des criminalistes de tous les pays.

§ 1^{er}. L'ivresse.

408. L'ivresse, prise en elle-même, est dangereuse, elle met l'individu qui a bu dans un stade d'excitation qui pousse au délit; de plus, l'ivresse répétée conduit à l'alcoolisme, c'est-à-dire qu'elle fait passer d'un état transitoire où l'homme s'est mis volontairement à un état anormal permanent contre les influences duquel la volonté ne peut plus réagir.

409. L'ivresse doit donc à tous les points de vue être combattue énergiquement. Aussi elle n'est admise comme cause de justification que dans un cas tout à fait exceptionnel. C'est-à-dire quand elle ne peut en rien être repro-

chée à l'agent, quand elle est purement accidentelle, quand, par exemple, on a altéré la boisson absorbée par lui ou qu'on l'a trompé sur la force toxique de celle-ci.

Dans tous les autres cas, il faut tenir compte du danger social de l'ivresse et adopter l'interprétation qui conduit à la sévérité.

409 bis. Si l'ivresse est volontaire, le délit commis ne peut échapper à la répression sous prétexte que le délinquant était ivre; ce serait fournir aux délinquants des moyens de s'assurer l'impunité. On doit appliquer le principe *Qui veut la cause veut l'effet*, et imputer à l'homme coupable de s'être enivré les conséquences de ses excès de boisson. On punira donc l'ivresse et le délit en appliquant à l'ivresse une peine spéciale à raison des suites qu'elle a eues et dont la gravité sera proportionnée à la gravité des faits commis en état d'ivresse (1).

Si l'ivresse est préméditée, si le délinquant s'est enivré dans l'intention de commettre l'infraction, elle est dans tous les cas une preuve de dol et, suivant les circonstances, elle sera même considérée comme une circonstance aggravante.

410. La plupart des législations contemporaines punissent l'ivresse publique en elle-même, c'est-à-dire à raison du scandale ou du danger qu'elle provoque et alors même qu'elle n'est accompagnée d'aucun autre délit.

En Belgique, la loi du 16 août 1887 punit l'ivresse publique d'amende et d'emprisonnement en aggravant les peines en cas de récidive (voy. art. 1^{er} à 4 de la loi). Elle punit également les cabarettiers ou autres personnes

(1) VIDAL, *Enquête sur l'alcoolisme*, Revue pénitentiaire, 1896, p. 1268, et Rapport sur l'alcoolisme et la loi pénale, *ibid.*, 1897, p. 6.

qui servent à boire à des personnes manifestement ivres, ou qui enivrent autrui; ceux qui proposent ou acceptent un défi de boire quand ce défi amène l'ivresse des parieurs; ceux qui colportent ou vendent des boissons spiritueuses en dehors des cafés, cabarets ou débits de boisson ou dans les maisons de débauche (1) (art. 5 à 14).

411. La loi belge de 1887, dans ses articles 2 à 4, s'occupe des premières récidives. Elle essaye, par une légère aggravation de peine, de combattre les débuts dans la voie de l'ivrognerie. Elle n'a pas de système pour le cas où le juge se trouve devant le vrai buveur d'habitude, c'est-à-dire pour le cas où la permanence des rechutes du buveur constitue l'ivresse habituelle et démontre l'impuissance radicale de la pénalité.

Le buveur d'habitude n'est pas encore atteint de la folie alcoolique, mais il est déjà à la frontière de l'alcoolisme; il est anormal; il devient un danger pour lui-même, pour sa famille et pour la société.

Le législateur allemand tente une définition du buveur d'habitude : d'après le projet de loi de 1881, « le buveur habituel est un homme notoirement adonné à la boisson régulière et périodique dans une telle mesure, qu'il a plus ou moins perdu l'empire sur lui-même et l'aptitude à soigner ses intérêts, et qu'il devient dangereux pour lui-même et pour son entourage » (2).

(1) Au Congo, un décret du 8 mars 1897 punit de servitude pénale et d'amende quiconque sera trouvé dans un état apparent d'ivresse sur la voie publique ou dans tout autre lieu non clôturé et sur lequel le public peut avoir vue. Ceux qui ont occasionné sciemment la dite ivresse sont punis des mêmes peines.

(2) VIDAL, Rapport. *Revue pénitentiaire*, 1896, p. 14.

Et, actuellement, les propositions législatives (1) faites dans plusieurs pays sont la résultante de la conviction, que la pénalité appliquée au buveur d'habitude est illusoire, et que le buveur d'habitude doit être mis à la disposition du gouvernement, placé dans un asile spécial et soumis à un traitement curatif.

C'est là en effet la seule solution admissible. Frapper le buveur d'habitude d'une amende, c'est frapper sa famille déjà cruellement éprouvée; le frapper d'une peine de prison, qu'elle soit de courte ou de longue durée, c'est le soustraire à toute action curative et méconnaître le caractère anormal du coupable. Or, quand il n'est pas encore aliéné, il ne peut être simplement colloqué; il faut donc l'interner pour un temps indéterminé dans un asile spécial, et l'internement sera, le cas échéant, renouvelable (2).

§ 2. De l'alcoolisme.

412. L'ivresse habituelle conduit le plus souvent à l'alcoolisme chronique dans ses manifestations les plus aiguës, ou à la folie alcoolique, qui n'est qu'une forme de maladie mentale.

L'alcoolisme est la source d'une grande partie des homicides, des coups et blessures, des attentats aux mœurs, des viols, des actes de violence et de rébellion de toute espèce.

(1) Projets de loi déposés en Allemagne (1881), en Autriche (1895), en Norvège, en Suisse, en Belgique (projet Le Jeune) (1897).

(2) VIDAL, Rapport cité.

La progression et les effets désastreux de l'alcoolisme en Belgique ont été signalés depuis longtemps, et l'on ne peut songer sans épouvante aux catastrophes morales qu'il provoque. La consommation de l'alcool a augmenté partout, mais nulle part plus que dans notre pays. La Belgique dépense annuellement 115 millions de francs pour l'alcool et consomme 64 millions de litres de genièvre. Chaque buveur absorbe par an 52 litres d'alcool, et il y a un débit de boissons sur huit adultes. Les prisons et les dépôts de mendicité sont remplis en majorité d'alcooliques; les maisons de santé ont deux tiers de malades alcoolisés (1).

Les alcoolisés ne donnent naissance qu'à des enfants débiles, dégénérés ou anormaux, sans force de résistance au mal; on peut dire que les excès alcooliques nous conduisent à une nouvelle barbarie et à l'atrophie de la race.

413. L'alcoolisme est congénital ou héréditaire, et il se manifeste parfois comme dipsomanie, ou bien il est acquis à la suite de l'habitude de l'alcool.

Dans tous les cas, l'alcool produit des troubles fonctionnels profonds. L'alcool est un caustique et détermine la coagulation de l'albumine; il ruine peu à peu l'organisme; il attaque successivement les centres cérébraux en paralysant d'abord les plus élevés et en s'attaquant ensuite aux centres encéphalo-médullaires (2). Son action sur la cellule nerveuse se traduit par la dégénérescence graisseuse et l'atrophie; les membranes d'enve-

loppe du cerveau et de la moelle, et les méninges se modifient et subissent des altérations et des lésions nerveuses.

L'alcool agit à la fois sur les facultés intellectuelles et sur les facultés affectives; il favorise l'épilepsie et le délire général; il provoque la faiblesse psychique du buveur et de ses descendants; il leur imprime des tares indélébiles; il amène l'extinction des familles.

On ne soutient plus, comme on le faisait jadis, que l'alcool est un aliment réparateur dont l'ouvrier mal nourri a besoin pour soutenir ses forces. L'alcool donne au début l'illusion d'une énergie factice, mais si les facultés morales ou les forces musculaires semblent légèrement surexcitées, cette surexcitation apparente est suivie d'une dépression réelle qui va en s'accroissant: la dose nécessaire à la surexcitation devient toujours plus grande, la dépression ultérieure devient toujours plus profonde, jusqu'à l'apparition du délire alcoolique avec les hallucinations terrifiantes ou *delirium tremens*.

414. La lutte contre la redoutable plaie sociale de l'alcoolisme comprend des mesures préventives et des mesures répressives. Nous n'avons pas à examiner ici les mesures préventives (1). Nous signalerons seulement que les mesures préconisées le plus généralement sont: l'augmentation de l'accise et du droit de licence, le cautionnement, la réduction du nombre des débits de boissons par l'extinction ou par la fermeture des cabarets; la rectification des alcools; le monopole de l'alcool

(1) CAUDERLIER et LE JEUNE, *Remèdes à l'alcoolisme en Belgique*. Bruxelles, 1887.

(2) DE BOECK, Rapport à l'Union de droit pénal. Bruxelles, 1894.

(1) Voy. la proposition de loi déposée par M. Le Jeune, au Sénat de Belgique, le 8 novembre 1891, et l'Exposé des motifs déposé le 21 décembre suivant.

aux mains de l'État; le système suédois dit de Göteborg; l'option locale; le système des licences; la coercition morale; les sociétés de tempérance. Les Trade-Unions par le contrôle mutuel exercé sur leurs membres, par la nécessité où elles se trouvent de sévir contre les ouvriers ivrognes, ont eu une action salutaire; les ligues ouvrières commencent également sur le continent, et notamment en Belgique, la lutte contre l'alcoolisme (1).

Les mesures répressives sont la création d'asiles spéciaux et la création de quartiers spéciaux dans les asiles d'aliénés.

Ces mesures s'imposent quand il s'agit d'alcooliques qui n'ont pas commis d'infractions; elles s'imposent à *fortiori* quand il s'agit d'alcooliques criminels, c'est-à-dire dont le caractère dangereux s'est nettement manifesté. Le principe de la défense sociale exige encore une fois qu'on néglige le dosage de la responsabilité et que l'on prenne vis-à-vis de ces délinquants des mesures de protection et de préservation, dont la nature variera suivant qu'ils seront simplement anormaux ou bien atteints de folies alcooliques et totalement aliénés, c'est-à-dire suivant les degrés de ravages causés par l'alcoolisme.

SECTION V

Le somnambulisme.

415. Le sommeil est parfois un délit, quand celui qui dort a pour devoir de veiller. Ainsi, l'article 24 du

code pénal militaire punit le soldat qui s'endort à son poste, et l'article 333 du code pénal permet de punir le gardien de prison qui, en s'endormant, laisse s'évader le détenu.

La question de savoir si le sommeil est exclusif de culpabilité, se pose à propos de délits commis pendant un accès de somnambulisme.

416. Le somnambule n'obéit pas à la suggestion d'autrui; il fait des mouvements musculaires sans y être contraint. Toutefois, ces mouvements sont en quelque sorte automatiques; ils ont lieu en vertu d'une activité cérébrale, mais ne se révèlent pas à la conscience; ils sont l'extériorisation d'un rêve, et au réveil, l'agent n'en a pas le souvenir (tout au plus s'en souvient-il parfois comme d'un rêve). Le somnambulisme est la manifestation momentanée d'un état nerveux maladif.

Quand des délits sont commis pendant l'accès, il est certain que la volonté n'a pas coordonné les mouvements musculaires en vue du résultat atteint, et que l'on ne peut déclarer l'auteur responsable de ce résultat.

En l'absence d'un texte spécial sur le somnambulisme, on dit parfois qu'il faut appliquer aux actes délictueux commis par le somnambule la partie de l'article 71 du code pénal relatif à la démence. Mais le somnambule n'est pas un aliéné; il faut, pour l'acquitter, s'en référer aux principes généraux du droit pénal sur la responsabilité.

417. Si une négligence est imputable au somnambule, il sera dans certains cas responsable d'un délit culpeux. Il faut pour cela qu'il ait connu son état et qu'il sache aussi quel genre d'actes il est capable de commettre pendant ses accès et les conséquences qu'ils peuvent avoir.

(1) E. VANDERVELDE, *Le parti ouvrier et l'alcool*. Bruxelles, 1897.

Un individu qui a des accès de somnambulisme et qui pendant l'accès a l'habitude de jouer avec des armes à feu et de tirer, place un revolver chargé sur sa table de nuit; il tue une personne pendant la période de somnambulisme; il peut être poursuivi pour homicide involontaire, si l'on démontre, dans l'espèce, le défaut de prévoyance.

SECTION VI

La contrainte.

418. L'article 71 du code pénal, après avoir parlé de la démence, dit en outre qu'il n'y a pas d'infraction quand l'accusé ou le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

Cet article suppose la contrainte physique et la contrainte morale.

§ 1^{er}. *La contrainte physique.*

419. Le principe de la contrainte physique ne présente aucune difficulté théorique ou pratique. Les cas de contrainte physique sont rares. Dans les délits d'action, on ne comprend pas l'avantage que peut trouver celui qui veut commettre un délit à obliger physiquement un autre à agir à sa place. La culpabilité de celui qui contraint resterait entière et il aurait moins de peine à exécuter lui-même le fait délictueux qu'à le faire exécuter.

La contrainte physique se rencontrera plus facilement dans les délits d'inaction. Il peut y avoir utilité à empêcher quelqu'un d'agir, alors que la loi lui impose une action et punit son inertie. Au jour d'un service public

commandé sous la sanction d'une peine, tel que le service de témoin, de juré, un agent qui y a intérêt, séquestre, baillonne le citoyen qui doit déposer ou juger; on ligotte un gardien de prison chargé de s'opposer à l'évasion d'un détenu.

On peut supposer aussi qu'un incendie, une inondation, etc., mettent quelqu'un dans l'impossibilité d'agir. Il y a naturellement dans tous ces cas cause de justification et la culpabilité disparaît.

§ 2. *La contrainte morale.*

420. La contrainte morale, au contraire, soulève des questions de principe d'un puissant intérêt; elle a fait et elle fait encore l'objet de vives controverses. Il convient d'en parler plus longuement.

Nous commencerons par exposer le système du code pénal de 1867 et de la doctrine belge.

La contrainte morale de l'article 71 du code pénal est celle qui résulte de l'imminence actuelle d'un mal qui nous met dans l'alternative ou de subir ce mal ou de faire tel acte illicite qu'on nous impose. La crainte de ce mal est la force irrésistible qui anéantit notre volonté et nous justifie.

Les conditions dont la réunion est exigée pour l'existence de la contrainte morale sont les suivantes :

Le mal dont on est menacé doit être grave; le danger certain, actuel et pressant, sans qu'il y ait d'autre moyen de s'y soustraire que l'acte illicite.

Le mal dont on est menacé doit être injuste. On ne serait pas justifié si l'on commettait un délit pour échap-

per à un mal dont on est légitimement menacé, par exemple une arrestation légale.

L'article 71 ne distingue pas entre le cas où le mal menace celui qui agit sous l'empire de la crainte ou une personne qui lui est chère. Dans cette dernière hypothèse, il y a lieu d'apprécier l'intensité de l'affection qui liait l'auteur de l'acte à la personne menacée (1).

Dès qu'on invoque la contrainte morale, le juge aura toujours à connaître de deux questions de fait délicates l'une et l'autre; d'une part, il doit s'assurer du caractère plus ou moins intimidant de la menace; d'autre part, il doit s'assurer du caractère plus ou moins faible et impressionnable du menacé; le code n'exige pas l'héroïsme, il conçoit l'homme ordinaire avec ses inévitables défaillances (2).

421. Il est visible qu'au point de vue où se place l'école classique, la doctrine de la contrainte morale résultant de la force irrésistible, renferme à la fois un péril et une contradiction.

422. Elle renferme un péril. Pour l'école lombrosienne, le penchant au crime est presque toujours une force irrésistible; il est dû à des prédispositions congénitales qui agissent sur l'homme et le dominant.

Cette thèse anéantit la vie morale; elle ne peut servir de base à l'État dans son rôle de législateur criminel.

Assurément, il y a lieu de tenir compte plus qu'on ne l'a fait, des facteurs biologiques et sociaux qui interviennent dans le développement de la criminalité; les constatations de la science amènent les pouvoirs publics

à accentuer les mesures de prévention, de protection et de préservation; mais il n'en reste pas moins indispensable à la défense sociale de réagir contre les tendances qui aboutissent à l'abdication de la volonté et au triomphe des impulsions. La loi pénale, dans sa sphère restreinte, doit aider à l'éducation de la volonté; elle ne doit ni pousser l'homme à céder à ses passions ni le justifier quand il déclare qu'il n'a pu y résister.

Or, admettre que, dans un cas donné et chez un agent d'ailleurs constitué normalement, la faiblesse morale, la défaillance de la volonté sera une cause de justification, c'est faire une concession énorme au fatalisme. Si, dans l'hypothèse de l'article 71 du code pénal, la crainte peut devenir une cause de justification et une force irrésistible, pourquoi n'en serait-il pas de même de la cupidité, de l'ambition, de la jalousie, de la colère, des impulsions ataviques? On ne trouve aucune raison pour s'arrêter sur cette pente.

423. La doctrine classique renferme en outre une contradiction. Elle repose en effet tout entière sur le libre arbitre. Elle conçoit la volonté se déterminant elle-même en toute liberté et elle punit cette volonté qui choisit le mal alors qu'elle aurait pu choisir le bien.

Or, le législateur, en prévoyant l'hypothèse de la contrainte morale, a supposé encore une fois un homme normal, doué d'une intelligence normale, et faisant un usage normal de sa volonté. Cet homme ayant le choix entre une souffrance et l'accomplissement d'un délit a choisi le délit; mais dans la conception de l'homme abstrait où se place l'école classique, ce choix était absolument libre. La morale stoïcienne n'admettait même pas que l'hésitation fût possible. Si donc nous nous plaçons

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, t. 1^{er}, p. 156.

(2) IDEM, *ibid.*, t. 1^{er}, p. 155.

sur le terrain accepté par le législateur, l'auteur a librement agi; il doit être responsable et l'article 71 du code pénal est illogique. Pour être conséquent avec lui-même, le législateur devrait l'appliquer toutes les fois que le mobile qui entraîne la volonté vers le délit est beaucoup plus puissant que le mobile qui la contient dans la légalité.

424. Nous estimons que, sauf des exceptions dont nous allons parler, la théorie qui consacre la cause de justification subjective de la contrainte morale doit être abandonnée et remplacée par la théorie objective de *l'état de nécessité*.

425. Avant d'aborder l'examen juridique de l'état de nécessité, indiquons les hypothèses où le système de l'article 71 du code pénal et de la force irrésistible entraînant la volonté semble acceptable.

On peut en indiquer deux :

Nous signalerons : *a.* l'impulsion criminelle morbide, cet état mental maladif où la volonté est contrainte par une sorte d'obsession invincible : nous en avons parlé au n° 404; *b.* la suggestion criminelle hypnotique, état nerveux où la volonté de l'hypnotisé est réellement contrainte par celle de l'hypnotiseur, sans qu'il y ait le conflit de droits que suppose l'état de nécessité.

Examinons les conditions de cette contrainte.

§ 3. *La suggestion criminelle et l'hypnose.*

426. La suggestion dans ses éléments les plus simples, c'est l'action d'une volonté forte sur une volonté faible. La suggestion pour le bien comme pour

le mal, l'ascendant exercé par une individualité énergique sur une individualité faible joue un rôle considérable dans le monde.

Quand un fait illicite a été suggéré et que la suggestion est purement morale, il peut y avoir accroissement de culpabilité chez le provocateur et diminution chez le provoqué.

427. Si à la suggestion purement morale ne s'exerçant que par l'influence morale on joint la suggestion physique, exerçant une influence particulière sur le cerveau d'un individu et lui faisant perdre la direction de son système nerveux, il y a hypnose, et celle-ci est un cas de contrainte irrésistible. Elle brise les ressorts de la volonté et anéantit l'initiative cérébrale (1).

Assurément ici, tout est question de fait : les écoles de Paris et de Nancy discutent le point de savoir si la volonté de l'hypnotisé est totalement abolie ou non, et si la suggestion hypnotique peut aller jusqu'à provoquer des actes délictueux chez des agents qui ne veulent pas les commettre.

Toutefois il est certain, d'une part, qu'un individu, par le seul ascendant de sa personnalité, en arrive déjà à influencer ses semblables; il est certain, d'autre part, qu'un individu suggestionnable peut être hypnotisé, et qu'ordinairement le sujet suggestionnable est un être anormal, faible d'esprit et incapable de résistance; rien ne s'oppose donc à ce que l'on conçoive une suggestion criminelle hypnotique à laquelle l'auteur de l'acte n'a pu se soustraire.

(1) *Actes du troisième Congrès d'anthropologie criminelle.* Bruxelles, 1893. Rapport du Dr Crocq, p. 313.

428. L'Académie royale de Belgique a reconnu, dans une discussion approfondie, que l'hypnotisme provoque une perturbation des facultés mentales dont l'effet normal est d'ôter l'usage normal de la volonté à l'hypnotisé devenu l'agent passif de l'hypnotiseur.

L'organisme du patient est à la merci de l'hypnotiseur, et quand les expériences sont renouvelées, il suffit parfois d'un regard de l'opérateur pour produire l'hypnose.

Il a été établi aussi dans cette discussion que la vue des phénomènes hypnotiques présente des dangers pour les assistants prédisposés aux accidents nerveux (1).

La seule difficulté est celle de la preuve.

Il faut établir (2) :

- a. Que l'agent est hypnotisable ;
- b. Qu'il a été hypnotisé ;
- c. Qu'il a obéi à la suggestion criminelle sans pouvoir y résister.

C'est surtout l'appréciation du troisième point qui est délicate et périlleuse, et il n'y a pas à méconnaître que la simulation ne soit possible.

429. Si la suggestion criminelle hypnotique est établie, l'hypnotiseur seul est coupable, l'hypnotisé sera justifié.

L'hypnotisé encourra parfois une responsabilité atténuée, s'il s'est soumis librement à la suggestion hypnotique. Sa responsabilité sera entière, s'il connaissait

(1) Voy. le résumé de la discussion à laquelle s'est livrée l'Académie dans l'Exposé des motifs du projet de loi sur l'hypnotisme de M. Le Jeune. (Chambre des représentants, *Doc. parl.*, 15 avril 1890, n° 153)

(2) F. THIRY, *Cours de droit criminel*, p. 102.

d'avance l'entreprise criminelle à laquelle on voulait l'employer (1).

430. Dans tous les cas, l'hypnotisme aliène la volonté de l'homme au profit d'une volonté étrangère; il est un danger social et il faut une répression sévère contre ceux qui abusent de l'hypnotisme (2).

La loi du 30 mai 1892 punit et les représentations publiques où l'on se livre aux pratiques de l'hypnose et la pratique privée de l'hypnose quand l'hypnotisé n'a pas vingt et un ans accomplis ou n'est pas sain d'esprit, si l'hypnotiseur n'est pas docteur en médecine ou muni d'une autorisation gouvernementale. La loi punit de la reclusion quiconque aura, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, fait écrire ou signer, par une personne hypnotisée, un acte ou une pièce énonçant une convention, des dispositions, un engagement, une décharge ou une déclaration.

La même peine sera appliquée à celui qui aura fait usage de l'acte ou de la pièce.

§ 4. Des cas de nécessité ou de l'état de nécessité.

431. Abstraction faite de l'impulsion morbide criminelle et de la suggestion hypnotique criminelle, l'idée de la contrainte morale est discutable, et la formule qui réponde le mieux au cas dont les théoriciens de la contrainte morale cherchent la solution, c'est la formule de l'état de nécessité, ou du délit nécessaire, ou des cas de

(1) DE BARTS (abbé), *L'hypnotisme en justice*. Gand, 1894, p. 23.

(2) *Idem*, *ibid.*, p. 27.

nécessité. Le droit allemand emploie l'expression *Nothstand*.

La théorie de la contrainte morale a été peu à peu abandonnée; la science allemande notamment y renonce et substitue à la cause de justification subjective, telle que l'admet encore l'article 52 du code pénal de l'Empire allemand comme l'article 71 du code pénal belge, une cause de justification objective tirée de la nécessité qui efface la criminalité de l'acte. C'est en langage juridique la traduction de l'adage populaire *Nécessité n'a pas de loi*.

432. L'état de nécessité est un état de choses tel, que la sauvegarde d'un droit ou d'un bien nécessite l'exécution d'un acte en lui-même délictueux (1). L'acte est nécessaire quand il sauve un droit ou un bien qui ne peut être sauvé autrement.

Il y a un conflit de droits ou de biens résultant de ce que la lésion de l'un des droits ou des biens est absolument nécessaire à la conservation de l'autre.

L'agent qui, dans ces conditions, accomplit l'acte incriminé par la loi pénale, ne sera pas puni s'il est dans l'impossibilité complète d'agir autrement et s'il ne fait pas plus que ce qui est strictement indispensable au salut de son droit ou de son bien.

433. Il ne serait pas plus rationnel de généraliser l'état de nécessité que l'état de contrainte; il n'y a pas un droit général de nécessité, il y a des cas de nécessité, et la question de savoir si la nécessité existe sera toujours une question de fait.

(1) Voy., pour l'historique et l'examen détaillé de la question, une étude approfondie de PAUL MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. Genève, Burkhardt, 1889.

Seulement, tandis que la constatation de la contrainte morale entraîne l'appréciation d'un élément psychologique interne et est d'une délicatesse extrême, la constatation de l'état de nécessité n'exige que l'appréciation d'un conflit juridique de droits ou de biens, et pour des juristes, une pareille appréciation est beaucoup plus simple et beaucoup moins sujette à erreur.

434. L'état de nécessité se présente d'abord quand le droit ou le bien qu'il s'agit de défendre au prix d'un acte délictueux est la vie.

Il comprend naturellement, dans la largeur de ses termes, la légitime défense; mais il va plus loin, puisque la légitime défense suppose une attaque injuste, et que l'état de nécessité existe même sans attaque.

Il comprend également la plupart des cas que l'école classique range sous le nom de *contrainte morale*, puisque celui qui agit sous l'empire de la menace, commet le mal nécessaire pour sauver sa vie.

Mais il va plus loin que l'hypothèse de la contrainte morale, puisque le cas de nécessité existe aussi, abstraction faite de toute menace d'un tiers ou d'un supérieur, et permet de supposer un simple conflit entre deux droits inconciliables, sans s'inquiéter de l'état d'esprit de l'agent. L'exemple classique est celui de deux sujets de droit condamnés à périr ensemble, à moins que l'un ne sauve sa vie en sacrifiant celle de l'autre. Ainsi, deux naufragés sont accrochés à une épave trop faible pour les supporter ensemble; l'un d'eux oblige son compagnon à lâcher prise (1).

(1) Il s'agit, bien entendu, d'une question de droit pur, dégagée de toute question de morale. Il est clair d'ailleurs que, même en droit, les avis

435. La certitude de mourir de faim peut devenir aussi un cas de nécessité et justifier le vol d'aliments.

Celui qui, dénué de ressources et, pour se sauver ou pour sauver sa femme ou ses enfants de l'inanition, prend des vivres qui ne lui appartiennent pas, est en état de nécessité.

Ce principe était admis au moyen âge ; il a été reconnu par le droit canonique et par Thomas d'Aquin (1) ; l'article 166 de la Caroline le consacre également. Grotius en parle dans un passage célèbre (2).

436. Enfin, l'état de nécessité existe, même pour la protection d'intérêts moins graves.

Pendant un incendie on détériore la propriété d'autrui pour sauver la maison qui brûle ; on traverse avec des chariots attelés le terrain d'autrui avant l'enlèvement des

varieront suivant les circonstances. Le 6 novembre 1884, la cour d'assises d'Exeter, en Angleterre, a jugé Thomas Dudley, capitaine du yacht *La Mignonnette*, et son second, Edwin Stephens, qui, à la suite d'un naufrage, jetés dans une barque de quatre mètres de long, s'étaient décidés après dix-huit jours d'atroces souffrances à tuer le mousse Parker agonisant comme eux, pour boire son sang et manger sa chair. Le jury laissa les accusés en liberté et, hésitant sur la décision à prendre, s'en remit pour la solution de la question de droit à la cour du banc de la Reine. La cour condamna les accusés à mort ; la reine commua la peine en celle de six mois de prison. (*Zeitschrift für gesammte Strafrechtswissenschaft*, t. V, p. 367). De nombreux cas de ce genre sont cités dans le livre de M. Moriaud.

(1) Le vol d'aliments était fréquent au moyen âge à cause de la fréquence des disettes et ce vol était justifié. S. THOMAS, *Sum. theol.*, II, quest. 66, art. 7.

(2) Voy. MORIAUD, p. 128.

Un jugement récent du tribunal correctionnel de Château-Thierry de mars 1898 et un arrêt de la cour d'appel d'Amiens du 23 avril suivant acquittent la demoiselle M..., accusée d'avoir volé un pain chez un boulanger alors que, depuis trente-six heures, elle n'avait rien pour se nourrir elle-même et pour nourrir sa mère et son enfant.

récoltes pour puiser rapidement l'eau nécessaire à l'extinction du feu ; pendant une tempête, le capitaine fait jeter à la mer tout ou partie de la cargaison, etc. (voy. d'autres exemples rappelés à propos des actes autorisés par la loi et commandés par la nécessité au n° 345).

Il est évident que les législations positives traditionnelles restreignent trop le cas de nécessité ; la pratique a été obligée d'étendre cette notion en dehors des prévisions des textes, et il vaut mieux se rallier à la théorie plus large et plus objective de l'état de nécessité (1) résultant d'un inconciliable conflit de droits ou de biens.

SECTION VII

De l'ignorance et de l'erreur.

437. L'ignorance est l'absence de toute notion ; l'erreur une notion fautive sur une question donnée. L'ignorance et l'erreur soulèvent en matière de responsabilité pénale un problème identique.

Le juge ne demande compte d'une infraction commise qu'à l'homme normal capable de volonté et doué d'une activité psychique régulière.

En principe, l'homme qui veut commettre un acte puni par la loi pénale, sait qu'il le commet. Toutefois, il arrive que l'homme normal qui a agi volontairement, ignore que son action était délictueuse ; ou bien il croit

(1) L'article 54 du code pénal allemand qui s'occupe du *Nothstand* est lui-même trop étroit, puisqu'il ne parle que de la protection de la vie ou de la personne physique.

licite une action punissable et se trompe sur l'interprétation à donner à la loi pénale; ou bien encore il ignore les circonstances de fait dont l'existence rend punissable une action qu'il a commise avec la conviction qu'elle était permise; ou bien enfin il se trompe sur la nature des circonstances de fait qu'il croit élisives du délit, alors, au contraire, qu'elles rendent l'action punissable.

C'est-à-dire que, dans tous ces cas, un élément que l'on suppose généralement exister vient à faire défaut; cet élément, c'est la connaissance exacte de la loi pénale ou de la nature des faits; il y a ignorance ou erreur de droit, ignorance ou erreur de fait.

Ce n'est que très exceptionnellement que le défaut de connaissance empêche de punir l'agent de l'infraction. Ce sont des cas où l'agent parvient à démontrer sa bonne foi de la façon la plus absolue et où l'on se trouve plutôt en présence d'un accident. Mais, en général, la volonté de l'homme normal suffit pour que l'on puisse établir le lien de causalité morale entre l'acte et l'agent.

§ 1^{er}. *L'ignorance.*

A. — IGNORANCE DU DROIT

438. L'ignorance de la loi pénale n'est pas une cause de justification.

Le législateur prend ses précautions pour faire connaître la loi pénale; il dispose pour l'avenir et édicte des mesures pour que la loi promulguée soit publiée.

Le principe que, dès ce moment, nul n'est censé ignorer la loi est une fiction, mais une fiction indispensable à l'exercice de la justice répressive.

439. Ce n'est que tout exceptionnellement que l'on imaginera une circonstance où le coupable s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle absolue de connaître l'existence d'une prescription pénale particulière. Il faut que l'on ne puisse pas lui reprocher la plus petite négligence et qu'il ne s'agisse pas de faits contraires à la morale universelle. Le prévenu a vécu à l'étranger; il a été retenu loin de son pays par une maladie et il revient sans avoir pu apprendre la publication de la loi nouvelle; un capitaine de navire qui a navigué au loin et n'a rencontré aucun navire belge en route n'accomplit pas à l'arrivée certaines formalités récemment prescrites par une loi douanière. Il y a cause de justification.

En ce qui concerne l'étranger, une règle analogue s'impose. Jamais il ne sera admis à invoquer l'ignorance de la loi pénale pour des faits réprimés partout. S'il enfreint au début de son séjour des lois locales et secondaires, et s'il établit l'impossibilité absolue où il était de les connaître, il pourra être justifié et dans tous les cas il bénéficiera des circonstances atténuantes.

B. — IGNORANCE DE FAIT

440. Il y a ignorance de fait quand l'agent est dans l'ignorance absolue des circonstances de fait qui rendent son action punissable.

Dans l'obscurité, l'auteur tire sur un animal, ignorant qu'à l'endroit où passe l'animal, il y a un homme endormi qui est atteint. Un témoin dépose sous la foi du serment, dans l'ignorance de certains faits qui font de sa déposition un faux témoignage.

441. Il est incontestable que l'ignorance, dans de telles conditions, exclut le *dol*, et que si le législateur fait du *dol* un élément de l'infraction, celle-ci disparaît.

Mais parfois l'agent demeure *en faute* et si la loi punit la faute, il reste un délit culpeux. Ainsi, dans le cas du coup de feu tiré sur l'homme endormi, si le tireur a été imprudent, il est coupable d'homicide involontaire.

442. Enfin, si aucun reproche ne saurait lui être adressé, s'il a agi comme l'homme le plus prudent doit le faire, il n'y a ni *dol* ni *faute*. On est en présence du *casus* et aucun lien moral n'existant entre le résultat obtenu et l'agent, il y a cause de justification.

§ 2. De l'erreur.

A. — ERREUR DE DROIT

443. Il y a erreur de droit quand l'agent se trompe sur l'applicabilité de la loi pénale à l'acte qu'il va commettre. Il tue un hydrophobe pour abrégé ses souffrances avec la conviction fautive que les textes du code sur l'homicide ne sont pas applicables dans l'espèce.

444. L'erreur de droit n'est jamais une cause de justification. De même que l'agent qui croit à tort qu'un acte toléré par la loi est un délit, ne souffre pas de son erreur et n'est pas puni, de même celui qui croit à tort qu'un délit n'est pas un acte punissable, ne profite pas de son erreur et est condamné.

Le pouvoir judiciaire n'a pas à tenir compte des interprétations particulières; lui seul a pour mission d'interpréter la loi et toute autre solution empêcherait l'exercice de la justice criminelle.

La bonne foi dans l'interprétation erronée sera tout au plus parfois un motif d'atténuation de peine ou de grâce.

B. — ERREUR DE FAIT

445. Il y a erreur de fait quand l'agent se trompe sur la nature des circonstances de fait qui rendent son action punissable.

Il chasse dans une province où la chasse est interdite en se croyant sur le territoire de la province où la chasse est ouverte, et alors que rien ne lui indique qu'il a passé d'une province dans l'autre. Il prend des objets dont il se croit propriétaire et qui sont la propriété d'autrui.

Il n'y a, dans la plupart des cas, qu'une légère nuance entre l'erreur de fait et l'ignorance de fait. Dans les deux cas, il y a bonne foi; dans les deux cas, on n'a pas voulu le résultat délictueux. Le lien de causalité morale entre l'infraction et la volonté fait défaut et celle-ci ne couvre pas l'infraction.

446. Il est d'abord certain que l'erreur de fait comme l'ignorance de fait, est élisive du *dol* et justifie l'auteur, si la loi considère le *dol* comme une condition de l'infraction.

447. Il reste dans les délits culpeux la possibilité de la faute. Mais si l'on ne parvient pas à établir dans le chef de l'auteur du délit une négligence quelconque, le tribunal ne condamnera pas, il n'y aura plus qu'un accident.

448. Notons cependant que, dans le cas de l'article 392 du code pénal, la loi elle-même déclare que l'erreur de fait n'enlève rien à la criminalité de l'acte. L'article 392 du code pénal dit qu'il y a « homicide volontaire

alors même que l'auteur se *serait trompé* dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat ».

L'auteur a voulu tuer son semblable; le fait qu'il a par erreur tué A... au lieu de tuer B... n'empêche pas qu'il n'ait voulu commettre et n'ait commis un homicide.

Si la loi édicte une pénalité spéciale plus sévère à raison de la qualité particulière de la victime de l'infraction, l'ignorance ou l'erreur sur l'identité de la personne de la victime fait écarter cette pénalité aggravée.

L'accusation de parricide (art. 395 du code pén.) suppose chez l'agent la connaissance de l'identité de la victime. Pour être parricide, l'agent doit vouloir tuer son père. Œdipe se trouvant en présence de son père et le tuant sans savoir que c'est son père, serait, au sens du code pénal, coupable d'homicide, non de parricide (1).

(1) Le code pénal belge n'a pas de disposition générale sur l'ignorance et l'erreur. L'article 59 du code pénal allemand s'adapte au contraire aux principales hypothèses que nous venons d'examiner.

LIVRE V

Circonstances atténuantes; excuses et circonstances aggravantes.

449. Nous avons examiné jusqu'à présent les éléments constitutifs de l'infraction et les causes qui, agissant sur l'un ou sur l'autre de ces éléments, font disparaître l'infraction.

Nous devons maintenant examiner les circonstances qui, étrangères à l'infraction, viennent s'y ajouter et ont pour conséquence soit d'améliorer, soit d'empirer la situation du coupable, c'est-à-dire soit d'atténuer, soit d'aggraver la pénalité.

Ce sont, d'une part, les circonstances atténuantes et les excuses; d'autre part, les circonstances aggravantes.

CHAPITRE PREMIER

CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES.

450. Le code pénal de 1867 sanctionne les infractions par des peines, variant toujours entre deux limites déterminées par les textes légaux : un minimum et un

maximum. Dans chaque cas spécial, le juge est libre de choisir, entre ces deux limites, le taux qui lui paraît le plus en rapport avec la gravité des faits ou avec l'intensité du danger social, et il peut descendre jusqu'au minimum.

Mais le législateur ne s'est pas contenté de ce système; il a admis que, pour toutes les catégories d'infractions, on peut rencontrer des circonstances extrinsèques au fait lui-même et tellement favorables au délinquant que même l'application du minimum serait trop rigoureuse, et il a donné au pouvoir judiciaire la faculté de descendre au-dessous du minimum fixé par l'article du code pénal. Ce sont les circonstances atténuantes légales dont ce code s'occupe aux articles 80 et suivants. L'institution du système légal sur les circonstances atténuantes est une innovation du code de 1867.

§ 1^{er}. *Historique.*

451. L'ancien droit français comme l'ancien droit germanique ou anglo-saxon se caractérisait à la fois par l'arbitraire et par la sévérité. Les peines étaient multiples et cruelles; le juge avait la liberté de prononcer celle des peines qu'il croyait opportune; il avait le choix du mode de sévérité, et son choix dépendait de son caprice et de sa volonté plus que des circonstances objectives de la cause ou de la situation subjective du coupable.

Les publicistes du xviii^e siècle s'élèvent contre le régime du bon plaisir de la magistrature et les juristes de la Révolution réagissent.

La *Déclaration des droits de l'homme*, dans son article 8, proclame que le juge ne peut punir qu'en vertu d'un texte écrit et promulgué antérieurement au délit; le code pénal de 1791 et le code de brumaire an iv établissent pour les crimes un taux unique de peine, et pour les autres infractions tantôt un degré unique, tantôt un maximum et un minimum. Le code de 1810 accorde de plus pour certains crimes qu'il frappe de peines temporaires le droit de choisir entre un maximum et un minimum; le juge reste cependant l'esclave du texte et son pouvoir est enfermé dans des bornes infranchissables. La fixité de la peine succède à l'arbitraire.

Toutefois, si l'arbitraire a disparu, la rigueur subsiste. La pénalité est excessive et l'on assiste à un mouvement en faveur de l'atténuation : il s'agit de maintenir les formules générales qui garantissent la régularité et la stabilité de la répression, mais de tempérer dans la pratique l'absolu des formules et de les plier à la diversité des cas particuliers par un système permettant d'atténuer la peine légale.

Aux Pays-Bas, après la séparation de notre pays d'avec la France, les arrêtés-lois du 9 septembre 1814 et du 20 janvier 1815 consacrent, pour les cas où le code pénal de 1810 frappe de la reclusion ou des travaux forcés, le droit pour le tribunal de modérer la peine s'il est d'avis que les circonstances sont atténuantes.

En France, la loi de revision de 1832, la loi du 13 mai 1863 et le décret du 27 novembre 1870 modifiant l'article 463 du code pénal autorisent, s'il y a des circonstances atténuantes, un abaissement de la peine ordinaire (1).

(1) ORTOLAN, *Droit pénal*, t. I^{er}, p. 496 et suiv.

En Angleterre, un acte du Parlement du début du règne de Victoria (art. 9 et 10 Vict. C. 24) permet au juge de descendre aussi bas que possible dans l'échelle des peines en abaissant le minimum (1).

Le code hollandais de 1881 adopte la même pratique : il établit pour chaque infraction un maximum, mais le juge n'est pas limité par un minimum et peut, dans tous les cas, descendre jusqu'à un jour de prison et 50 cents d'amende, sans même avoir à motiver sa décision (2).

§ 2. *Système du code pénal belge.*

452. Le code belge de 1867 a un ensemble complet de dispositions sur l'admission des circonstances atténuantes. Il ne se borne pas à supprimer la barrière du minimum; il indique, dans ses articles 80 à 85, dans quelles proportions la réduction de pénalité peut avoir lieu.

Ce sont les cours et les tribunaux qui, à l'exclusion du jury, apprécient l'existence des circonstances atténuantes et qui doivent, si elles existent, les indiquer dans leurs arrêts et dans leurs jugements (art. 1^{er} de la loi du 4 octobre 1867).

453. En matière criminelle, si les cours d'assises admettent des circonstances atténuantes, elles sont *obligées*, quand il s'agit de la peine de mort ou des travaux forcés, d'abaisser d'un degré la peine comminée, et elles ont la *faculté* d'abaisser cette peine de deux degrés (art. 80 et 81).

(1) J. F. STEPHEN, *General view of the criminal law in England*, p. 74.

(2) VAN HAMEL, p. 439 et suiv.

Quand il s'agit de la reclusion et de la détention, elles sont *obligées* de les remplacer par un emprisonnement dont le minimum est de trois mois au moins pour la reclusion et de deux mois au moins pour la détention (art. 80 et 81).

Quand, en matière de récidive, le code (art. 54, § 3; 55, § 3) élève le minimum de la peine criminelle, les cours qui admettent des circonstances atténuantes, ont le *devoir* d'appliquer dans tous les cas le minimum ordinaire de cette peine et la *faculté* de prononcer, le cas échéant, même la peine immédiatement inférieure à ce minimum (art. 82).

L'amende en matière criminelle peut, en cas de circonstances atténuantes, être réduite jusqu'à 26 francs (art. 83 du code pén.).

Enfin, quand les cours ont, en vertu de circonstances atténuantes, remplacé une peine criminelle par un emprisonnement, elles peuvent ajouter à cette condamnation une amende de 26 francs à 1,000 francs (art. 84 du code pén.).

454. En matière correctionnelle, s'il existe des circonstances atténuantes, les juges peuvent descendre jusqu'aux peines de simple police pour l'emprisonnement comme pour l'amende, et même prononcer l'une ou l'autre seulement de ces deux peines réduites. Et si l'emprisonnement est porté seul, les juges ont la faculté d'y substituer une amende de 500 francs au plus (art. 85 du code pén.).

455. En matière de police la peine d'emprisonnement étant toujours facultative l'est *à fortiori* s'il existe des circonstances atténuantes, et le juge a la faculté de ne pas la prononcer. Quant aux amendes de police, aux

termes de l'article 566 du code pénal, elles peuvent toujours être réduites à 1 franc (1).

456. En résumé, les cours et les tribunaux apprécient souverainement l'existence des circonstances atténuantes et sont libres de les admettre ou non.

Quand ils les admettent, ils ont à le déclarer dans leur décision, et cette déclaration entraîne les conséquences juridiques que nous venons d'indiquer.

La latitude laissée aux juges par les articles 80 à 85 du code pénal est d'ailleurs considérable, car ils peuvent en matière criminelle descendre parfois jusque trois mois de prison, et en matière correctionnelle, jusqu'aux peines de simple police. De plus, aucun texte ne les empêche d'appliquer les circonstances atténuantes en cas de récidive.

§ 3. *La doctrine moderne.*

457. Le problème des circonstances atténuantes n'est pas toujours bien compris :

Il est dangereux d'appliquer une formule uniforme, un taux invariable de peine aux espèces les plus diverses offertes par la complexité de la vie sociale.

Le code de 1791 exagérait la rigidité de la justice quand il fixait pour chaque crime un taux de pénalité unique.

(1) Le droit des juges de réduire les peines en cas de circonstances atténuantes s'étend à toutes les peines criminelles portées par le code pénal ou par les lois particulières. Au contraire, pour les peines correctionnelles, ce droit est restreint aux peines édictées par le code pénal, sauf le cas où la loi spéciale l'accorde expressément (art. 100 du code pénal).

Il est dangereux aussi d'abandonner sans boussole la fixation du quantum de la peine à l'appréciation subjective et mobile du juge.

L'ancien droit allait trop loin quand il laissait le choix de la peine au caprice de l'autorité.

La loi hollandaise moderne, qui fait du magistrat le maître de la pénalité, suppose des juges parfaits.

458. La loi belge, qui rend la barrière du minimum fictive, suppose à son tour chez les juges une expérience consommée, une connaissance approfondie de chaque affaire, et entre tous les tribunaux du pays une communauté de vues qu'ils ne possèdent pas toujours.

459. La liberté de réduire toute peine, même s'il y a récidive; l'obligation pour le gouvernement, en vertu de la loi du 4 mars 1870, de réduire, à raison de l'application du régime cellulaire, des peines déjà réduites par le juge, produisent dans l'ensemble un énervement de la répression.

460. La nature des circonstances que les juges prennent en considération pour abaisser la peine, a une importance capitale dans l'application d'un système de circonstances atténuantes, et l'on ne peut pas dire qu'en pratique les juges obéissent toujours dans ce domaine aux nécessités d'une bonne justice.

461. En frappant les infractions des peines indiquées dans les articles du code pénal, le législateur détermine la valeur théorique de la lésion des devoirs sociaux; il n'envisage pas la criminalité personnelle de l'agent et les circonstances qui, étrangères à l'infraction elle-même, peuvent diminuer cette criminalité personnelle. C'est pour cela qu'il autorise les tribunaux à tenir compte de faits semblables, par exemple, les bons antécédents

du coupable, les séductions auxquelles il a été en butte, la faiblesse de son caractère, une irritation explicable, etc.

Toutefois, la jurisprudence a donné aux circonstances atténuantes une interprétation beaucoup plus large; elle admet comme cause d'atténuation le peu de gravité du préjudice matériel. Cette façon de voir, défendue par M. Haus (1), n'est pas absolument juste. Le législateur a déjà égard au préjudice quand il établit un maximum et un minimum. « Une manière d'être de l'acte, » dit avec raison M. Pirmez (2), « n'est pas une circonstance qui autorise à descendre au-dessous du minimum. » C'est là en effet un élément intrinsèque de l'infraction, et la fixation du minimum légal n'a pas d'autre raison d'être que l'évaluation des éléments intrinsèques.

462. C'est pour avoir méconnu ce principe que les juges infligent constamment des peines dérisoires à des repris de justice dangereux qui, bien malgré eux, ne sont pas parvenus à causer un grand mal : des voleurs professionnels n'ont trouvé dans un tiroir qu'une somme insignifiante; des batailleurs d'habitude n'ont causé qu'une blessure légère. L'exigüité du préjudice n'empêche pas la gravité du danger social, et l'on viole les règles de la défense sociale en admettant ici des circonstances atténuantes.

463. Les vraies circonstances atténuantes sont donc uniquement les circonstances inhérentes à la situation personnelle de l'agent; elles seules sont dignes d'inspirer des idées de clémence et de pitié. Et même à ce point de vue, il importe encore de bien préciser.

(1) HAUS, *Code pénal*, t. II, n° 845, p. 14.

(2) E. PIRMEZ, Rapport sur le titre III du livre II, NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, livre II, t. III, comm. III, n° 6.

464. Les études de psychologie criminelle et de médecine mentale nous ont révélé chez beaucoup de délinquants des anormalités psychiques dont ils ne sont pas capables d'éviter les conséquences; ils souffrent d'un état psychique défectueux qui ne les met pas à même de résister aux penchants mauvais. Or, pour ceux des anormaux dont la folie n'est pas caractérisée, on a pris l'habitude de plaider la demi-responsabilité, ou la responsabilité mitigée ou limitée et d'y voir un motif d'atténuation de la peine. Parfois, les tribunaux répressifs adoptent cette thèse et, appliquant en pareil cas les circonstances atténuantes, prononcent des peines réduites. Le criminaliste ne saurait accepter une telle solution.

Les malfaiteurs les plus dangereux sont précisément ceux qui ont en eux le moins de force de résistance au crime (1); il faut les mettre plus longtemps que d'autres dans l'impossibilité de nuire, car on sait d'avance qu'à la date de l'expiration de leur peine, ils sortent de prison aussi mal armés pour les luttes de la vie qu'ils l'étaient au jour de la condamnation.

465. A leur égard, la question n'est jamais de savoir s'il faut leur appliquer la peine fixée par le code, ou une peine moindre, mais s'il faut leur appliquer un régime répressif pur ou un régime de protection ou de préservation. Et qu'on leur applique l'un ou l'autre, qu'on les frappe de la prison ou qu'on les mette à la disposition du gouvernement pour que celui-ci les place

(1) Voy. aussi GAROFALO, *La criminologie*, p. 361 : « Il n'est pas exact qu'un acte soit moins punissable quand la passion a été plus forte chez l'agent... Qu'on remplace cette considération par celle de la perversité du délinquant, et l'on verra que la question des circonstances atténuantes se transforme. »

dans un établissement spécial, toujours l'internement devra être de longue durée.

466. En résumé, un système de circonstances atténuantes trop généralisé, qui ne fournit aux juges aucune orientation, fait succéder l'arbitraire dans l'indulgence à l'arbitraire dans la sévérité. Le principe directeur dans l'emploi des circonstances atténuantes doit être consacré par des textes qui réservent le droit d'atténuation en faveur des délinquants primaires, et en interdisent l'exercice en faveur de certaines catégories de récidivistes.

L'apparition au début de notre siècle au sein de l'école classique elle-même du principe des circonstances atténuantes, c'est l'apparition du principe auquel l'école moderne attache une importance capitale et qu'elle s'efforce de développer sous le nom d'*individualisation de la peine*.

En d'autres termes, la science contemporaine distingue la mission du législateur de celle du juge. Tandis que le législateur ne peut envisager que l'infraction en général avec les conditions de sa perpétration, le juge doit envisager l'auteur du fait et les conditions où il se trouve. Le physiologiste s'occupe de la maladie, le médecin traitant s'occupe du malade. De même le rédacteur du code s'occupe du meurtre ou du vol, le juge du meurtrier ou du voleur, et pour l'appréciation de la peine à appliquer, il a à tenir compte de la situation personnelle du délinquant.

Cette règle trouve son application aussi bien quand il s'agit des circonstances aggravantes que des circonstances atténuantes.

CHAPITRE II

LES EXCUSES LÉGALES

467. Parmi les circonstances qui sont de nature à diminuer la culpabilité de l'agent, il en est que le législateur n'a pas laissé à la libre appréciation des juges; il a cru devoir, à raison de leur importance, les spécifier dans le code et fixer dans le texte même leurs conséquences obligatoires.

On les appelle *excuses légales*.

468. Les excuses légales se divisent en *excuses proprement dites* et *excuses péremptoires*. L'article 78 du code pénal prend soin de déclarer que leur énumération est limitative, et qu'en dehors des cas déterminés par la loi, il n'y a jamais d'excuse (1). Ainsi, le fait que la mère a commis l'infanticide sur son enfant illégitime, bien qu'il ait pour effet d'abaisser la pénalité, n'est pas une excuse (art. 396, al. 3 du code pén.).

SECTION PREMIÈRE

Excuses proprement dites.

469. Les excuses proprement dites sont certaines circonstances spécialement définies par la loi et qui,

(1) Se basant sur l'article 374 du code de brumaire an iv, la jurisprudence française avait admis que l'accusé pouvait indiquer en sa faveur toute cause d'excuse qu'il jugerait opportune. L'article 339 du code d'instruction criminelle a mis un terme à cette pratique et l'article 78 du code pénal belge a le même but.

lorsqu'elles existent, obligent le juge à réduire considérablement la répression ordinaire et même à transformer la peine (art. 73, 74, 75 et 76, al. 3, du code pén.).

Les unes sont *générales*, c'est-à-dire qu'elles peuvent se rencontrer dans tous les crimes et dans tous les délits : ce sont le jeune âge et le surdo-mutisme.

Il y en a une autre qui est *spéciale* à l'homicide, aux blessures et aux coups : c'est la provocation.

§ 1^{er}. *Excuses générales.*

A. — JEUNE AGE ET SURDO-MUTISME

470. Il n'y a plus à revenir sur ce qui a été dit relativement au jeune âge et au surdo-mutisme.

Nous avons vu qu'en vertu des articles 72 et suivants du code pénal, s'il est décidé que l'enfant de moins de seize ans et le sourd-muet à tout âge ont agi sans discernement, ils sont acquittés; si, au contraire, le juge constate chez eux l'existence du discernement, ils sont condamnés, mais à des peines bien inférieures aux peines ordinaires. Ils bénéficient de l'excuse (1).

Le code pénal (art. 75) défend de placer le jeune délinquant mineur de seize ans ou sourd-muet sous la

(1) A raison du peu de gravité des contraventions et des peines de police, le législateur a restreint l'application des articles 72 et suivants aux crimes et aux délits. Rappelons toutefois qu'en vertu de l'article 25 de la loi de 1891 sur le vagabondage et la mendicité, les mineurs de seize ans coupables de faits passibles des peines de police ne peuvent plus être condamnés à une peine, mais doivent être ou renvoyés des poursuites ou mis à la disposition du gouvernement.

surveillance spéciale de la police ou de le condamner à l'interdiction des droits (1).

471. L'âge est encore une excuse légale dans les accusations pour crimes méritant la peine de mort. En vertu de l'article 77, en effet, quand le coupable n'a pas dix-huit ans accomplis, la peine capitale ne peut être prononcée et est remplacée par les travaux forcés à perpétuité. On a admis que le jeune homme de moins de dix-huit ans accomplis n'a pas encore la plénitude de la volonté (2), que sa personnalité n'est pas complètement formée et que la force des passions constitue dès lors une excuse qui doit écarter la peine de mort.

472. Nous avons exposé comment la science moderne, abandonnant le terrain purement juridique où s'est placé le législateur de 1867, fait prédominer l'œuvre de protection sur l'œuvre de répression et ne considère les cas d'application des articles 73, 74 et 76, alinéa 3, du code pénal que comme très exceptionnels.

Les auteurs du code pénal belge n'ont pas compris que, s'il y a une incapacité civile qui, en droit civil, entraîne des mesures de tutelle, il y a aussi en droit pénal une incapacité pénale qui entraîne la tutelle des mineurs et des incapables.

Le législateur de l'avenir aura à faire produire à ces idées leurs conséquences logiques (voy. notamment nos 364 et suiv.).

(1) Le code pénal étend même dans certaines limites les dispositions qui concernent les jeunes délinquants aux crimes et délits prévus par des lois spéciales (art. 100 du code pén.).

(2) HAUS, t. 1^{er}, p. 514, n° 660.

B. — VIEILLESSE

473. Nous avons dit que le code pénal ne s'occupe pas des effets de la vieillesse sur la culpabilité. La vieillesse peut être cependant, comme l'enfance, une cause d'incapacité complète de nature à provoquer, comme l'enfance, des mesures de tutelle. Le législateur aurait raison s'il en faisait en outre, dans des circonstances déterminées, une excuse légale. A raison même du manque d'énergie et de volonté chez certains vieillards et du temps limité de vie qui leur reste, il est inutile de les condamner à la peine de mort ou à la prison perpétuelle.

L'article 50 du projet du code pénal russe interdit pour les vieillards de soixante-dix ans révolus la condamnation à la peine de mort ou aux travaux forcés (1).

C. — CÉCITÉ

474. La cécité doit aussi exercer une influence sur la peine. Un aveugle est un infirme comme un sourd-muet et « notre sens moral se révolte, » dit Fioretti, « à l'idée qu'un aveugle pourrait être soumis au régime cellulaire avec l'obligation du travail, du silence et de la solitude » (2).

§ 2. *Excuses spéciales.*

475. Les excuses spéciales sont fondées sur la provocation.

L'homicide, les blessures et les coups sont excusables quand ils ont été provoqués :

Soit par des violences graves envers les personnes (art. 411 du code pén.);

Soit par la violation à l'aide d'escalade ou d'effraction du domicile pendant le jour (art. 412 du code pén.);

Soit par le flagrant délit d'adultère commis sous les yeux de l'époux offensé (art. 413 du code pén.).

476. Les excuses spéciales se rattachent au problème délicat de l'influence des passions sur la culpabilité. En principe, l'homme n'échappe pas aux conséquences de ses actes en prétextant qu'il a subi l'empire de ses passions; si chacun pouvait y obéir impunément, nous retournerions à un état de barbarie et d'anarchie. La civilisation a précisément pour mission de contenir les passions par la légalité et de réaliser ainsi l'ordre public.

Mais si l'État doit répudier, nous l'avons constaté plus haut, la thèse de l'irrésistibilité du penchant au crime, cela n'empêche pas que, dans des circonstances spéciales, la loi ne reconnaisse l'influence de sentiments qui, sans justifier l'agent, rendent sa conduite excusable. Dans ses articles 411, 412 et 413, le code pénal admet l'influence de la colère.

477. Pour le législateur, la colère n'innocente jamais le coupable; elle diminue parfois sa culpabilité. Les articles 411 et 413 excusent l'homicide, les blessures et les coups, quand ils sont dus à l'explosion d'un sentiment naturel, c'est-à-dire quand ils sont commis dans un mouvement d'emportement explicable. Les auteurs du code proclament que même quand elle n'est pas en légitime défense, la personnalité humaine a des droits qui lui permettent de réagir dans des limites déterminées.

(1) *Stroffgesetzbuch für Russland*. Entwurf der Redaktionskommission. Traduction Gretener. Saint-Pétersbourg, 1882.

(2) *La scuola positiva*, t. II, nos 3 et 4, p. 190.

Les articles 411 et 413 sont une sorte de tentative pour concilier la nécessité de maintenir l'ordre public et la nécessité de laisser un certain essor à l'énergie individuelle surexcitée par d'injustes provocations.

478. L'article 412, à son tour, excuse l'homicide, les blessures et les coups, quand l'auteur en dehors du cas de légitime défense peut se croire en danger et obéit à une colère légitime. Si la vie de l'auteur de l'homicide, des blessures et des coups était en danger, il serait justifié en vertu de l'article 416 du code pénal; si sa vie n'est pas en danger, il peut encore, le cas échéant, être excusé, en vertu de l'article 412 du code pénal.

Examinons successivement ces trois cas de provocation d'après le texte des articles du code.

A. — L'ARTICLE 411 DU CODE PÉNAL

479. L'homicide, les blessures et les coups sont excusables s'ils ont été immédiatement provoqués par des violences graves envers les personnes (art. 411 du code pénal).

Il résulte du texte précité que la réaction doit être immédiate. L'acte, pour être excusable, doit être commis dans le premier mouvement qui suit la provocation (1).

Il faut ensuite des violences graves; le législateur a entendu par ces mots des violences physiques; les outrages par paroles, gestes ou écrits, les menaces verbales ne sont pas des provocations au sens de l'article 411.

(1) Il ne faut pas cependant tomber dans des subtilités. L'irritation, l'émotion qui servent d'excuse à l'agent peuvent durer un certain temps; cela dépend des caractères. Les juges ont à apprécier.

La gravité des violences dépend bien plus du sentiment qu'elles ont dû produire que de leur gravité matérielle ou de leur nature intrinsèque. Le juge n'a à considérer que le degré d'irritation que les violences ont dû exciter : un soufflet peut être, dans des conditions spéciales, une violence grave (1).

Des violences commandées par la loi, c'est-à-dire exercées par des agents de la force publique agissant régulièrement pour l'exécution des lois, ne sont jamais des provocations.

Les violences doivent être exercées contre les personnes; les actes de violences exercées contre des animaux, la dégradation des propriétés ne sont pas des causes d'excuse.

Mais il n'est pas nécessaire, pour que l'excuse existe, que l'auteur de l'homicide, des blessures ou des coups ait été personnellement l'objet des violences. L'excuse est fondée sur la supposition de l'existence d'une colère légitime. Si des violences exercées contre des personnes qui nous sont étrangères ne peuvent légitimer la colère, il en est autrement des violences dirigées contre des personnes qui nous sont chères. De pareilles violences rentrent dans les prévisions du texte de l'article (2).

En vertu de l'article 415 du code pénal, le parricide n'est jamais excusable. Il peut être justifié parce que le droit à la vie existe pour l'homme, même s'il se défend

(1) MM. Haus et Nypels défendent avec raison cette opinion, contrairement à l'Exposé des motifs de la loi. (NYPELS, *Légl. crim.*, t. II, p. 373.)

(2) Une attaque seulement commencée ou même imminente peut être l'excuse de l'article 411 du code pénal : par exemple, un adversaire lève le bras pour vous donner un soufflet ou marche vers vous armé d'une canne et le bras levé en s'appretant à frapper.

contre son père, mais le fils ne peut se prévaloir de la conduite plus ou moins brutale de son père et ne peut invoquer contre lui une colère légitime.

B. — L'ARTICLE 412 DU CODE PÉNAL

480. L'homicide, les blessures et les coups sont également excusables s'ils ont été commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances, à moins qu'il ne soit établi que l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontrerait les desseins de celui-ci (art. 412 du code pén.).

Nous avons vu que la violation du domicile, la nuit, est un cas de légitime défense; le jour, la personne attaquée a plus de sang-froid, les secours sont plus prompts; le danger existe, mais il est moindre. La loi présume jusqu'à preuve contraire qu'il a été de nature à faire croire aux habitants de la maison ou de l'appartement qu'on en voulait à leur personne. Si le ministère public n'établit pas que l'agent n'a pas pu croire à un danger, l'excuse de la provocation existe. Toutefois, il y a lieu d'adopter ici l'interprétation de l'article 417. Les mots *soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci* signifient que l'habitant du domicile violé ne doit pas assister bénévolement à la soustraction ou à la destruction de sa propriété (1);

(1) On s'introduit chez lui, par exemple, pour mettre le feu à une meule ou à un bâtiment.

assurément un vol de fruits dans un verger n'excuse pas l'homicide; mais il est rationnel d'admettre que l'habitant est excusable quand il emploie la violence pour résister à l'escalade et à l'effraction; si même le but direct de l'agresseur n'est pas d'attenter à la vie du propriétaire, le danger pour la vie peut être la conséquence de la résistance que le propriétaire est en droit d'opposer à l'assaillant et dès lors l'article 412 est applicable. Il l'est surtout si l'assaillant est déjà dans la maison. Les mots *en repoussant* indiquent que la réaction doit être immédiate. Il va de soi que l'excuse de la provocation n'existe pas quand on s'introduit dans le domicile du particulier malgré sa volonté, mais en vertu de la loi, par exemple en cas de visite domiciliaire.

481. L'interprétation des articles 416 et 417, 411 et 412 est de nature à soulever devant les tribunaux répressifs des questions très graves : les juges auront à apprécier souverainement si les faits constituent la légitime défense ou la provocation, s'il y a danger pour la vie, colère excusable, etc.

Notons seulement que si, dans une hypothèse donnée, la nécessité de se défendre ou la colère ne sont pas de nature telle qu'elles puissent tomber sous l'application des textes ci-dessus analysés, il n'y aura ni cause de justification, ni excuse, mais le juge sera libre d'y voir une circonstance atténuante et de diminuer la peine.

C. — L'ARTICLE 413 DU CODE PÉNAL

482. La dernière excuse de provocation existe quand le crime est commis par l'un des époux sur l'autre époux et son complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère (art. 413 du code pén.).

Le législateur admet que l'époux offensé n'a plus dans ces conditions la liberté d'esprit et le sang-froid nécessaires pour résister au sentiment de vengeance; mais il exige encore une fois que la réaction soit immédiate, c'est-à-dire que l'époux agisse à l'instant où il surprend les coupables.

Il serait difficile de fixer le terme où l'excuse disparaît et où l'on doit présumer que la colère est éteinte. C'est là une question de fait ou de circonstances.

Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'excuse n'est pas admissible quand l'époux outragé a prémédité le crime(1).

Par époux, au sens de l'article 413, il faut entendre même les époux séparés de corps. La cour de cassation de France, le 13 janvier 1842, a décidé que le devoir de fidélité conjugale subsiste en ce qui les concerne.

483. Toutes les fois que l'une des excuses spéciales est établie, les peines sont réduites dans des proportions considérables, conformément à l'article 414 du code pénal, et aucun obstacle légal n'empêche le juge de réduire encore, à raison des circonstances atténuantes, une peine déjà réduite à raison d'une excuse.

De plus, quand les juridictions préparatoires constatent l'existence soit d'une excuse, soit d'une circonstance atténuante, elles ont, en vertu de la loi du 4 octobre 1867, le droit en matière criminelle de correctionnaliser, en matière correctionnelle de contraventionnaliser les infractions, et les tribunaux ainsi saisis ne peuvent décliner leur compétence. La loi du 4 août 1867 rend

(1) Il peut arriver que l'époux outragé ait prémédité de surprendre les coupables, mais non de se venger, et à la vue de l'outrage, il les tue; l'excuse existe.

plus factice la division tripartite du code en crimes, délits et contraventions que la théorie moderne critique.

SECTION II

Excuses péremptoires.

484. On entend par excuses péremptoires des circonstances définies par la loi et qui, tout en laissant subsister l'infraction, écartent complètement la peine.

Quand le juge reconnaît l'existence d'une excuse proprement dite, il frappe le coupable d'une peine réduite dans les proportions fixées par la loi; quand il constate l'existence d'une excuse péremptoire, il admet la culpabilité de l'auteur, mais il ne peut le condamner. Le coupable est absous. Aussi appelle-t-on parfois les excuses péremptoires *excuses absolutoires*.

Les excuses péremptoires ne se distinguent pas seulement des excuses proprement dites; elles se distinguent aussi des causes de justification qui écartent non seulement la peine, mais effacent la culpabilité.

Celui qui invoque une excuse péremptoire est un vrai coupable. Seulement, pour des considérations de famille ou d'intérêt public, la loi pénale déclare que la peine ne sera pas prononcée.

Le coupable ne peut invoquer l'excuse péremptoire que quand une disposition formelle du code pénal lui en accorde le bénéfice.

485. Les principales excuses péremptoires sont les suivantes :

En matière de sédition et de complot (art. 134, 273 et 136 du code pén.); on est exempt de peine quand on se retire au premier avertissement ou qu'on donne con-

naissance du complot à l'autorité avant tout attentat;

En matière de fausse monnaie (art. 192), on est exempt de peine quand, avant toute émission et toute poursuite, on a donné connaissance du fait à l'autorité et qu'on lui en a révélé les auteurs;

En matière de contravention à la loi sur la presse (art. 300), on est exempt de peine quand on a fait connaître l'imprimeur ou celui de qui on tient l'imprimé;

En matière d'association de malfaiteurs (art. 326), on est exempt de peine quand, avant toute tentative de crime et toute poursuite, on a révélé à l'autorité l'existence des bandes et les noms de leurs chefs;

En matière de recel de malfaiteurs (art. 341 du code pén.), de vol (art. 462 du code pén.), d'abus de confiance (art. 492), de tromperie (art. 504 du code pén.), le degré de parenté est une excuse péremptoire.

Enfin, à l'article 366 du code pénal, l'absence d'obligation naturelle est une cause d'exemption de peine pour ceux qui auront fait porter à l'hospice un enfant au-dessous de sept ans qui leur était confié.

SECTION III

Excuse de la réparation du tort causé.

486. La distinction des excuses avec une terminologie un peu différente avait déjà été adoptée par Riboud, rapporteur au Corps législatif. (Loché, t. XXIX, p. 282.)

A l'arbitraire des peines de l'ancien régime, on voulait faire succéder une classification méthodique des circonstances favorables à l'accusé et l'indication précise des conséquences légales attachées à ces circonstances.

Nous venons de voir quel a été, dans le droit pénal

actuel, l'aboutissement de ces tendances et de parcourir l'échelle des excuses.

487. On pourrait introduire dans la législation une excuse nouvelle : celle de la réparation du dommage causé à la victime de l'infraction.

Actuellement, les intérêts de la victime de l'infraction sont presque toujours méconnus ; il est difficile et chanceux de se constituer partie civile. Les droits de la partie lésée par l'infraction étant d'ordre social comme la répression elle-même, il est utile de chercher les moyens de protéger à ce point de vue la victime plus efficacement que ne le fait la législation en vigueur.

Un de ces moyens, c'est l'admission de l'excuse de la réparation.

Pour les délits légers contre la propriété : les vols, les abus de confiance, les escroqueries, les fraudes, les tromperies, on pourrait réduire la peine si, avant toute poursuite ou avant la condamnation, le coupable avait en tout ou en partie réparé le dommage causé.

Déjà, dans la pratique, les juges tiennent souvent compte de ces éléments ; il ne serait pas impossible de transformer en obligation, c'est-à-dire en excuse légale, ce qui est pour eux une faculté, c'est-à-dire une circonstance atténuante.

Nous reviendrons sur ce point au chapitre *Des conséquences civiles de l'infraction* (voy. nos 598 à 601, 638 à 639).

CHAPITRE III

CIRCONSTANCES AGGRAVANTES

488. On entend par circonstances aggravantes certains faits spécialement définis par la loi et pouvant

entraîner une aggravation considérable de la peine. De même que, dans certains cas, il importe de descendre au-dessous du minimum de pénalité fixé par l'article du code, à raison de circonstances exceptionnellement favorables, de même il y a lieu parfois de frapper d'une peine supérieure au maximum ordinaire à raison de circonstances exceptionnellement graves. Mais jamais le législateur ne laisse au juge la liberté de décider quelles sont ces circonstances. Il a eu soin de les définir lui-même.

Les circonstances aggravantes ne doivent pas être confondues avec les éléments constitutifs de l'infraction. Les faits qui permettent au juge d'aller jusqu'au maximum de la peine ordinaire sont toujours inhérents à l'infraction; les circonstances aggravantes légales, qui permettent de dépasser ce maximum, sont toujours extrinsèques à l'infraction (1).

On les divise en deux grandes catégories; les circonstances aggravantes sont spéciales ou générales.

SECTION PREMIÈRE

Circonstances aggravantes spéciales.

489. Les circonstances aggravantes spéciales n'existent que par rapport à une infraction déterminée; c'est-à-dire que le code pénal spécifie à propos de telle ou

(1) La distinction entre éléments constitutifs et aggravants est parfois difficile à faire. Mais en matière criminelle, elle a une grande importance pratique. Les éléments constitutifs doivent figurer dans la question principale à poser au jury; les circonstances aggravantes font l'objet de questions spéciales.

telle infraction la circonstance de nature à aggraver la peine et le quantum de l'aggravation de celle-ci.

Tantôt la circonstance aggravante n'a d'autre effet que d'élever la peine normale de l'infraction, ou même seulement le minimum; ainsi, l'article 194 du code pénal applique une peine aggravée au faux quand il est commis par un fonctionnaire ou par un officier public. L'article 464 du code pénal élève le minimum, quand le vol est commis par un domestique à gages.

Tantôt la circonstance aggravante transforme le degré de criminalité de l'acte et change le délit en crime. Exemple: l'escalade (art. 467 du code pén.), transforme le vol simple puni de peines correctionnelles en vol qualifié puni de la reclusion.

490. Les principales circonstances aggravantes spéciales sont :

En matière d'enlèvement, de prostitution ou de corruption de mineurs : le jeune âge de la victime (art. 369 et 380 du code pén.);

En matière de vol : l'effraction, l'escalade, l'emploi de fausses clefs, de violences, de menaces, le fait que le vol a eu lieu la nuit ou sur un chemin public, ou a été commis par une bande (art. 467, 468, 469, 470, 471, 472, 474, etc., du code pén.).

Dans d'autres cas, la qualité particulière du coupable, la qualité de fils, de fonctionnaire, d'instituteur, de domestique à gages, d'ascendant, etc. (art. 194, 195, 266, 355, 359, 382, 395, 398, 460, 464, 471, etc., du code pén.).

La préméditation est aussi une circonstance aggravante spéciale (art. 394 et 398 du code pén.) (1).

(1) Ce point est controversé. Voy. NYPÉLIS, Sur l'article 394.

491. Le législateur, en déterminant les circonstances aggravantes légales, a parfois été superficiel dans le choix des motifs d'aggravation; et quand, à raison de ces motifs, il transforme le délit en crime, il lui arrive de considérer plutôt le caractère abstrait des circonstances que le caractère dangereux du délinquant. Nous aurons à y revenir dans l'étude de la récidive.

Bornons-nous à signaler comme exemple que le malheureux qui, à la vue d'un pain sur le banc d'une cour de ferme clôturée, escalade la clôture et vole pour la première fois dans sa vie, commet un vol qualifié, c'est-à-dire un crime puni de la reclusion. Il est pourtant moins redoutable et moins pervers que le voleur à la tire qui, lui, ne se rend coupable que de délits, mais exerce une véritable profession. Un amant jaloux qui, transporté de fureur, prémédite la mort de son rival et le tue dans une rixe, est puni de mort à raison d'un assassinat. Il est cependant moins redoutable et moins pervers que le batailleur brutal et hargneux qui, maltraitant de plus faibles que lui, commet constamment le délit de coups et blessures.

SECTION II

Circonstance aggravante générale.

492. Les circonstances aggravantes générales s'appliquent à toutes les infractions indistinctement.

Le droit pénal belge n'en connaît qu'une : la récidive.

Il est incontestable qu'il y en a une seconde : le concours d'infraction.

Nous verrons en effet que le concours d'infraction à

propos duquel le code belge a consacré un système spécial fort compliqué, ne devrait, en somme, être considéré que comme une circonstance aggravante.

§ 1^{er}. La récidive.

493. La récidive est la rechute après une condamnation antérieure. Le problème de la récidive est devenu fondamental; la lutte contre les récidivistes est un des buts essentiels des codes, car la justice frappe dans l'espoir d'éviter les rechutes. L'accroissement du chiffre des rechutes est un indice du peu d'efficacité des condamnations et des peines.

494. Toutes les législations ont appliqué aux récidivistes des peines plus graves qu'aux délinquants non-récidivistes.

Le droit romain pratiquait la maxime *Malitia crescente debet auferri poena* et il consacrait le principe de l'aggravation de la peine quand il y avait *consuetudo delinquendi* ou habitude.

Les ordonnances du vieux droit français, celle de 1670, le code de 1791 et celui de brumaire an iv établissent des peines plus graves pour les récidivistes.

L'article 161 de la Caroline, en Allemagne, frappe de mort le malfaiteur qui commet l'infraction pour la troisième fois, et l'ordonnance de 1570, de Philippe II, en vigueur en Belgique, consacre le même principe.

La législation anglaise du règne de Henri VIII révèle également une grande rigueur envers les récidivistes.

495. Le législateur moderne du continent a surtout considéré le côté juridique abstrait de la récidive; il s'es

attaché à la formule théorique de la récidive plus qu'à la nature du récidiviste.

Les dispositions du code de 1867 (art. 54 et suiv. du code pén.) s'en ressentent; elles ne répondent pas à la réalité des faits; elles ont perdu de vue l'énorme différence qui sépare les récidivistes des autres délinquants, la nécessité de les mettre dans l'impossibilité de nuire, et l'inutilité, en ce qui les concerne, des peines de courte durée.

§ 2. *Le récidiviste.*

496. Avant d'étudier les dispositions légales sur la récidive, examinons ce qu'est le récidiviste.

Les récidivistes dans leur ensemble ne constituent pas un type anthropologique, comme l'a prétendu Lombroso. Le type anthropologique est un type indiscutable et immuable comme celui du nègre ou du Chinois. Le type moyen du délinquant né de Lombroso est discutable; d'abord, sur les 17,000 types de délinquants examinés, les disciples de Lombroso ne trouvent le type anthropologique que parmi la moitié des sujets soumis à l'observation; l'autre moitié échappe aux conditions du type. Ensuite, dans la population honnête, beaucoup d'individus ont le type du criminel né. Un type dont les apparences se trouvent chez la moitié des délinquants seulement et se trouvent aussi chez les non-délinquants, n'offre aucune certitude scientifique; il n'a d'autre valeur que celle d'une moyenne factice, les grands nombres fournissant toujours des moyennes. Enfin, même pour ceux qui ont incontestablement le type où Lombroso découvre

les indices du criminel né (1), toute base scientifique d'appréciation manque, parce que, pour affirmer l'existence indéniable d'un type anormal, il faut être d'accord sur les caractères du type normal et que, dans une civilisation comme la nôtre, où il y a tant de mélanges, d'infiltrations, de causes de tares et d'anomalies, le type normal devient une pure création de l'esprit; au milieu de toutes les anomalies qui nous entourent, on ne saurait dire où il faut faire commencer l'anomalie criminelle.

497. Il y a cependant un type du délinquant : le récidiviste, le délinquant d'habitude fait partie d'une classe sociale dont les caractères sont déterminables : le type social du délinquant professionnel se forme sous nos yeux. Les individus soumis à des conditions communes d'existence prennent une empreinte uniforme.

Par l'imitation, par l'exercice continu d'un métier identique, par des préoccupations analogues, par la répétition des mêmes mouvements, ils acquièrent des habitudes nerveuses et musculaires semblables. Leur attitude, leur expression, leur apparence physique s'en ressentent comme leurs tendances intellectuelles et morales.

498. Cela est vrai de toutes les professions. Que l'on prenne les ouvriers carriers, les verriers, les houilleurs, les briquetiers, et l'on constatera que chez eux aussi le type physique est apparent; il y a des dynasties de ver-

(1) Je pense d'ailleurs que l'on peut trouver une explication naturelle à certaines des déformations et des tares physiques chez les criminels : ceux-ci se recrutent surtout dans ces rangs sociaux inférieurs où les conditions très défavorables de la gestation et de l'accouchement sont des causes fréquentes d'anomalie physique sans être nécessairement des causes de criminalité.

riers, de carriers, de briquetiers; l'apprentissage transmet aux enfants les qualités des pères et en font des spécialistes recherchés à l'étranger. Pourtant le type du verrier, du houilleur, n'est pas anthropologique, il est professionnel, et si l'industrie de la houille ou de la verrerie venait à disparaître, le type professionnel de l'ouvrier disparaîtrait aussi pour être remplacé par un nouveau type professionnel (1).

499. Il en est de même des délinquants d'habitude. Ils ont assurément un type; ce type est surtout façonné par leur genre de vie, par la débauche, l'alcoolisme, la misère, par une existence d'aventures, d'expédients, de ruses et de violences. Il faut y ajouter les passions qui les dominent, la prison qui leur imprime un stigmate indélébile, les taudis où ils croupissent dans une promiscuité démoralisante. Ils prennent un aspect et des habitudes. Ils ont l'insensibilité, la dureté, le cynisme et forment incontestablement une caste à part dont Maudsley a pu dire qu'ils se distinguent des honnêtes gens autant qu'un mouton à tête noire se distingue d'un mouton à tête blanche.

Quelques-uns naissent évidemment avec des tares tellement caractérisées, des traces si profondes de dégénérescence qu'ils n'offrent aucune prise aux plus énergiques efforts d'adaptation, ce sont des êtres héréditairement inadaptables. Ils naissent avec le penchant au crime,

(1) Le type ecclésiastique a des caractères indiscutables et pourtant on ne peut invoquer ici aucune loi biologique, surtout dans les religions où le mariage des prêtres est interdit. Cet argument fourni par Colajanni (*La sociologia criminale*. Catania, 1889) est topique.

Voy., pour la théorie du type professionnel du criminel, G. TARDE, *La criminalité comparée*. Paris, Alcan, 1886, p. 50 et suiv.

comme d'autres peuvent naître difformes, ou syphilitiques ou phthisiques.

Mais, le type du délinquant d'habitude n'en est pas moins avant tout un type social. Cela est si vrai qu'un être affecté de tous les indices anthropologiques du criminel peut rester honnête ou non selon le milieu où il vit, et l'école italienne l'admet. Il n'est plus douteux qu'il faille compter, d'une part, avec le facteur individuel, d'autre part, avec l'action du milieu social, et que sur l'individu, l'influence des conditions sociales ait pour le moins autant de valeur que l'influence des conditions biologiques.

500. Cette thèse est conforme aux constatations les plus récentes de la physiologie. Si certains êtres sont trop dégénérés pour résister au mal, ce sont des exceptions. L'erreur de l'école anthropologique est de considérer ces exceptions comme la règle et d'affirmer dans le criminel en général une prédisposition que la physiologie ne découvre même pas dans le protoplasme cellulaire.

Les expériences les plus récentes consacrent le phénomène de la loi d'adaptation au milieu sous l'influence d'excitations fonctionnelles; elles démontrent que l'hérédité n'est pas toute-puissante, et que l'influence du milieu extérieur trouve dans la plasticité des organismes un vaste champ d'action.

501. La physiologie, en ébranlant la confiance que l'on avait dans l'hérédité, ébranle du même coup l'autorité de l'école anthropologique et fortifie l'autorité de l'école sociale.

La foi dans l'hérédité est ébranlée actuellement à trois points de vue.

502. Elle est d'abord ébranlée à raison même de la complexité de la loi d'hérédité, de son inouïe mobilité, de l'incroyable variété des combinaisons qu'elle rend possibles. L'hérédité est la résultante d'un tourbillon de milliards d'atomes, et ces atomes sont soumis à de si multiples influences, ils flottent dans des directions si diverses, que l'hérédité et l'évolution, l'immuabilité et le mouvement, la mémoire et l'invention, la tradition et la liberté qui sont aux prises partout dans l'homme comme dans la nature, se confondent, se pénètrent, s'effacent et finissent par enlever à la causalité ancestrale une grande partie de sa signification.

Il suffit de chercher à saisir l'influence de l'hérédité sur deux jumeaux ou sur un individu déterminé : tantôt elle neutralise les qualités ou les défauts du père ou de la mère, quand ces qualités ou ces défauts se contrarient, tantôt elle les accentue quand ils sont identiques; elle fait prédominer les qualités ou les défauts des parents directs, des collatéraux ou des aïeux. Que devient au milieu de toutes ces éventualités le principe de causalité (voy. n° 260)? Chacun, suivant ses convictions, invoquera la Providence, la nature, le hasard ou la liberté; mais on se trouve devant l'inconnaissable et le mot *hérédité* n'explique rien.

503. La foi dans l'hérédité est ébranlée à un second point de vue : la science physiologique croit à la transmissibilité des caractères innés; la preuve que ceux-ci se transmettent résulte de la permanence du type dans les races restées pures. La pathologie croit de même, et avec raison, à la transmissibilité de certaines maladies organiques, telles que la folie, la phtisie, l'épilepsie. Mais la physiologie, sous l'influence de l'école néo-

darwiniste, croit de moins en moins à la transmissibilité des caractères acquis : si des parents devenus boiteux ou manchots ne transmettent pas leur infirmité; si un pied bot n'engendre pas un pied bot; si des Chinoises dont on déforme le pied depuis des siècles, si des sémites pratiquant la circoncision en vertu d'une longue tradition, donnent invariablement naissance à des enfants normaux, pourquoi les caractères moraux acquis se transmettraient-ils?

Nous voyons le caractère des peuples se transformer à des intervalles fort rapprochés et démentir la loi de l'hérédité. L'esprit français actuel est différent de l'esprit français, romantique, épris de noblesse et de dignité de l'époque de la monarchie de Juillet; l'esprit allemand ne rappelle plus la tendre, rêveuse et mélancolique Allemagne du début du siècle; le Belge, un peu terre à terre, positif et sédentaire d'il y a cinquante ans, ne se reconnaîtrait pas dans le Belge actuel, entreprenant, énergique et audacieux, qui se fait connaître dans le monde entier.

Pour l'individu il en est de même; la sagesse des nations dit : A père prodigue, fils avare. Des hommes d'État, des savants, des artistes qui ont rempli le monde du bruit de leur nom, ont souvent des fils médiocres; il naît des délinquants dans les familles honnêtes et des êtres droits dans les familles contaminées; ce sont là des perturbations manifestes des lois de l'hérédité.

504. La foi dans l'hérédité est ébranlée à un troisième point de vue encore plus essentiel, c'est-à-dire comme force directrice de l'humanité.

Un torrent coule, » dit M. Delage, « non pas en

vertu d'une aptitude à couler, mais en vertu du milieu où il coule, c'est-à-dire de la pente de son lit de rocher et de la direction du vent. Changez ces conditions, il s'arrête ou dévie (1). »

De même l'hérédité coule non en vertu d'une aptitude à couler, mais en vertu des conditions qui s'offrent à elle. Elle coule dans la même direction aussi longtemps que ces conditions ne changent pas; modifiez ces conditions et la direction dévie; la variabilité l'emporte.

Il est reconnu que des modifications dans le régime auquel les cellules sont soumises amènent des modifications dans leur composition, et les travaux de Roux, Delage, Driesch, Hertwig et Herbst ont conduit ces savants à affirmer que « l'œuf peut, sous l'influence des facteurs de l'ontogénèse, développer des caractères dont ils ne contenaient pas le germe prédestiné » (2).

Or, s'il est vrai qu'il n'y a pas de prédestination dans le germe, pourquoi y aurait-il prédestination inéluctable dans l'individu? L'individu, comme le protoplasme, peut s'adapter aux conditions ambiantes dans la mesure de sa plasticité.

505. La loi d'adaptation au milieu qui trouve sa consécration dans le mimétisme, met désormais au premier plan l'action du milieu social sur le facteur individuel; elle fait reculer la fatalité héréditaire au profit de la liberté. Elle nous rend la conscience de ce que nous avons à tenter pour l'amélioration de la société et pour le progrès de l'humanité.

(1) G. DELAGE, *La structure du protoplasme et les théories de l'hérédité*. Paris, Reinwald, 1895, p. 774 et suiv.

(2) IDEM, *ibid.*, p. 780 et suiv.

Quand nous nous trouvons en présence d'un récidiviste adulte, d'un anormal inadapté ou inadaptable au milieu social, nous devons souvent nous résigner à accepter le fait accompli, il n'y a rien à espérer.

Mais s'il n'y a plus rien à faire dans l'avenir, il y avait à agir au début, alors que le coupable en question offrait encore un certain degré de malléabilité.

Le milieu peut agir sur l'individu, comme dans les entrailles de la mère les conditions de la nutrition agissent sur le protoplasme. Les affirmations de la physiologie viennent ainsi renforcer les arguments déjà donnés en faveur des lois sur la protection de l'enfance.

506. Quoi qu'il en soit, il reste acquis, et l'école italienne a la première fait ressortir cette vérité, que le délinquant professionnel est un type à part et doit être distingué du délinquant d'occasion.

Il est faux de considérer tous les coupables comme des individus d'espèce identique et de supposer aux récidivistes les sentiments que nous éprouvons nous-mêmes : l'horreur du crime, la honte de la condamnation, le souci de l'honneur, la notion des nécessités sociales. Bien au contraire, par ses mœurs, par son tempérament, par ses idées du bien et du mal, du plaisir et de la douleur, de la récompense et de la peine, par sa façon d'être, de penser et d'agir, il s'oppose à la société régulière et la prison est uniquement pour lui le risque inhérent à l'entreprise. Dès qu'il est rendu à la liberté, il attend l'occasion d'un nouveau délit.

507. Il reste acquis également que les récidivistes se recrutent en grande partie parmi les anormaux peuplant la zone intermédiaire dont nous avons parlé, domaine aux contours indécis qui comprend notamment les dégé-

nerés, les neurasthéniques, les épileptiques, les hystériques, les alcooliques, les idiots, les fous moraux, les impulsifs, etc. Ceux de ces inadaptés dont la société ne s'est pas préoccupée à temps deviennent en effet facilement des malfaiteurs de profession.

508. Ce qui prouve d'ailleurs que la récidive est un phénomène social plus qu'un phénomène juridique, c'est la statistique nous révélant que le chiffre des délinquants d'habitude s'élève parfois jusqu'à 75 p. c. et même jusqu'à 80 p. c. de la population des détenus. Ils représentent donc la grande majorité des coupables et constituent un danger, dont le législateur, par ses mesures superficielles, ne semble pas avoir entrevu toute l'intensité. Les prescriptions du code ne donnent pas à la justice une puissance de répression suffisante.

§ 3. *Système du code pénal de 1867.*

509. Le principe fondamental de notre législation est juste en lui-même. Comme tous ceux qui, depuis les juristes romains, ont eu à s'occuper de la récidive, les auteurs du code admettent que la réitération du délit après une ou plusieurs condamnations antérieures révèle un penchant criminel plus violent et que ce penchant doit être réfréné.

510. La récidive peut être conçue de deux façons. Ou bien elle est spécifique quand le législateur ne punit que la répétition de délits de la même espèce; et ne frappe que certaines habitudes coupables spéciales. C'est le système du code de l'Empire allemand; le code italien punit de peines particulières la récidive spécifique.

Où bien elle est générique quand le législateur punit toute réitération d'un délit quelconque, qu'il soit ou non de la même nature que le premier. C'est le système du code pénal français, du code pénal du Portugal et du code belge de 1867 (1).

511. Mais la loi belge, différente en cela de la loi pénale française de 1810, fait de l'aggravation de la peine basée sur la récidive non une obligation pour le juge, mais une *faculté*. Les textes des articles 54 et suivants emploient toujours l'expression : « Le coupable récidiviste *pourra* être condamné, etc. » La récidive n'est pas pour le législateur de 1867 un indice certain de perversité plus grande; elle n'est qu'une présomption que les faits de la cause peuvent détruire.

512. De plus, la récidive n'altère pas le caractère de l'infraction et, par conséquent, n'altère pas davantage le caractère de la peine ordinaire. Si le juge estime qu'il doit aggraver, l'aggravation ne porte que sur la durée de la peine, tandis que le code de 1810 passait rigoureusement de la peine inférieure à la peine supérieure. Ainsi, le code belge ne passe jamais d'une peine temporaire à une peine perpétuelle, et quand la peine ordinaire est perpétuelle, la récidive n'a plus d'influence aggravante.

513. Les conditions légales de la récidive sont les suivantes :

Il faut une condamnation antérieure passée en force de chose jugée (2).

(1) Sauf pour les contraventions; d'après l'article 565 du code pénal, la récidive en matière de contraventions doit être spécifique.

(2) Les condamnations par contumace ne deviennent définitives qu'après la prescription de la peine, c'est-à-dire vingt ans après leur date, c'est alors seulement qu'elles peuvent compter pour la récidive.

Cette condamnation doit émaner d'un tribunal belge.

Elle doit être prononcée à raison d'un fait incriminé par les lois pénales ordinaires (1).

Elle doit rentrer dans l'une des hypothèses spécifiées aux articles 54 et suivants et 565 du code pénal.

C'est-à-dire qu'il peut y avoir :

Récidive de crime sur crime (art. 54 et 55);

Récidive de délit sur crime (art. 56, § 1^{er});

Récidive de délit sur délit (art. 56, § 2);

Récidive de contravention sur contravention (art. 565 du code pén.).

D'après le texte du code, il n'y a récidive de délit sur délit que si la première condamnation est d'un an d'emprisonnement au moins et si le deuxième délit a été commis dans les cinq ans à partir du moment où le coupable a subi ou prescrit sa peine.

Il n'y a récidive de contravention sur contravention que s'il y a répétition de la même contravention commise dans les douze mois et dans le même canton.

Le code ne prévoit pas la récidive de crime sur délit.

(1) Une condamnation émanée d'un tribunal militaire ne peut devenir la base de la récidive légale que si elle a été prononcée pour un fait qualifié crime ou délit par les lois pénales communes; jamais, si elle est prononcée pour un délit purement militaire (art. 57 du code pénal).

Si le tribunal militaire a prononcé une peine portée par les lois pénales ordinaires, les articles 54 et suivants du code pénal reçoivent leur application comme si la condamnation émanait d'un tribunal ordinaire. Si, au contraire, le tribunal militaire a prononcé une peine portée par les lois militaires, le législateur n'a pas voulu que cette peine, toujours plus forte que celle du code pénal, devint la base d'une aggravation. (NYPELS, t. I^{er}, p. 403.)

Les articles sur la récidive sont applicables aux matières spéciales (art. 100 du code pénal); notons seulement que parfois les lois spéciales renferment des règles particulières sur les conditions de la récidive.

Le législateur donne comme motif que, le délinquant n'ayant pas encore subi de peine criminelle proprement dite, on ne peut prédire que cette peine ne suffira pas pour le corriger.

Le code fixe toujours avec précision quel sera le taux de la peine aggravée. En matière de crimes et de délits, il autorise les juges (art. 56, al. 2, du code pén.) à prolonger la surveillance spéciale de la police.

514. C'est au ministère public à faire la preuve de l'existence de la récidive, c'est-à-dire de la condamnation ou des condamnations antérieures. Cette preuve peut être faite par toutes voies de droit, même par témoins. Mais régulièrement elle doit résulter de l'extrait du casier judiciaire.

Le casier judiciaire, qui est la centralisation au département de la justice des bulletins de renseignements que les articles 609 et 601 du code d'instruction criminelle ordonnent aux greffes des tribunaux locaux de réunir, est une nécessité, et il est réorganisé en Belgique en vertu de circulaires ministérielles du 31 décembre 1888 et du 6 décembre 1894 (1).

(1) On s'est toujours préoccupé de la nécessité de reconnaître les récidivistes : aux époques barbares, les procédés d'identification étaient barbares; sous Charlemagne, pour reconnaître les brigands de profession, on leur crevait un œil à la première condamnation, on leur coupait le nez à la seconde. En Angleterre, pour reconnaître et exécuter les coupables en cas de rechute, on leur coupait la main ou l'oreille. (OWEN PIRK, *History of crime in England*.) Quand les mœurs se sont adoucies on a abandonné les mutilations. Mais on a conservé longtemps et jus qu'au début de ce siècle l'usage de marquer le condamné d'une empreinte au fer rouge sur le front, la poitrine ou l'épaule. Actuellement, il existe au dépôt de la préfecture de police de Paris un service d'identification des délinquants par le signalement anthropométrique dont l'organisation est due à M. Bertillon et qui existe également dans les prisons de

La circulaire du 31 décembre 1888, publiée à la suite de la loi du 31 mai de la même année sur la libération et la condamnation conditionnelles, a pour but de centraliser en un casier, au ministère de la justice, tous les bulletins de renseignements constatant les condamnations.

Ces bulletins ne servent qu'aux autorités judiciaires et les particuliers n'en obtiennent pas copie.

514 bis. La question de savoir s'il faut délivrer au public des extraits du casier judiciaire a une portée considérable.

L'inscription au casier judiciaire est une véritable peine analogue à l'ancienne marque et les raisons qui ont fait abolir la marque existent aussi en faveur de la défense de communiquer aux tiers des extraits du casier judiciaire.

Ajoutons que l'État n'est pas une agence de renseignements; en livrant des extraits du casier, il entrave le reclassement du condamné digne d'intérêt, il favorise les rancunes et les sentiments de vengeance; le législateur qui punit la divulgation méchante ne doit pas donner l'exemple de cette divulgation.

France, en Russie, en Roumanie, à Genève, aux États-Unis, et dans la République argentine.

L'idée est due à Quetelet. Quetelet, dans son ouvrage *L'anthropométrie ou nature des différentes facultés de l'homme* (1871), a montré la régularité présidant à la répartition des formes et des dimensions dans la nature. M. Bertillon a appliqué ces principes à la reconstitution de l'identité des malfaiteurs; les indications du signalement anthropométrique reposent sur la connaissance de diverses longueurs osseuses toujours les mêmes, relevées sur le sujet examiné dans un ordre uniforme. (Voy., pour les détails, DE RYCKERE, *Rapport sur le signalement anthropométrique présenté au Congrès d'anthropologie de Bruxelles de 1892, Actes du Congrès*, p. 97.)

S'il fait un choix entre les condamnations dont il faut donner connaissance et les autres, entre les fautes pardonnables et les fautes impardonnables, entre les condamnations effacées par la prescription et les condamnations non prescrites, il trompe le public et aide les délinquants à duper les honnêtes gens; la seule solution logique, c'est donc l'abstention complète, et l'adoption du principe que le casier judiciaire n'existe que pour les autorités officielles.

Les conséquences du casier judiciaire doivent encore être envisagées à un second point de vue. Dans certains pays, tels que la Belgique, les administrations locales délivrent des certificats de moralité. Il est certain que les administrations locales ont le droit d'obtenir communication du casier judiciaire, mais ont-elles le droit de faire profiter le public de cette communication et de lui fournir la preuve du passé judiciaire d'un citoyen ou de l'absence d'antécédents judiciaires. Il semble que la question se présente dans des conditions identiques pour les autorités locales et pour l'autorité judiciaire et que dans les deux cas les abus possibles l'emportent sur les avantages. Les autorités locales qui communiquent les renseignements qu'elles possèdent doivent être sincères comme l'État, et quand elles communiquent tous les renseignements, elles compromettent des intérêts dignes d'être protégés et laissent le champ libre aux plus basses rancunes.

Les repris de justice doivent incontestablement être surveillés et signalés et les autorités ont ainsi à venir en aide aux honnêtes gens, mais les certificats de moralité sont des armes dangereuses auxquelles il ne faut pas recourir.

Il appartient aux citoyens d'être prudents et réservés, de s'entourer de garanties, d'accueillir avec défiance les aventuriers privés de références; dans ce domaine l'enquête doit être libre et l'État n'a pas à fournir une estampe de moralité ou d'immoralité.

Les personnes honorables parviendront toujours à obtenir des certificats de ceux qui les ont employées ou connues. A ce point de vue, la législation sur les livrets d'ouvriers était utile et l'abolition du livret d'ouvrier est regrettable.

§ 4. *Observations critiques.*

515. Le système de la législation belge sur la récidive est défectueux à divers points de vue : les rédacteurs du code de 1867 n'ont pas suffisamment songé au seul élément important du problème : le caractère dangereux du récidiviste et la nature antisociale de ses tendances. Ils laissent la justice désarmée contre la légion des habitués de la petite criminalité et ne refrènent pas l'audace des malfaiteurs qui bravent la société par la réitération constante de leurs méfaits.

516. En donnant au juge la faculté d'élever ou non le taux de la peine, en ne lui interdisant pas de faire bénéficier même le récidiviste des circonstances atténuantes, en accordant au coupable, en vertu de la loi du 4 mars 1870, la réduction des peines subies en cellule, en n'imprimant aucune direction au juge dans l'exercice de la liberté absolue qui lui est laissée, le législateur en est arrivé à n'opposer aucun frein à l'indulgence et à admettre que des repris de justice incorrigibles soient frappés de peines dérisoires.

517. En proclamant le principe que le juge ne peut pour la répression de la récidive passer d'une peine inférieure à une peine supérieure, mais doit simplement augmenter la durée de la peine ordinaire, le législateur oublie que la récidive ne fait pas passer l'acte coupable dans une autre catégorie d'actes, elle fait passer l'agent dans une catégorie nouvelle (1) d'agents coupables : celle des récidivistes, toujours plus redoutables que les délinquants primaires.

518. En ne prévoyant pas la récidive de crime sur délit sous prétexte que le délinquant n'ayant pas encore essayé de la peine criminelle ne peut être considéré comme rebelle, le code méconnaît que, le système cellulaire étant généralisé, il n'y a pas de différence bien sensible de régime entre une peine criminelle et une peine correctionnelle; en outre il se contredit, car les articles 54 et suivants du code pénal n'exigent pas pour l'existence de la récidive qu'il y ait eu exécution matérielle d'une peine; ils se contentent d'une condamnation prononcée, peu importe qu'elle ait été subie ou non. Il est évident que la perpétration d'un crime, après la condamnation pour un délit, révèle la persistance des mauvais instincts.

519. En ne consacrant l'existence de la récidive de délit sur délit que si la première condamnation comporte au moins un an de prison, le code ignore la source la plus profonde de la récidive : l'habitude des petits délits. Beaucoup de délits ne sont pas frappés d'un an de prison soit parce que la loi les punit d'une peine moindre, soit parce que le tribunal n'applique qu'une peine moindre

(1) GAROFALO, *La criminologie*, p. 357.

Dans un nombre considérable de cas, la récidive existe donc sans être atteinte par la loi. C'est toujours la négation du principe que le délinquant peut être dangereux alors même que le délit est léger ou le préjudice minime. Au moyen âge le principe était plus rationnel : la récidive donnait lieu à une peine sévère même si le délit n'était pas grave (1).

En exigeant pour la récidive de délit sur délit que le nouveau délit ait été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que la peine antérieure est subie ou prescrite, la loi méconnaît que parfois la manifestation du penchant au crime à de longs intervalles n'en révèle pas moins sa persistance.

520. En exigeant comme condition d'existence de la récidive une condamnation antérieure émanée d'un tribunal belge, on ne tient pas compte de la généralisation de l'usage du casier judiciaire, du caractère international de la justice et de la facilité croissante des déplacements pour les aventuriers à antécédents judiciaires.

521. A côté du redressement de ces erreurs, la réforme la plus urgente consiste dans une distribution plus méthodique de l'indulgence qu'il faut n'accorder qu'aux délinquants primaires, et de la sévérité qu'il faut réserver aux récidivistes.

La loi belge, à l'exemple du code italien, du code allemand, de la loi française de 1891, de la loi anglaise de 1871, du projet de code pénal russe, doit introduire dans notre droit pénal la notion de l'aggravation progressive des peines et de la criminalité habituelle.

(1) GAROFALO, *op. cit.*, p. 357.

La récidive spécifique surtout appelle la rigueur de la justice. Mais la récidive générique conserve sa raison d'être.

522. La récidive générique suppose que les infractions commises successivement sont de nature différente, par exemple un adultère et une escroquerie. Elles peuvent néanmoins, malgré leur diversité, révéler des penchants vicieux; un délinquant qui commet des actes de violence et des vols n'en est que plus redoutable. Il faut donc interdire l'indulgence, empêcher le juge de faire bénéficier le coupable des circonstances atténuantes, ou même de n'appliquer que le minimum de la peine, mais lui laisser le droit d'apprécier s'il faut ou s'il ne faut pas dépasser le maximum.

523. La récidive spécifique, c'est l'homogénéité des infractions commises, ou la répétition d'infractions qui sans être tout à fait identiques dénotent la direction du penchant coupable; on se trouve, dès lors, en présence du délinquant d'habitude; les instincts antisociaux apparaissent avec précision et la défense sociale réclame qu'à partir d'un certain nombre d'infractions, il y ait aggravation progressive de la peine ordinaire; cette aggravation peut aller jusqu'à transformer les peines de police en peines correctionnelles et les peines correctionnelles en peines criminelles (1).

Un projet de loi, déposé à la Chambre des représentants le 15 avril 1890, est entré dans la voie de l'aggravation progressive des peines en cas de récidive.

524. Une aggravation de la pénalité est nécessaire

(1) Voy. Rapports et discussions du Congrès pénitentiaire de Paris, 1895, 1^{re} section, 1^{re} question.

quand il s'agit des récidivistes normaux; une transformation de la pénalité est nécessaire quand il s'agit des récidivistes anormaux. L'infériorité et la moindre force de résistance des inadaptés ou des inadaptables ne laissent pas espérer, puisque leurs tendances tiennent à leur individualité même, qu'ils seront à leur sortie de prison prémunis contre les rechutes; tout porte à croire qu'ils récidiveront.

En théorie, la question se présente pour eux comme pour les récidivistes normaux; il est absurde de croire à l'efficacité des peines de courte durée; les longues détentions sont réclamées par la situation des uns comme par la situation des autres.

En pratique, il y a entre les récidivistes normaux et les récidivistes anormaux une différence qui porte non sur la durée, mais sur la qualité de la détention; nous nous en référons à ce qui a été formulé par tous les anormaux. Seul un régime de préservation sociale substitué à celui de la pénalité pure est capable d'enrayer la marche de la récidive.

Nous rappelons que cette différence a son importance en droit; car la peine proprement dite a toujours une durée déterminée, tandis que les mesures de préservation doivent avoir une durée indéterminée.

SECTION III

Concours d'infractions.

§ 1^{er}. *En général.*

525. Le code pénal belge fait du concours d'infractions un chapitre spécial.

Nous pensons que le concours d'infractions pourrait être rattaché à la notion de la circonstance aggravante générale.

526. Le concours d'infractions (voy. nos 186 et 189) est tantôt intellectuel ou idéal, tantôt matériel ou réel.

Le concours est concours idéal quand, par un seul acte coupable, on a produit plusieurs résultats délictueux ou infractions, peu importe que ces infractions soient de même espèce ou non (1).

Le concours matériel existe quand tous les actes différents constituent des infractions; peu importe qu'elles soient de même espèce ou d'espèces différentes (2).

Il s'agit, en somme, en cette matière de distinguer simplement l'unité d'action de la pluralité des actions coupables et, quand il y pluralité d'actions coupables, d'examiner s'il faut appliquer une seule ou plusieurs peines.

527. Le législateur, pour résoudre ce problème, a, surtout dans le cas de concours matériel, construit une théorie hérissée de difficultés qu'il eût évitées en faisant du concours d'infractions une espèce de circonstance aggravante.

(1) Il ne faut pas confondre l'hypothèse du concours idéal où il y a toujours pluralité d'infractions avec le cas où le même fait est prévu par des lois pénales différentes, mais ne constitue cependant qu'une seule infraction. Tel un fait d'outrage prévu à la fois par le code pénal commun et le code pénal militaire.

(2) Il ne faut pas confondre le concours matériel avec l'infraction collective, puisque dans l'infraction collective il y a non pluralité d'infractions, mais pluralité de faits dont l'ensemble ne constitue qu'une seule infraction. Exemple: un voleur de crins s'introduit dans une écurie et coupe la queue à chacun des chevaux qui s'y trouvent: il n'y a qu'un vol. Il est facile de distinguer de même le concours matériel d'infractions des délits d'habitude, des délits continus et des délits connexes.

528. L'hypothèse la plus simple est celle du concours idéal. Quand l'agent, par une seule volonté coupable ou par un fait unique, a produit plusieurs violations de la loi pénale, comme il n'y a à la base qu'une seule volonté ou un seul fait délictueux, il est clair qu'une peine unique suffit; l'article 65 du code pénal consacre cette vérité en disposant que la peine la plus forte sera seule appliquée.

§ 2. Du concours matériel.

529. Les complications commencent quand il s'agit de concours matériel, c'est-à-dire quand le coupable doit répondre de deux ou de plusieurs infractions, dont aucune n'a encore été jugée.

530. Comment faut-il punir les infractions concurrentes?

Théoriquement, on peut concevoir trois systèmes :

Ou bien à chacun des délits commis on applique une peine spéciale; on cumule toutes les peines;

Ou bien pour l'ensemble des délits commis on n'applique qu'une seule peine, la peine la plus forte. Cette peine absorbe toutes les autres;

Ou bien, en raison de la pluralité des délits commis, on applique une peine qui dépasse la peine la plus forte; mais la loi fixe une limite à l'élévation de la pénalité; elle fait du concours une circonstance aggravante.

531. Le système du cumul des peines repose sur le principe que l'auteur de plusieurs délits, étant plus coupable que l'auteur d'un seul délit, doit être puni en proportion du nombre d'infractions perpétrées. Seulement ce système n'est pas réalisable.

D'abord, le cumul des peines, même si les infractions sont peu graves, conduirait rapidement, quand il s'agit de la prison et d'un délinquant âgé, à la peine perpétuelle, et ferait rapidement de plusieurs peines temporaires une peine dépassant la durée de la vie moyenne du condamné.

Quand il s'agit d'amendes et que le délinquant n'est pas riche, le cumul aboutirait aisément à la confiscation des biens.

Ensuite, le cumul est impossible dans la plupart des crimes graves; on ne cumule ni les peines perpétuelles entre elles, ni une peine perpétuelle avec d'autres peines.

532. Le système de l'absorption (consacré jadis par le code d'inst. crim., art. 365) est fondé sur la considération que la peine la plus forte, suffisante pour punir le fait le plus grave, devait suffire pour la répression des faits moins graves. Seulement, si le premier est trop rigoureux, celui-ci est trop indulgent; il assure au coupable qui a commis un fait grave la certitude de l'impunité pour tous les autres faits; le juge, dès qu'il applique la peine la plus forte, a épuisé son droit et ne peut plus tenir compte des faits méritant une peine moindre.

533. Il n'y a qu'une seule solution pratique :

Puisqu'il est impossible d'additionner simplement les peines méritées pour chacun des délits et qu'il est impossible également de se borner à appliquer la peine la plus forte, il faut d'une part rester en deçà du total des peines cumulées et d'autre part aller au delà du maximum de la peine la plus forte. C'est donc faire du concours d'infractions une circonstance aggravante des faits qui entraînent la peine la plus forte et majorer le maxi-

imum de la peine la plus forte dans des limites à déterminer par la loi.

534. Cette mesure répond aux nécessités de la défense sociale. On punit plus sévèrement parce que le danger résultant de la perpétration d'une série d'infractions successives est plus grand que le danger résultant d'une seule infraction. Personne ne conteste que le récidiviste ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Or, personne ne peut contester non plus que l'individu qui a commis plusieurs infractions non encore jugées ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Deux ou trois infractions découvertes à la fois révèlent à coup sûr un penchant criminel au même titre qu'un casier judiciaire, et ce sont souvent les délinquants les plus redoutables qui parviennent le mieux à échapper, pendant une certaine période de temps dont ils profitent, à toute poursuite criminelle (1).

535. A ceux qui soutiennent qu'envisager le concours d'infractions comme une circonstance aggravante, c'est accroître le pouvoir arbitraire du juge, il suffit de faire remarquer qu'on obvie à cet inconvénient en rendant l'aggravation obligatoire, en admettant une aggravation progressive à mesure qu'il y a plus d'infractions concurrentes, et en mettant une limite au pouvoir d'aggravation.

§ 3. *Système du code pénal belge et vices de ce système.*

536. L'ancien droit consacrait en général le système

(1) ANDRÉAS URBYN, *Revue pénale suisse*, 1898, 11^e année, p. 71 à 80.

du cumul. Les législations modernes sont très partagées et très hésitantes (1).

Le code pénal belge dans ses articles 58 à 64 consacre un système mixte qui est tantôt le cumul indéfini (art. 58 à 64), tantôt le cumul restreint (art. 59 et 60), tantôt l'absorption simple (art. 61), tantôt l'absorption corrigée par la faculté d'aggravation accordée au juge (art. 62).

537. Quand il s'agit du concours de plusieurs contraventions de police, les peines sont toujours cumulées (art. 58).

La loi ordonne aussi (art. 64) le cumul illimité des peines de confiscation spéciale, quelles que soient les infractions concurrentes et alors même que le cumul des peines principales est interdit.

538. En cas de concours de plusieurs délits, on applique le principe du cumul avec une limite, c'est-à-dire (art. 60) que les peines sont cumulées sans qu'elles puissent excéder le double du maximum de la peine la plus forte.

En fixant comme limite le double du maximum de la peine la plus forte (2), le code suppose le concours de plusieurs délits différents. S'il s'agit de délits de même espèce, plusieurs vols simples par exemple, le cumul ne peut dépasser le double du maximum de la peine attachée à ce délit. Il s'agit, bien entendu, dans l'article 60, de toutes les peines d'emprisonnement et d'amende, comme des peines accessoires attachées aux délits.

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890, p. 50 et suiv., article de Lacoïnta.

(2) L'article 63 indique ce qu'il faut entendre par la peine la plus forte.

539. Il faut faire attention aux termes de l'article 60 qui, en somme, a pour but de restreindre et non d'étendre le pouvoir du cumul.

Un individu est prévenu de deux délits : tromperie et escroquerie (art. 498 et 496 du code pén.), passibles l'un d'un mois à un an, l'autre d'un mois à cinq ans d'emprisonnement.

Le juge ne peut, sous prétexte que le double du maximum est dix ans, prononcer une peine de dix ans de prison. Il doit d'abord cumuler les deux peines; il peut aller jusqu'à la somme des deux maxima, c'est-à-dire six ans et il peut prononcer six ans de prison parce que cette peine n'excède pas le double du maximum de la peine la plus forte.

Supposons au contraire que chacun des délits soit passible d'une peine maxima de cinq ans : escroquerie et vol simple (art. 496 et 463 du code pén.); le juge peut frapper d'une peine de dix ans de prison, parce que ces dix ans sont le produit du cumul des deux peines et que ce produit ne dépasse pas le double du maximum de la peine (1).

Donc le code enjoint au juge d'abord de cumuler et ensuite quand la somme des peines dépasse le taux fixé par l'article 60, de retrancher une partie du produit du cumul. Mais on voit que le seul cas où l'on soit certain de pouvoir appliquer le système du cumul, c'est le cas où il n'y a que deux infractions. Dès qu'il y a plus de deux infractions, il est possible que le juge, en appliquant le principe, dépasse la limite légale du double du

(1) NYPELS, *Législ. crim.*, t. 1^{er}, p. 112.

maximum et dès lors la disposition de l'article 60 devient restrictive du cumul et est avant tout modératrice.

540. Quand il s'agit du concours d'un ou de plusieurs délits avec une ou plusieurs contraventions (art. 59 du code pén.), toutes les amendes et les peines de l'emprisonnement correctionnel sont cumulées dans les mêmes limites du double du maximum de la peine la plus forte.

Il résulte de ce texte obscur que, dans l'hypothèse prévue à l'article 59 du code pénal :

a. Toutes les amendes de police ou correctionnelles, accessoires ou principales, sont cumulées dans les limites indiquées à l'article 60 du code pénal;

b. L'emprisonnement correctionnel absorbe l'emprisonnement de simple police;

c. Les peines correctionnelles sont cumulées dans les mêmes limites de l'article 60 du code pénal.

541. En cas de concours d'un crime avec un ou plusieurs délits, ou avec une ou plusieurs contraventions, la peine du crime est seule prononcée (art. 61 du code pén.).

Ici le principe de l'absorption triomphe avec tous ses inconvénients. La peine du crime absorbe les peines correctionnelles et de police, quels que soient le nombre et la gravité des faits concurrents. C'est-à-dire que l'existence de ces faits ne constitue même pas une circonstance aggravante, puisque le juge ne peut dépasser le maximum de la peine du crime. Sauf le cas où la peine du crime est perpétuelle, c'est donc l'impunité accordée à toutes les autres infractions.

542. En cas de concours de plusieurs crimes, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine

pourra même être élevée de cinq ans au-dessus du maximum si elle consiste dans les travaux forcés, la détention à temps ou la reclusion (1) (art. 62 du code pén.).

Le législateur proclame, même en cas de concours de crimes, la règle de l'absorption. Si le moins grave des crimes concurrents entraînait une amende outre la peine principale, le juge ne pourrait joindre cette amende à la peine du crime le plus grave : la peine la plus forte serait *seule* prononcée (2).

Cette règle qui met sur la même ligne l'agent qui n'a commis qu'un crime, celui qui a commis un crime avec plusieurs délits et plusieurs contraventions et celui qui a commis plusieurs crimes, choque le bon sens et l'esprit de justice, dès que la peine la plus forte n'est pas une peine perpétuelle.

Aussi la loi autorise le juge à majorer le maximum de la peine temporaire et cette majoration peut atteindre cinq années. Mais ce n'est là qu'une faculté et le juge qui pratique purement et simplement le système de l'absorption ne viole pas la loi.

543. L'ensemble de ces dispositions est illogique et compliqué; la tâche du juge est encore rendue plus difficile quand il a à combiner le concours d'infractions soit avec les circonstances atténuantes, soit avec la circonstance aggravante de la récidive.

544. Lorsque l'agent coupable qui se présente pour répondre de différentes infractions non encore jugées

peut invoquer le bénéfice de circonstances atténuantes, la réduction doit s'opérer différemment, suivant l'espèce d'infractions concurrentes (1).

S'il ne s'agit que d'un concours de contraventions ou bien d'un concours de délits entre eux, ou bien encore d'un concours de délits et de contraventions, c'est-à-dire s'il y a à appliquer le principe des circonstances atténuantes à une certaine quantité de peines de police ou de peines correctionnelles auxquelles s'ajoutent des peines de police, le juge réduit d'abord chaque peine séparément.

Pour le cas où il n'y a en présence que des peines de police, on ne rencontre aucune difficulté; en vertu de l'article 58, le coupable encourt autant de peines réduites qu'il y a de contraventions.

Pour le cas où il y a en présence des peines correctionnelles et de police ou des peines correctionnelles seulement, le juge réduit d'abord chaque peine séparément, puis il applique aux peines ainsi réduites les règles de l'article 60 du code pénal, c'est-à-dire que si la somme des peines dépasse le maximum déterminé par la loi, il retranche l'excédent (2).

S'il s'agit des hypothèses prévues aux articles 61 et 62 du code pénal, c'est-à-dire des cas où l'on applique la peine la plus forte, la cour d'assises détermine d'abord dans son arrêt la peine criminelle que devrait subir l'ac-

(1) HAUS, *op. cit.*, t. II, p. 198.

(2) Haus recommande ce système comme étant le plus simple, mais reconnaît qu'il n'y a rien d'illégal à faire d'abord le total des peines et à réduire ensuite, à raison des circonstances atténuantes, le total ainsi obtenu.

(1) Ces derniers mots n'ont aucune utilité, car en dehors de la peine de mort ou des peines perpétuelles, il n'y a pas d'autres peines criminelles que celles qui sont mentionnées dans le texte de l'article 62.

(2) NYPELS, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 115.

cusé abstraction faite des circonstances atténuantes et réduit ensuite la peine conformément aux dispositions des articles 80 et suivants du code pénal.

545. Une loi du 26 décembre 1881 rend encore le système plus irrationnel.

La loi du 4 octobre 1867 permet à la chambre des mises en accusation de renvoyer devant le tribunal correctionnel l'auteur d'un crime si elle estime qu'il y a lieu, à raison d'une excuse ou d'une circonstance atténuante, de n'appliquer qu'une peine correctionnelle. Le fait devient alors, en vertu de l'article 1^{er} du code pénal, un délit et les dispositions des articles 59, 60 et 61 du code pénal, relatives aux délits, devraient s'appliquer aux crimes correctionnalisés.

Or, la loi du 26 décembre 1881 (1) décide que le cumul ne s'applique pas aux crimes correctionnalisés en vertu de circonstances atténuantes; qu'il y ait ou non concours de crimes correctionnalisés, les juges peuvent ramener les peines d'emprisonnement prononcées du chef de ces divers crimes à une seule peine d'emprisonnement réduite au minimum fixé par les deux derniers paragraphes des articles 80 et 81 du code pénal. Le pouvoir d'atténuation est donc plus fort en présence d'un concours de crimes transformés en délits qu'en présence d'un concours de délits normaux.

546. Lorsque le concours d'infractions se combine

(1) Elle porte : Dans les cas prévus aux deux derniers paragraphes des articles 80 et 81 du code pénal, c'est-à-dire dans les cas de crimes punissables de peines correctionnelles à raison de l'admission de circonstances atténuantes, la peine des travaux forcés, celle de la reclusion et celle de la détention, qu'il y ait ou non concours d'infractions, peuvent être modifiées ou réduites au minimum fixé par ces paragraphes.

avec la récidive, c'est-à-dire lorsqu'une personne condamnée antérieurement à une peine criminelle, ou à une peine correctionnelle d'un an au moins, commet une nouvelle série d'infractions non encore jugées, le juge doit de nouveau se livrer à un calcul théorique pour établir la pénalité légale.

Les difficultés surgissent quand la circonstance aggravante de la récidive vient se joindre, soit au concours de délits, soit au concours de crimes.

Quand la récidive se combine avec le concours de délits, le juge détermine d'abord séparément la peine qui, eu égard à la circonstance aggravante, lui paraît devoir être appliquée à chacun des délits concurrents. Ces peines sont ensuite réunies sans que l'on puisse jamais dépasser la limite fixée par l'article 60 du code pénal. Si le total dépasse cette limite, la réduction s'opère.

Quand la récidive se joint au concours de crimes, la peine la plus forte est seule prononcée; mais à raison de la récidive, la cour peut aggraver cette peine, conformément à l'article 54 du code pénal. De plus, à raison du concours, elle peut (art. 62 du code pén.) élever encore de cinq ans la peine déjà majorée (1).

§ 4. Remarques spéciales.

547. Signalons que, même dans les cas où la loi consacre l'absorption des peines, elle ne défend jamais le cumul des poursuites et que, pour appliquer les textes

(1) Voy., pour les détails, HAUS, *op. cit.*, t. II, n° 932, et NYPELS, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 113 et 116.

des articles 58 et suivants du code pénal, il importe peu que les infractions commises par le même agent soient jugées simultanément ou successivement par le même tribunal ou par des tribunaux distincts. La seule condition indispensable, c'est qu'il n'y ait pas encore, pour l'une de ces infractions, une condamnation irrévocable, car, si une condamnation est intervenue, il n'y a plus concours d'infractions, il y a récidive.

Signalons encore qu'en consacrant toujours le cumul pour la peine accessoire de confiscation spéciale (art. 64 du code pén.), le législateur n'a pas interdit d'une façon absolue le cumul des autres peines accessoires. Dans les cas de concours entraînant le cumul des peines, le tribunal doit conserver à chaque peine principale la peine accessoire que la loi y attache, quand cette peine accessoire est obligatoire (1).

Pour les cas de concours qui exigent l'application de la peine la plus forte, les textes disent (art. 61 et 62 du code pénal) que la peine la plus forte sera *seule* prononcée. Cette peine doit être prononcée telle que la loi la détermine, avec ou sans accessoire. L'interdiction des droits sera souvent obligatoire (art. 31 et 32 du code pén.).

Les articles 58 à 65 sont applicables aux matières spéciales.

547 bis. L'on voit combien ces règles manquent de méthode et de simplicité. Elles engendrent de nombreuses controverses; elles font perdre aux tribunaux un temps précieux. Les juges ont à se livrer à des calculs compli-

qués, à des supputations qui constituent de véritables chinoiseries. Et cette arithmétique bizarre n'a aucune utilité; elle ne répond en rien aux intérêts bien entendus de la défense sociale; elle n'oppose pas un obstacle quelconque à la criminalité. Il serait beaucoup plus naturel de faire du concours des infractions une circonstance aggravante (1).

(1) Le code pénal du Congo (*Bull. officiel*, 1898, art. 41) dispose qu'en cas de concours d'infractions la peine la plus forte sera seule prononcée. La législation pénale congolaise ne consacre pas la division tripartite des infractions en crimes, délits, contraventions, et a donc pu simplifier les règles relatives au concours; elle n'a cependant pas été assez sévère puisqu'en cas de concours d'infractions elle ne permet pas de dépasser le maximum de la peine la plus forte et qu'il est des cas où il paraît conforme à la justice de dépasser ce maximum.

(1) Ce cas est rare. Voy., par exemple, art. 313, § 2, du code pénal.