

COURS

DE

**DROIT CRIMINEL FRANÇAIS**

PAR

**J.-A. ROUX**

PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL À L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Deuxième édition

revue et augmentée

TOME I

**DROIT PÉNAL**

SOCIÉTÉ ANONYME  
DE

**RECUEIL SIREY**

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup>

LÉON FENIX, Directeur de la Librairie

1927

IMPRIMERIE  
CONTANT-LAGUERRE



BRUXELLES

COURS  
DE  
DROIT CRIMINEL FRANÇAIS

I  
DROIT PÉNAL

## PRÉFACE DE LA SECONDE ÉDITION

---

L'ouvrage qui est réédité, est et n'est pas celui qui a été publié il y a quelques années.

Il est celui-ci, parce qu'il en reproduit l'ordre général, la méthode et les principes d'exposition et qu'il en a conservé de nombreuses parties.

Et, il n'est pas celui-ci, parce qu'il comprend des développements beaucoup plus amples, un appareil de notes et de références plus abondant, rappelant ou résumant le travail d'annotation d'arrêts criminels parus dans le *Recueil* de Sirey pendant ces sept dernières années; et que plus que lui, comme étant plus complet, il s'efforce de dégager le système de notre droit pénal français.

Mais, au moment de déposer la plume qui l'a écrit, une inquiétude nous vient. L'exposition de ce système y est-elle claire? Ne faut-il pas pour cela indiquer aussi quelle a été sa marche et quelles furent les tendances générales du droit pénal français depuis la mise en vigueur des Codes criminels? Un système, en effet, n'est pas une création arbitraire d'un moment. Il a une cause, et il puise ses traits essentiels dans les sources vives d'inspiration de la législation.

Or, on a peut-être donné à la lutte entre les écoles philosophiques qui se sont succédées au cours du XIX<sup>e</sup> siècle une importance trop exclusive. Si grande qu'ait été celle-ci, on ne peut pas tout expliquer par elle; et, il y a lieu de faire place à une autre idée, qui ne doit pas être négligée : la crise de l'autorité.

Le droit pénal met aux prises deux principes opposés : le principe d'autorité, dont la société doit user pour protéger l'ordre public, et le principe des droits de l'individu que menace la poursuite pénale. Or, c'est un fait qui permet de comprendre

bien des transformations que l'on peut apercevoir dans nos Codes, et plus encore dans leur application, que depuis plus d'un siècle que ceux-ci sont en vigueur, le principe dont la société est dépositaire est allé sans cesse en s'émiettant.

Il s'est affaibli entre les mains du législateur qui, craignant de paraître rigoureux, a multiplié les institutions de pardon, brisé la force de la loi pénale par l'abus qu'il a fait des lois d'amnistie, et s'est de plus déchargé, dans bien des cas, sur le juge de la solution de problèmes qu'il n'osait pas résoudre lui-même. Et son affaiblissement s'est continué entre les mains des magistrats, qui ont hésité à user de la totalité des pouvoirs répressifs qui leur étaient attribués et qui ont prononcé des peines de moins en moins sévères, ainsi que dans celles des jurés, dont l'importance a grandi et qui ont accordé toujours plus libéralement les déclarations de circonstances atténuantes, sans pour cela cesser de prononcer des acquittements en faveur d'accusés convaincus de leurs crimes.

La crise de l'autorité est certaine; elle est intense. Rien ne mesure mieux sa grandeur que la proposition qui est aujourd'hui faite d'instituer en matière criminelle le jury maître de la peine, c'est-à-dire de remettre à douze citoyens, pris au hasard et choisis sans examen, une fonction qui demande autre chose qu'un simple bon sens, et qu'autrefois le législateur se réservait et qu'il prétendait être seul en état de remplir.

Certains pensent que cette crise est due à la forme démocratique du gouvernement et que dans les démocraties le ressort des lois pénales n'a pas besoin d'être aussi tendu que dans les États monarchiques. Nous l'ignorons. Mais, ce que nous croyons pouvoir dire, c'est que tant que durera cette crise, l'effet que l'on attend de la répression pénale pour maintenir l'ordre social se produira mal, et que l'on assistera à une progression ascendante de la criminalité. Et nous pouvons ajouter ceci encore, qu'après le cataclysme qu'a provoqué la guerre mondiale, le principe d'autorité est plus que jamais nécessaire pour redresser une société bouleversée et la replacer sur une base solide en droit pénal, — et aussi ailleurs.

Strasbourg, janvier 1927.

# COÛRS

## DE DROIT PÉNAL FRANÇAIS

### INTRODUCTION

#### I

#### LE PROBLÈME DE LA CRIMINALITÉ.

BIBLIOGRAPHIE : E. Ferri, *La sociologie criminelle*, Paris, 1905, p. 112 et suiv.; — Lombroso, *L'homme criminel*, 2 vol., Paris, 1895; — G. Tarde, *Criminalité comparée*, Paris, 1886; — Maudsley, *Le crime et la folie*, Paris, Alcan; — A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1910; — H. Verger, *L'évolution des idées médicales sur la responsabilité des délinquants*, Paris, 1923; — Roux, *Répression et prévention*, Paris, 1922.

#### § 1<sup>er</sup>.

#### *La criminalité.*

Chaque année, les parquets des tribunaux de première instance reçoivent de 5 à 600.000 procès-verbaux, plaintes ou dénonciations<sup>1</sup>. C'est l'immense clameur adressée à la justice par tous ceux qui ont été victimes ou témoins d'une infraction.

Bien que ce chiffre comporte des corrections nécessaires<sup>2</sup>, les unes en plus et les autres en moins, il montre d'une manière saisissante l'importance de la tâche que la justice répressive a à remplir, et la grandeur du dommage que les criminels causent à la société.

Et ce qui est grave, c'est le perpétuel renouvellement des crimes et des délits, c'est la répétition avec laquelle les infractions se reproduisent annuellement, dans le même ordre, et souvent dans les mêmes saisons.

1. En 1911 : 591.141; en 1912 : 607.886; en 1913 : 584.492.

2. V. Roux, *Répression et prévention*, p. 17 et suiv.

C'est ce qui faisait dire à Quetelet, que s' « il y a un budget qui se paye avec une régularité effrayante, c'est celui des prisons, des galères, de l'échafaud », et à son disciple, Dufau, que « chaque année, il se produit, au sein d'une population, un nombre presque égal de faits criminels, qui se distribuent d'une manière presque constante, suivant l'âge, le sexe et les diverses circonstances de la vie sociale ».

En fait, la constance affirmée par Quetelet et Dufau ne se rencontre pas; pas plus que n'est prouvée la prétendue loi de saturation criminelle, formulée par Enrico Ferri, « qu'il se commet chaque année, dans un milieu social donné, avec des conditions individuelles et physiques données, un nombre déterminé de délits, pas un de plus, pas un de moins<sup>3</sup> ».

Mais, ce que l'on peut admettre, c'est que la criminalité est réglée par des lois qui en déterminent la marche. On aurait tort de voir dans son développement l'œuvre incertaine du hasard. Le simple fait de son énormité montre que l'on est en présence d'un *phénomène social*, qui, comme les autres phénomènes de la vie en commun, est soumis à des règles.

#### *Causes de la criminalité.*

D'où vient donc la criminalité? Et pourquoi rencontre-t-on, dans la société, des hommes, qui font le mal, qui tuent ou qui volent, alors que le reste de l'humanité vit dans la paix, respectant le droit d'autrui et observant la loi du travail?

La question est importante, parce que de la solution qu'on lui donne dépendent logiquement le caractère, l'organisation et l'issue du combat de la société contre le crime.

Pendant longtemps, on a vu dans le délinquant un homme semblable aux autres hommes; et l'on imputait simplement ses crimes à l'ardeur excessive et déchaînée de ses passions.

Maintenant, on reconnaît que le délinquant n'est pas, en général, semblable aux autres individus; qu'il diffère, moralement ou physiologiquement, de l'honnête homme, sauf à varier sur la cause de ces différences.

Pour quelques-uns<sup>4</sup> le criminel est l'individu normal, c'est-à-dire celui qui vit suivant la nature, l'honnêteté étant une exception, et la vertu exigeant une contrainte exercée sur les appétits de l'être humain (Albrecht).

3. V. *Sociologie criminelle*, p. 230.

4. Pour tout ce qui suit, v. E. Ferri, *Sociologie criminelle*, p. 112 et suiv.

Plus couramment, on a prétendu que l'individu anormal était le délinquant, parce qu'il constituait une anomalie dans la société, comme il y forme une exception numériquement.

Et l'on a expliqué cette anomalie, tantôt par l'*atavisme* : l'homme criminel serait, par une régression formidable, un sauvage attardé dans la civilisation, le descendant de l'homme primitif, dont il a conservé le type, et dont il reproduirait les sentiments violents et cupides (Lombroso); — tantôt par la *dégénérescence* : la folie et la criminalité auraient une parenté rapprochée et une commune origine (Maudsley, Despine); — tantôt par l'*inaptitude de la vie en commun* : les délinquants seraient les individus qui sont dépourvus, partiellement ou complètement, des sentiments altruistes, indispensables pour vivre en société (Garofalo); — tantôt enfin par le *milieu social* : le délit, se transformant avec la civilisation, serait un produit du milieu malsain ou immoral, dans lequel vivent, surtout dans la classe populaire, un grand nombre d'individus (G. Tarde, Manouvrier, Lacassagne).

Mais, à ce qui semble, aucune des explications qui précèdent n'est satisfaisante, parce qu'elles sont toutes incomplètes. Et il est préférable d'attribuer la criminalité à l'action combinée de la nature, physique ou morale, de l'individu, et des conditions, économiques et sociales, qui s'exercent sur la volonté individuelle (E. Ferri, Garraud, Garçon).

Le crime a donc des *facteurs biologiques* et des *facteurs sociaux*<sup>5</sup>.

Sans doute, le prétendu atavisme de Lombroso n'est pas établi; il n'est pas non plus prouvé que les criminels soient tous des fous ou des dégénérés. Il n'en est pas moins avéré qu'un grand nombre de délinquants, surtout parmi les malfaiteurs d'habitude, présentent, acquises ou congénitales, des tares de dégénérescence, physiologique ou morale.

Cette dégénérescence a sa cause dans l'*hérédité*, et pour une proportion vraisemblablement plus forte, dans la  *paresse*, l'*alcoolisme* et la *débauche*.

Le criminel est souvent un défectueux. Mais, la responsabilité de cet état n'incombe pas toujours aux ascendants. Dans une large mesure, le délinquant est, par les vices qu'il se donne,

5. Quelques auteurs ajoutent encore, comme causes de la criminalité, des *facteurs physiques* ou *telluriques* : les climats et les saisons ont leurs crimes spéciaux comme ils ont aussi leurs maladies spéciales. V. E. Ferri, *Sociologie criminelle*, p. 174; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., 1, n<sup>o</sup> 11.

le propre artisan de sa déchéance, morale et ensuite physique. Ne voit-on pas dans une même famille, parmi des enfants élevés ensemble, un seul devenir criminel, quand les autres demeurent honnêtes? Et ne trouve-t-on pas fréquemment des malfaiteurs, qui sont issus de famille, où jusqu'à eux, il n'y avait eu ni délinquant ni aliéné? il est certain que l'homme, par la direction qu'il se donne, ou qu'il reçoit, ajoute aux prédispositions héréditaires.

Il est manifeste aussi qu'il existe des facteurs sociaux du crime, entendant sous ce terme des forces, qui, au lieu de s'exercer pour maintenir ou porter les individus vers l'union et l'observation de la morale, leur inspirent des idées de désordre, de haine et de mépris des lois.

Ce caractère de forces désagrégantes et dissolvantes appartient, à n'en pas douter, à l'école buissonnière, à la désorganisation de la vie de famille, produite ou développée par l'industrialisme, au divorce, ainsi qu'à la contagion de l'immoralité, provoquée par la débauche étalée dans la rue, dans la littérature, au théâtre, ou inoculée dans la famille par des parents criminels.

On doit reconnaître la même influence pernicieuse à la misère, au paupérisme, et spécialement aux conditions défavorables d'hygiène dans lesquelles vit la classe ouvrière, à l'exiguïté et à l'insalubrité de son logement, aux perturbations économiques apportées à l'existence de cette partie de la population, qui n'a d'autres ressources que son travail, et, plus accidentellement, aux révolutions politiques.

#### *Influence des facteurs criminogènes. Classification des criminels.*

Aucun des facteurs qui précèdent ne possède une valeur absolue : on peut être pauvre et demeurer honnête, vivre dans un taudis et rester vertueux, être fou ou épileptique et n'être jamais dangereux pour personne.

A l'exception de cas pathologiques particuliers assez rares, le crime n'est donc la conséquence fatale ni d'une cause biologique, ni d'une cause sociale. Celles-ci produisent simplement des milieux favorables à la formation de la pensée criminelle, à sa réception et à son développement : elles sont les conseillères de la volonté, ses instigatrices écoutées, et souvent toutes puissantes.

Leur influence explique la diversité des infractions commises. (*criminalité violente et criminalité frauduleuse*).

Elle rend également compte de la diversité des criminels. Les

délinquants, en effet, ne diffèrent pas seulement des honnêtes gens; ils diffèrent aussi profondément entre eux.

C'est la prédominance des facteurs biologiques, et par conséquent des tares physiologiques, que l'on aperçoit chez les *aliénés criminels*, qui ne comprennent pas seulement les déments, dont les divagations prouvent l'altération de la raison, mais aussi les fous moraux, dont la maladie demeure cachée derrière une apparence d'intégrité de l'intelligence, les épileptiques et les névropathes; chez les *défectueux* (idiots, mendiants et vagabonds) et chez les *alcooliques*. Peut-être, faut-il ranger encore sous cette influence, les *criminels impulsifs* ou *criminels par passion*, qui accomplissent leur infraction sous l'impulsion d'une vive passion, d'un sentiment violent : comme un amour méconnu ou outragé.

Ce sont au contraire les facteurs sociaux, qui l'emportent chez les *criminels politiques*, quoiqu'on les ait parfois rapprochés des demi-fous, et surtout dans la foule innombrable de délinquants, qui ne présentent pas de tares physiologiques multiples ou accusées, et qui commettent leur délit plus par accident que par perversité naturelle : d'où leur nom de *criminels d'occasion* ou *d'accident*.

Enfin, dans une mesure qui varie avec chaque individu, les facteurs biologiques et les facteurs sociaux se mêlent chez les *malfaiteurs de profession* et les *délinquants d'habitude*. A leur égard, il n'y a plus d'uniformité. L'habitude criminelle a tantôt son origine dans la perversité innée de l'individu, que le milieu renforce simplement; tantôt elle a sa cause dans le milieu; et les tares physiologiques surviennent après.

On aperçoit aisément toute l'importance que présente la connaissance des facteurs criminogènes. Il ne peut y avoir de lutte méthodique contre les criminels, qu'à la condition de savoir préalablement ce qu'ils sont, où ils se recrutent, et pour quelles causes ils sont devenus les ennemis de la société. Jusque-là, il ne peut y avoir qu'une défense empirique, incertaine, et par conséquent peu efficace.

Aussi, convient-il de compléter la notion de la criminalité par deux autres observations.

#### *Criminalité générale et criminalités spécifiques.*

Quoiqu'on parle souvent de la criminalité d'une manière générale, il n'y a pas en réalité dans une société une criminalité

unique : il y a des *criminalités spécifiques*. Chaque âge, chaque sexe, chaque condition, chaque profession apportent un contingent différent d'auteurs de crimes ou de délits.

Ainsi, au point de vue de l'*âge*, la courbe de la criminalité, qui s'élève à partir de la naissance, d'abord lentement, puis brusquement, atteint son maximum entre l'âge de dix-neuf ans et celui de vingt-cinq ans; après ce moment, elle va en déclinant progressivement.

En ce qui concerne le *sexe*, la criminalité masculine est de 6 à 7 fois supérieure à la criminalité féminine. Ce serait cependant une erreur d'en déduire que la femme est plus vertueuse que l'homme : ses causes de chutes sont seulement moindres ou plus dissimulées<sup>6</sup>. Il paraît donc plus exact de considérer les deux criminalités comme ayant des domaines différents. Il y a, en effet, des crimes et des délits masculins, et d'autres qui sont presque exclusivement commis par les femmes, comme les infractions à la loi sur la protection des nourrissons, les suppressions ou expositions d'enfants, et naturellement les avortements et les infanticides.

La criminalité varie également avec la *profession*, pour être plus forte parmi les marins, les ouvriers d'usine ou les journaliers, dans ces classes de la population, où précisément la misère et l'alcoolisme exercent leurs ravages; — avec l'*état civil*, pour donner une plus grande proportion de criminels chez les célibataires, les veufs et les divorcés que chez les gens mariés; — et avec le *domicile*, pour attribuer un plus grand nombre d'infractions à la population urbaine, surtout dans les grandes agglomérations ouvrières et les centres industriels, qu'à la population rurale<sup>7</sup>.

6. Il est manifeste que la femme a de moindres facilités que l'homme pour commettre un crime. La cause en est dans sa *faiblesse musculaire* et sa *moindre agilité physique*, qui lui interdisent certaines catégories d'infractions; dans ses *grossesses* et ses *maternités* successives, qui diminuent pour elle dans l'année le nombre de jours où elle pourrait délinquer; dans sa *vie*, qu'elle mène plus retirée à l'intérieur du foyer; dans sa *nature plus sensible*, plus émotive et plus timide, qui la détournent des actes sanglants et violents. Chez elle le maximum de criminalité apparaît aussi à un âge plus reculé (entre trente et quarante ans, au lieu de vingt et un à vingt-cinq ans chez l'homme). Comp. H. Leslie, *De la criminalité des sexes* (Arch. d'Anthrop. crim., 1910, p. 401 et suiv.).

7. On a beaucoup discuté sur la criminalité comparée des populations urbaine et rurale. A ce qu'il semble, il serait inexact, pour la traduire dans sa réalité, de l'emprunter aux chiffres des statistiques. Il n'est pas, en effet, prouvé que la proportion des crimes impoursuivis par rapport aux crimes commis soit la même ici et là. Tout porte au contraire à croire qu'il y a à la campagne une plus forte proportion d'infractions non poursuivies, due à une *police* moins nombreuse, à l'*absence de*

Il n'est pas jusqu'à l'*origine* qui n'exerce une influence sur la criminalité. Proportionnellement, on constate plus de délinquants parmi les étrangers que parmi les Français; et plus parmi les individus, originaires d'autres départements et déracinés, que parmi ceux qui n'ont pas quitté leur lieu de naissance<sup>8</sup>.

*Criminalité dévoilée et criminalité réelle.*

L'autre observation, qui est également d'un grand intérêt, c'est qu'il faut distinguer la criminalité poursuivie et la criminalité réelle. La *criminalité poursuivie* est celle dont la justice connaît les méfaits et frappe les auteurs : c'est la criminalité punie; elle peut être exactement appréciée par les statistiques criminelles que l'administration de la justice dresse chaque année depuis 1825.

On ignore au contraire la *criminalité réelle*, qui, en outre des crimes et des délits poursuivis, comprend toutes les infractions dénoncées, mais non poursuivies, parce que leurs auteurs sont demeurés inconnus<sup>9</sup>, et le nombre insoupçonné des infractions, qui restent cachées, parce que les faits qui les constituent, attribués à des accidents ou à des causes licites, échappent complètement aux regards de la justice : c'est la « criminalité triomphante », celle qui est victorieuse de la société. Sans qu'on puisse la mesurer, tout laisse croire qu'elle est considérable<sup>10</sup>.

dénonciation tenant à la crainte de représailles, à l'indifférence et à la grossièreté plus grande des paysans. On peut néanmoins admettre comme certaine la supériorité de la criminalité urbaine soit à cause de la présence dans les villes de facteurs de débauche ou de démoralisation plus puissants qu'à la campagne (*alcoolisme, prostitution, chômage, luxe*, etc.), soit à raison de l'impossibilité ou de la quasi-impossibilité de commettre un certain nombre d'infractions à la campagne (par exemple l'*infanticide*, l'*avortement*, qui supposent pour s'assurer l'impunité une dissimulation préalable de grossesse, diverses variétés de vols et beaucoup d'autres délits), soit enfin parce que la ville garde ses criminels après l'exécution de leurs peines, tandis que la campagne lui envoie les siens.

8. Sur la répartition des criminels par rapport au sexe, à l'âge, à l'état civil, au domicile et à la profession, v., à titre d'exemple, le *Compte général de la justice criminelle pour 1910*, Rapport, p. xi. Cette répartition s'opère chaque année d'une façon régulière.

9. Connues comme nombre par les procès-verbaux ou les plaintes, ces infractions demeurent inconnues au point de vue de leurs auteurs. Or ces deux données sont nécessaires pour avoir une notion de la criminalité.

10. V. Roux, *Répression et prévention*, p. 19 et suiv. — Pour en donner seulement une idée : en 1912, 107.209 affaires ont été classées sans suite par les parquets ou abandonnées par les juges d'instruction, parce que les auteurs des infractions sont demeurés inconnus; et 65.712 autres affaires l'ont été par ces autorités et les chambres des mises en accusation, parce que les charges recuei-

## II

## LES SOLUTIONS DU PROBLÈME DE LA CRIMINALITÉ.

## § 2.

C'est en faisant état des notions qui précèdent, que le problème soulevé par la criminalité doit être examiné.

Par la présence de délinquants dans son sein, la société a l'obligation de se défendre. La criminalité est un fait et constitue un danger. La société n'a pas à chercher longuement si le droit de punir est légitime, et d'où lui vient ce droit. Un péril la menace, auquel elle doit répondre, si elle ne veut pas périr.

Ce qui peut être mis en question, c'est moins le droit de défense de la société, qui est indiscutable, que sa limitation.

Ou ne saurait, en effet, logiquement l'assimiler à la réaction, que tout organisme vivant oppose à l'action d'un corps étranger, et par laquelle il tend à neutraliser, ou à éliminer, ce qui nuit à sa conservation.

Cette opinion, soutenue par les positivistes (E. Ferri), est inexacte, parce qu'elle repose sur une comparaison qui ne paraît pas juste. Entre deux animalcules étrangers, il n'y a pas, en effet, de droit : il n'y a que la lutte pour l'existence, où le plus fort l'emporte sur le plus faible. Au contraire, la circonstance que les malfaiteurs sont des hommes, qu'ils font partie de la société, et qu'ils sont, malgré leur indignité, membres de celle-ci, fait qu'ils possèdent des droits, et soumet la société, qui combat leurs entreprises, à des obligations qui n'existent pas au premier cas. On ne se défend pas contre son semblable, comme on se préserve du froid, de la maladie, du poison, ou d'une bête féroce.

La lutte contre la criminalité ne doit donc pas être une simple réaction de la force sociale. Elle doit être une *action organisée*, régularisée, qui tient compte à la fois du besoin de la société de se protéger, et des droits de l'individu, qui sont respectables même chez les malfaiteurs.

Les contre les auteurs désignés de ces infractions étaient insuffisantes. En 1913, les chiffres respectifs ont été de 99.319 et 64.798. V. *Compte général de l'administration de la just. crim.*, années 1912 et 1913, tableaux XLIX et LI.

*Prévention et répression.*

Pour concevoir comment doit s'organiser cette action, il convient d'observer deux choses.

La première c'est que la criminalité poursuivie ne forme qu'une partie de la criminalité réelle; et que, pour n'être pas découverts, les délinquants n'en commettent pas moins des infractions, dont la société a à souffrir.

La seconde, c'est qu'il ne faut pas perdre de vue l'importance particulière, que possèdent dans la genèse des crimes les facteurs sociaux<sup>1</sup>.

Il devient alors évident que les moyens de combat contre le crime, pour être complets, doivent logiquement, et abstraction faite de toute considération sur l'efficacité du système répressif, revêtir une double forme.

Ils doivent, d'abord, emprunter la forme de la *prévention*, et consister notamment en mesures d'hygiène sociale, afin de s'attaquer aux facteurs de la criminalité, de diminuer leur virulence, et, par là, d'atteindre cette criminalité triomphante, qui ne peut être directement combattue, puisqu'elle sait demeurer cachée. Prévenir le crime est, au point de vue de la paix sociale, aussi nécessaire et aussi indispensable, que l'est, au point de vue de la santé, le fait d'éviter la maladie au moyen d'une bonne hygiène<sup>2</sup>.

Ils doivent ensuite prendre la forme de la *répression*, et comporter des mesures de souffrance, infligées aux délinquants arrêtés, afin que le mal qu'ils subissent, les éloigne de la perpétration de nouvelles infractions, et serve d'exemple à ceux qui seraient tentés de les imiter. En réprimant, on ne s'occupe plus des causes de la criminalité, mais seulement des criminels : c'est de la thérapeutique que l'on essaye.

Le droit pénal est la partie de l'action organisée de la lutte contre la criminalité, qui emprunte la forme répressive, et tend, au moyen de souffrances (*peines*), à protéger la paix publique. Il est aussi cette partie de la défense sociale, qui, en supposant la condition d'un délit commis, tend au moyen de mesures de redressement ou de protection (*mesures de sûreté*) à prévenir la rechute du délinquant.

L'exposé qui précède, montre que ce ne sont pas les seuls moyens, ni même les meilleurs que la société possède pour se

1. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 13.

2. V. Roux, *Répression et prévention*, p. 163 et suiv.

défendre. C'est d'eux seuls néanmoins, et des principes qui les régissent, qu'il sera désormais question.

## § 3.

*La solution répressive.*

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1886, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 161-216; — R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1909; — Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1913, t. 1<sup>er</sup>, §§ 1-VI; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1921, n<sup>os</sup> 41-60; — Roux, notes dans S. 1912.1.417; et 1922.1.281.

*La lutte des écoles.*

La solution répressive de la criminalité n'a pas toujours été considérée de la même manière. Les conceptions philosophiques sur le droit de punir, et la connaissance plus exacte du monde des criminels l'ont influencée<sup>1</sup>.

Pendant des siècles, la répression pénale fut la manifestation de la vengeance privée, puis de la colère divine (Domat, Jousse) : elle fut barbare, excessive et cruelle.

Ce n'est qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sous l'action des doctrines philosophiques, que le droit criminel s'est humanisé. L'exemplarité et l'intimidation restèrent en honneur; mais il vint s'y ajouter l'idée de correction comme but de la peine; et c'est cette idée, qui s'est développée, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, avec les théories pénitentiaires.

La Révolution ayant sécularisé la société, il fallut donner un fondement au droit pénal en dehors de celui tiré de la justice divine. Tour à tour, on le demanda à la supposition d'un *contrat*, qui devait intervenir, pour l'application d'une peine en cas de désobéissance à la loi, entre la société et le délinquant ou sa victime (J.-J. Rousseau); — à l'utilité même de la *défense sociale* (J. Bentham); — et surtout à l'idée du *droit* réagissant contre la violation qui en est la négation (Kant). Dominée par les principes contenus dans la Déclaration des Droits de l'homme, la peine fut déterminée par les deux notions de nécessité et de justice.

C'est sur ces bases que l'*École classique* s'est édifiée. Continuant à faire du droit criminel une étude juridique et abstraite,

1. V. sur ces systèmes, notamment Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>os</sup> 35 et suiv.

elle se rattache directement aux grands juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle, mais elle extirpe de leurs théories tout ce qui est contraire au droit public moderne formulé par la Révolution (suppression de l'arbitraire dans les lois pénales, condamnations pénales fixes, peines individuelles, responsabilité morale comme condition de l'imputabilité). Malgré les horizons qu'une notion plus approfondie de la responsabilité morale aurait pu dégager, l'École classique, faute de connaissances précises sur le monde des criminels, est restée dans le dogmatisme abstrait, loin de la réalité vivante, asservie à la lettre des codes criminels, et envisageant la lutte contre la criminalité plutôt comme un combat contre le délit, que comme une défense contre le délinquant.

C'était perdre de vue que le danger que court la société, a sa cause, non dans le délit, mais dans son auteur. Aussi, en face d'elle, s'est opposée depuis une quarantaine d'années environ l'*École moderne*, dite aussi *École positiviste*, parce qu'elle s'inspire des principes de la philosophie positive. Partant d'études sur les criminels, et d'une tendance manifeste à expliquer les phénomènes psychiques de la même manière que les phénomènes physiologiques, elle a nié l'existence du libre arbitre, combattu le principe de la responsabilité morale, qu'elle a considéré comme pratiquement insondable et théoriquement erroné, vu dans les criminels des malades, et assimilé le droit pénal à la science médicale. Elle a donc assis le devoir de punir sur la seule idée de défense, transformant les châtiments en mesures de sûreté ou d'assistance, et les prisons en asiles et en hospices. La lutte contre le criminel remplaçait la lutte stérile contre le délit : le délinquant devait être frappé, non pour ce qu'il avait fait, mais pour ce qu'il était, en proportion du danger qu'il faisait courir à la paix sociale à raison de son état; et, comme le juge ne pouvait pas apprécier la durée de cet état dangereux, l'arbitraire dans les peines réapparissait sous le nom de sentences indéterminées (Lombroso, Ferri, Garofalo, van Hamel)<sup>2</sup>.

Actuellement, une pénétration s'est faite entre les deux écoles.

2. Si l'école positiviste est devenue surtout italienne par l'importance de ses représentants modernes, il convient de rappeler qu'elle a cependant une origine française plus lointaine dans l'enseignement que Gall donna à l'Athénée de Paris dès 1822, et dans les théories expérimentales, que professèrent à une époque plus rapprochée Auguste Comte et Claude Bernard. V. Laborde-Lacoste, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile*, th. 1918, p. 78 et suiv.

L'Ecole classique, devenue l'*Ecole néo-classique* (ou mieux *Ecole éclectique*), tout en demeurant fidèle au principe de la responsabilité morale, a fait siennes plusieurs idées, mises en lumière par l'Ecole positiviste. Instruite par l'expérience, elle reconnaît toute l'importance du facteur humain dans l'infraction, admet la nécessité d'une classification des criminels, et accepte de faire varier la peine, en tenant compte de leur nature, pour la faire indulgente à l'égard des délinquants occasionnels, énergique et sévère à l'encontre des récidivistes et des malfaiteurs d'habitude (Garraud, Vidal, Saleilles, Garçon, Cuhe).

Pareillement, de l'Ecole positiviste s'est détachée, en Italie, sous le nom de *Troisième Ecole* (Terza Scuola), une école qui tout en demeurant sur le terrain de la science positive, distingue les phénomènes psychiques des phénomènes physiologiques, laisse au droit pénal sa personnalité propre, et refuse tout fatalisme dans les infractions (Alimena). Il ne serait même pas impossible de trouver chez certains positivistes, comme par exemple chez Ferri, l'abandon de quelques conséquences extrêmes de leurs principes, et le maintien d'une violation matérielle de la loi pénale comme condition de la répression.

Dans la lutte des doctrines, qui persiste toujours, et qui peut être rattachée à une autre, plus ancienne et plus élevée, entre le matérialisme et le spiritualisme, on peut dire cependant, qu'à côté de nombreux points de désaccord, le délit, c'est-à-dire la manifestation extérieure de la violation de la loi pénale, demeure dans le droit théorique, comme il l'est dans le droit positif, le fondement de toute sanction répressive.

#### *Nature juridique de la solution répressive.*

Du moment qu'on ne peut pas refuser des droits aux délinquants parce qu'ils sont membres de la société, et peut-être aussi, parce qu'il est nécessaire de prévoir l'hypothèse où de paisibles citoyens seraient en butte à la tyrannie des Pouvoirs publics, on est conduit à donner à la répression pénale un caractère particulier, qui lui attribue une nature juridique.

Entre la société qui est victime de l'infraction, et le délinquant qui est l'auteur de celle-ci, s'établit un rapport, qui, par ses deux côtés, touche au droit : par son côté social, pour déterminer les cas, qui donneront lieu à une sanction pénale, et pour la mesurer; et par son côté individuel, pour en fixer les conditions d'application.

*La répression apparaît donc comme la sanction d'un droit violé, à ce titre comme l'accomplissement d'une œuvre de justice.*

La conception, que l'on s'est faite de cette justice, a pu varier. Il en a été de même du domaine, que le pouvoir social a cru devoir donner aux châtiments, ou des libertés individuelles, que, dans leur restriction même, il devait respecter. Mais, ce qui n'a point changé, c'est l'idée de la peine, que l'on a toujours considérée comme la sanction juridique d'un droit, privé ou public, violé par le délinquant<sup>3</sup>.

C'est à cause de ce caractère de sanction juridique, que le droit pénal est limité à la sphère des *biens*, tels que les définissent, ou les comprennent, les autres branches du droit. Pour qu'il intervienne, il faut donc préalablement un droit reconnu par la loi civile. C'est en ce sens qu'on a dit de lui, qu'il était le droit sanctionnateur des autres droits.

On a dégagé de cette fonction du droit pénal, la séparation, aujourd'hui complètement admise, de la loi pénale avec la loi morale, et de la loi pénale avec la loi religieuse.

Mais, l'idée est susceptible de conséquences plus considérables.

C'est ainsi que les sanctions pénales étant inadmissibles en dehors de la sphère des biens, on ne comprendrait pas la peine du vol appliquée à la soustraction de choses de la nature, qui ne sont pas appropriées.

C'est ainsi encore, que la règle « *de cogitatione nemo poenam patitur* », qui affranchit le for intérieur de toute recherche inquisitoriale, peut être justement rattachée au principe, qui limite le droit pénal à la protection des biens; car une pensée ne saurait léser un bien<sup>4</sup>.

Et, c'est ainsi enfin, mais sans y être obligé, que l'on a expliqué l'excuse de nécessité, par l'idée que l'auteur du délit nécessaire agit en dehors de la sphère du droit<sup>5</sup>.

#### *Caractère subsidiaire du droit pénal.*

Quelle que soit l'importance du droit pénal, ce n'est pas cependant, comme le droit privé ou le droit public, un droit principal; et on lui reconnaît au contraire le caractère de *droit subsidiaire*.

3. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 18 et suiv.

4. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 22.

5. Sur l'état de nécessité, v. *infra*, § 57.

Ce caractère, le droit pénal le possède doublement.

Il est subsidiaire d'abord dans le sens qui vient d'être indiqué. Sanction des autres droits, il ne *peut* pas les garantir avant leur établissement : la sanction doit nécessairement venir après la reconnaissance du droit à protéger. Toutefois, historiquement, lorsque le développement législatif du droit civil est entouré de difficultés, on rencontre quelquefois, comme en droit romain, une autre fonction du droit pénal, dans laquelle celui-ci sert, au moyen d'actions délictuelles, à faire respecter des rapports juridiques, qui ne sont pas encore munis d'actions civiles.

Le droit pénal est subsidiaire en ce sens encore, qu'à cause de leur rigueur, les sanctions pénales ne *doivent* intervenir que lorsqu'elles sont « strictement et évidemment nécessaires », c'est-à-dire devant l'insuffisance démontrée des autres sanctions, civiles ou administratives, à protéger le droit <sup>6</sup>.

C'est en se plaçant à ce second point de vue, que l'on a prétendu que l'histoire du droit pénal était une perpétuelle abrogation, les progrès de la morale et de la moralisation des mœurs rendant suffisant l'emploi de sanctions non pénales (Sumner Maine).

Mais, cette opinion, qui repose simplement sur l'importance relative des lois pénales et des lois civiles, naturellement peu abondantes dans les sociétés antiques, ne paraît pas fondée. Il est au contraire plus exact de penser, que la morale publique, en devenant plus exigeante, et le protectionnisme étatique, en progressant, ont fait établir un grand nombre de prescriptions nouvelles, dont la violation a été sanctionnée au moyen de peines. Le domaine du droit pénal s'est amplifié plutôt que rétréci, du moins quant aux infractions de moyenne ou faible gravité. S'il s'est réduit, c'est par le haut, pour les infractions très graves : ce qui permet de dire que l'histoire du droit pénal est, non pas une perpétuelle abrogation, mais une continuelle atténuation de sévérité <sup>7</sup>.

6. Ce caractère subsidiaire du droit pénal permet de résoudre certains points controversés. C'est ainsi que la jurisprudence prétend que le propriétaire commet un délit de chasse sur le terrain d'autrui, quand il chasse sur son propre terrain sans l'autorisation de la personne à qui il a cédé son droit de chasse (Cass., 12 janvier 1912, S. 1912.1.417); et un délit de bris de clôture, quand il déclare, avec une intention malveillante, la maison qu'il a louée à un tiers (Cass., 27 janvier 1922, S. 1922.1.281). Non, répondra-t-on; car le dommage que le propriétaire cause au concessionnaire ou locataire, en n'observant pas ses engagements, est suffisamment garanti par une action civile en réparation. La propriété répond de l'indemnité : une peine est inutile.

7. Cette atténuation a une double source : elle est d'abord l'œuvre du législateur, qui modifie, pour l'adoucir, la sévérité des peines : par exemple, diminution du

## § 4.

*Division du droit pénal.*

L'étude du droit pénal, considéré comme une branche des sciences juridiques, comporte logiquement les parties suivantes : 1° l'étude de ses sources; 2° l'étude du délit, c'est-à-dire des manifestations extérieures de la volonté, que le législateur déclare punissables; 3° l'étude du délinquant, ou du sujet de cette volonté malveillante; 4° l'examen du rapport de causalité qui permet de rattacher (*imputer*) la violation de la loi à une personne déterminée; et enfin 5° l'étude des peines, et des mesures de sûreté, qui sont infligées, à titre de sanction de la violation de la loi pénale, aux auteurs convaincus de délits.

C'est l'ordre qui sera suivi dans le développement des matières, qui concernent le droit pénal <sup>1</sup>.

nombre des crimes capitaux; établissement des circonstances atténuantes; création d'institutions nouvelles, comme la libération conditionnelle ou le sursis à l'exécution de la peine, permettant de suspendre ou d'empêcher l'application du châtement; — elle est aussi le fait du juge, qui dans les condamnations qu'il prononce, use de moins en moins de la rigueur que la loi l'autorise à exercer : par exemple, diminution de la durée moyenne des condamnations à la peine de l'emprisonnement, et augmentation du nombre des déclarations de circonstances atténuantes.

Mais, cette marche de la pénalité n'est cependant pas sans comporter parfois certains retours offensifs de la répression. Il en est ainsi notamment dans deux cas : 1° quand le législateur, devant l'opinion publique, a exagéré la faiblesse de la peine; on en trouve un exemple en matière de circonstances atténuantes, où la réforme faite en 1832 fut partiellement corrigée dans le sens de la sévérité en 1863; 2° lorsque la gravité sociale d'une infraction, d'abord ignorée du législateur, n'a été aperçue que graduellement : l'histoire de la répression des fraudes en matière de vente de marchandises en contient une preuve particulière.

1. Comp. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 35. Certains auteurs divisent simplement le droit criminel proprement dit en deux parties (*infractions* et *peines*), faisant rentrer dans la notion de l'infraction un élément légal, un élément matériel, un élément moral et un élément injuste. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 22 et n° 95. Mais, il est visible que cette division bipartite prête à des critiques, en ne mettant pas en lumière suffisante le délinquant, qui est distinct du délit. Il peut, en effet, y avoir des délits sans délinquant : par exemple, lorsque le fait défendu par la loi est commis par un fou, un mineur de treize ans. D'un autre côté, il y a avantage à étudier à propos de l'agent, et non à propos du délit, tout ce qui concerne la culpabilité. Ce que reconnaissent ces auteurs eux-mêmes, qui séparent entre les éléments de l'infraction, les éléments matériels (étude du *délit*) et les éléments moraux (étude du *délinquant*). V. aussi Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 65.

## PREMIÈRE PARTIE

## LA LOI PÉNALE

## PRINCIPE DE LÉGALITÉ DANS LE DROIT PÉNAL MODERNE.

BIBLIOGRAPHIE : Julliot de la Morandière, *De la règle « nulla poena sine lege ulla »*, th. Paris, 1910; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1921, n° 897.

## § 5.

*Caractère de légalité du droit pénal.*

C'est un principe essentiel, fondamental, que le droit pénal moderne est un droit *légal*, c'est-à-dire qu'il a uniquement sa source dans la loi et dans les actes qui ont valeur de loi.

C'est une garantie, absente dans l'ancien droit, qui est donnée, depuis la Révolution<sup>1</sup>, à la liberté, à l'honneur et à la vie des citoyens. Ainsi, disposait en particulier l'article 1<sup>er</sup> du Code du 3 brumaire an IV : « Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité publique, est un délit ». D'où il suit immédiatement que tout ce qu'une loi n'a pas défendu ou ordonné, est permis et ne peut donner lieu à une poursuite.

C'est ce qu'exprime encore la maxime : *Nullum crimen sine lege ulla*. Sa reconnaissance dans le droit moderne ressort de l'article 4 du Code pénal : elle peut également être déduite de son article 1<sup>er</sup>. V. art. 1<sup>er</sup> et 4.

Le principe de légalité domine tout le droit pénal<sup>2</sup> : les con-

1. V. *Déclaration des Droits de l'homme*, articles 7 et 8.

2. Des réserves cependant sont à faire en ce qui concerne le pouvoir souverain de la Haute-Cour de justice : si elle ne peut plus modérer la peine légale (V. loi du 10 avr. 1889, art. 23), elle peut encore, dans certains cas, créer l'incrimination;

séquences, qu'on peut lui rattacher, sont nombreuses autant qu'importantes<sup>3</sup>.

1<sup>o</sup> C'est d'abord, et naturellement, l'abrogation du système des peines arbitraires, ou peines fondées sur l'usage des tribunaux, qui étaient pratiquées dans l'ancien droit, et l'impossibilité de comprendre la jurisprudence parmi les sources du droit<sup>4</sup>.

2<sup>o</sup> C'est ensuite la non-reconnaissance de la *coutume* comme source du droit pénal, soit pour le créer soit pour l'abroger<sup>5</sup>.

3<sup>o</sup> C'est encore l'admission de la règle de non rétroactivité de la loi pénale.

4<sup>o</sup> Et, c'est enfin la règle que les lois pénales sont de stricte interprétation.

## SECTION PREMIÈRE

## LES SOURCES DU DROIT PÉNAL MODERNE

BIBLIOGRAPHIE : Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § xxiii; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 897.

## § 6.

Les sources du droit pénal actuel se divisent en deux groupes :

1<sup>o</sup> Les *sources anciennes*, qui comprennent le droit pénal antérieur au Code pénal de 1810;

c'est la conséquence de l'absence de la législation en matière de crimes commis par les ministres. V. Esmein, *Dr. constit.*, 7<sup>e</sup> éd., II, p. 261 et suiv.; Berthélemy, *Dr. admin.*, 8<sup>e</sup> éd., p. 71; Roux, *Revue polit. et parlem.*, 1918, p. 266. *Contrà*, Chavegrin, note dans S. 1920.233; Dugué, *Dr. constit.*, 2<sup>e</sup> éd., IV, § 36.

3. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 138 et 139; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 70-71; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897.

4. Le principe de légalité explique, en effet, qu'il ne peut pas y avoir, en droit pénal, de droit prétorien créé par la jurisprudence. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-1, note 1. V. *infra*, § 19, texte et note 4.

5. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 4. Que la coutume n'ait pas de fonction créatrice en droit pénal, cela se comprend, puisque ce droit nouveau ne serait pas un droit légal; ce qui, par hypothèse, serait contradictoire. Mais, ce qui se conçoit moins, c'est qu'elle ne puisse pas y avoir une fonction abolitivie; or, abroger ce n'est pas, quoiqu'on l'ait dit parfois, établir un droit pénal nouveau. L'explication doit plutôt être demandée à l'idée, que, dans les sociétés où la puissance législative est organisée, la coutume n'a plus qu'une fonction supplétive pour la création de nouvelles règles juridiques; et que lui reconnaître cette fonction serait supposer que la coutume peut primer la loi et supprimer son œuvre. Mais, on admet que même dans ces sociétés, la coutume peut servir à interpréter la loi : *consuetudo optima legum interpres*; et cette fonction, qui sert à déterminer le concept des différents biens ou la valeur des termes employés dans la loi, peut être également reconnue à la coutume en droit pénal.

2° et les *sources modernes*, qui forment le droit pénal contenu dans ce Code et dans les lois postérieures à celui-ci.

L'existence de sources anciennes du droit pénal peut paraître singulière. Le droit criminel n'est-il pas, en effet, en union étroite avec les sentiments, les mœurs, le droit public d'une société? Dès lors, comment supposer que la société moderne, qui ne rappelle la société de l'ancien régime, ni par ses sentiments, ni par les principes qu'elle suit, puisse être encore régie par les lois pénales de celle-ci?

Le maintien de l'ancien droit pénal, au moins théoriquement, et pratiquement dans quelques matières spéciales, est cependant une chose certaine. Il est la conséquence de la règle, que les lois pénales ne sont pas abrogées par la désuétude ou le long espace de temps, combinée avec la disposition dernière du Code pénal, qui déclare, d'une manière expresse, que dans toutes les matières non réglées par ce Code, les lois et les règlements particuliers continueront à être observés<sup>1</sup>. V. art 484.

Quoique l'article 484 vise principalement les lois et les règlements de l'époque révolutionnaire, il s'applique également aux ordonnances, édits et arrêts de règlement de l'ancien régime, qui n'ont pas été davantage l'objet d'une abrogation générale pendant la période révolutionnaire.

Et, par matières non réglées par le Code, il convient d'entendre, pourvu qu'il s'agisse de matières spéciales<sup>2</sup>, non seulement celles sur lesquelles le Code pénal ne renferme aucune disposition, mais encore celles sur lesquelles il ne contient pas un système complet<sup>3</sup> : ce qui a pour effet de conserver des parties plus considérables du droit antérieur.

1. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-14.

2. La jurisprudence n'exige pas cette condition, et elle applique l'article 484 même en matière de lois de droit commun. C'est ainsi notamment qu'elle a déclaré maintenus les articles 600 et 605 du Code du 3 brumaire an IV, réprimant les violences légères. V. Cass., 12 février 1909, S. 1909.1.232. V. également Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-14. Mais, cette interprétation ne paraît pas exacte. La limitation de l'article 484 aux matières spéciales résulte tant de l'énumération faite par le conseiller Réal dans son exposé des motifs que de la déclaration de Nougarède, rapporteur de cette partie du Code devant le Corps législatif, portant qu'il ne s'agissait que « des lois et règlements d'exception », « le Code ayant réglé toutes celles qui appartiennent au droit commun » (V. Loqué, XXXI, p. 662 et p. 274 et suiv.). Quant à l'argument que l'on tirerait de la généralité de la formule de l'article 484, il est des plus fragiles : le mot « particuliers » étant susceptible de s'appliquer aux lois aussi bien qu'aux règlements. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2379; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 150; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 76.

3. V. Avis du Conseil d'Etat du 8 février 1812. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2881 et suiv.; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 76. Cass., 19 avril 1813, S. chr.; 20 février 1829, S. chr.; 26 mai 1876, S. 1876.1.437.

Mais, on ne doit pas y comprendre celles sur lesquelles le Code a disposé, encore bien que la loi ancienne ait prévu des cas sur lesquels il soit resté muet<sup>4</sup>.

## § 7.

### *Sources anciennes du droit pénal.*

#### *1. Le droit pénal de l'ancien régime.*

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n° 60-142; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XI. — Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6<sup>e</sup> éd., VI, n° 2797-2799; — Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, 1902; — Roux, notes dans S. 1910.1.217 et 465; et 1914.1.232 (non signée); — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, n° 897.

Actuellement encore, on invoque le droit pénal de l'ancien régime : il en est fait usage dans diverses matières spéciales<sup>1</sup>. L'article 29 du titre 4<sup>o</sup> de la loi des 19-22 juillet 1791 en a assuré la conservation sous la Révolution; et l'article 484 du Code pénal de 1810 l'a transmis au droit moderne. V. art. 484.

Néanmoins, en l'absence d'une abrogation générale, il y a eu de très nombreuses abrogations partielles, expresses ou implicites, qui ont réduit à peu de chose la survivance de cet ancien droit pénal.

Au point de vue de ses *sources* d'abord, il ne saurait être question d'aller chercher aujourd'hui une disposition pénale dans les lois romaines ou le droit canonique. Leur abrogation totale, à défaut de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui n'est relatif qu'aux matières du droit privé, ressort de plusieurs considérations et notamment de celle-ci : que la première de ces deux sources, n'ayant eu qu'une autorité de raison dans l'ancien droit, est incompatible avec le caractère légal du droit pénal moderne; et que la seconde a perdu toute valeur législative avec la sécularisation de la société.

D'autre part, au point de vue des *matières*, tous les faits qualifiés crimes dans l'ancien droit public, et non compris dans le Code pénal de 1791, ont été abrogés par l'avant-dernier

4. V. Avis du Conseil d'Etat du 8 février 1812. V. Cass., 9 janvier 1813, S. chr. Comp. Cass., 5 février 1818, S. chr.

1. V. dans Moreau (*Le règlement administratif*, p. 516 et suiv.) une énumération des actes législatifs de l'ancien droit demeurés en vigueur.

article de ce Code; tous ceux rentrant dans la notion de la police correctionnelle ont également cessé de constituer des délits en[dehors] de l'énumération contenue dans le titre 2 de la loi des 19-22 juillet 1791; enfin, il en est de même de ceux qui ont été compris par le titre 1<sup>er</sup> de cette loi dans la notion de la police municipale, et qui constituent des contraventions de police. Arg. à *contrario* de l'art. 29 du titre 1<sup>er</sup> de la loi de 1791.

On ne saurait donc exhumer de quelque archive poudreuse l'arrêté d'un ancien bailli ou d'un ancien sénéchal, et prétendre qu'il est encore applicable : tout ceci est mort, et bien mort.

Ce n'est donc que dans les matières formant ce que l'on peut appeler la police générale du royaume, distincte, par son caractère de généralité, de la police municipale ou locale, et par la nature des infractions qu'elle réprime, en ce qu'ils ne disposent pas au crime, de la police correctionnelle, que l'on peut trouver des règlements de l'ancien régime, susceptibles d'être encore invoqués<sup>2</sup>. V. la loi des 19-22 juillet 1791, titre 1<sup>er</sup>, art. 29.

Mais, si dans ce cercle restreint il y a survivance des anciens règlements, en fait ceux-ci ont pu être l'objet d'une abrogation particulière pour l'une des trois causes suivantes, qui, sauf de rares exceptions, les ont presque complètement supprimés :

1<sup>o</sup> en vertu d'une réglementation ultérieure de la matière spéciale, datant de la période révolutionnaire ou de l'époque moderne;

2<sup>o</sup> en cas de contrariété entre les dispositions de l'ancien règlement, et les principes du droit public moderne : spécialement celui de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>3</sup>;

3<sup>o</sup> et enfin, si les peines établies par l'ancien règlement sont incompatibles avec les principes du système répressif moderne<sup>4</sup>.

Lorsqu'une ordonnance royale, un édit ou un règlement de l'ancien régime sont restés en vigueur, ils sont à considérer comme subsistants tels qu'ils étaient appliqués autrefois.

Ils sont donc à prendre avec leurs particularités, c'est-à-dire avec leur domaine ancien d'application, et leurs anciennes

2. V. Ortolan, I, n<sup>o</sup> 641; Moreau, *Le règlement administratif*, p. 516 et suiv.

3. V. Cass., 31 mai 1862, S. 1862.1.753; 8 janvier 1891, S. 1891.1.559. V. également Garraud, I, 3<sup>e</sup> éd., p. 308, note 4.

4. Comp. Cass., 26 mai 1876, S. 1876.1.437.

pénalités, supposées conciliables avec le système actuel de répression. Les règles du droit moderne leur sont inapplicables. Il pourra dès lors être nécessaire aujourd'hui encore de déterminer quel était le ressort d'un ancien Parlement, et si une ordonnance royale y a été enregistrée<sup>5</sup>.

5. V. Cass., 28 avril 1832, S. 1832.1.772; 24 juillet 1834, S. 1835.1.219; 17 février 1883, S. 1885.1.232.

En ce qui concerne le *domaine d'application*, la jurisprudence toutefois n'est pas toujours restée fidèle à ce principe.

1<sup>o</sup> C'est ainsi qu'elle a jugé que l'édit de 1607 sur l'alignement était applicable dans les provinces de l'ancien royaume de France, où il n'avait été ni enregistré ni publié. V. Cass., 14 décembre 1846, S. 1847.1.49. Elle a déduit cette généralisation des lois des 16-24 août 1790, titre 11, articles 1<sup>er</sup> et 3, et des 19-22 juillet 1791, titre 1<sup>er</sup>, article 29, § 2, qui ont confié aux municipalités le soin de veiller à l'exécution des lois et règlements de police, et confirmé provisoirement les règlements existant touchant la voirie. Mais, il est visible que ces textes sont étrangers à la question : ceux de la loi de 1790, parce qu'ils concernent l'exécution des anciens règlements et sont muets sur une extension quelconque; celui de la loi de 1791, parce qu'il ne parle que de leur conservation provisoire, et que conserver ce n'est pas modifier ni surtout appliquer là où le règlement n'était pas introduit. — 2<sup>o</sup> C'est ainsi encore qu'elle a décidé à plusieurs reprises, notamment à propos d'un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 23 juillet 1748, sur les pharmaciens, que ce règlement était applicable à toute la France. V. Cass., 24 mars 1859, S. 1859.1.532; 28 octobre 1905, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 474; 29 novembre 1907, S. 1910.1.465. Son extension serait, d'après elle, la conséquence des articles 29 et 30 de la loi du 21 germinal an XI, sur la pharmacie, qui auraient donné à ce règlement le caractère de loi. Mais, lorsqu'on se reporte à ces deux textes, on voit qu'ils n'ont pas la portée que leur prête la jurisprudence. Ils se bornent, en effet, à déclarer que les infractions sur la préparation des remèdes seront punies « conformément aux lois et règlements actuellement existants » : donc, avec leur limitation territoriale, s'il en existait une. D'un autre côté, comme la plupart des Parlements avaient pris des mesures analogues à celles du Parlement de Paris, et que la loi de l'an XI déclarait les conserver, il paraît bien impossible d'attribuer à ses articles 29 et 30, qui ne mentionnent même pas textuellement l'arrêté du 23 juillet 1748, l'effet de donner à celui-ci une généralisation, qui est inconciliable avec le maintien des autres réglementations. Avec la même extension abusive, voy. Cass., 4 février 1911, S. 1911.1.544. V. aussi Degois, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 75, qui rattache à tort cette généralisation à l'article 484 du Code pénal; ce texte, en déclarant que les cours et les tribunaux *continueront d'observer* les anciennes lois et règlements particuliers, les a maintenus tels qu'ils étaient en vigueur. Comp. Moreau, *Le règlement administratif*, p. 516, notes 2 et 3, et p. 517, note 4; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1062, note 2.

Au point de vue de la *sanction*, la jurisprudence applique les *règlements de police générale* avec leurs anciennes pénalités. V. Cass., 23 mai 1851, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 190; 12 décembre 1873, D. P. 1875.1.87. Elle déclare au contraire, pour les *règlements de police locale*, que les sanctions ne sont plus celles prévues dans les anciens textes, mais celles de l'article 471, n<sup>o</sup> 15 du Code pénal. V. Cass., 19 janvier 1837, S. 1837.1.831; 1<sup>er</sup> décembre 1866, S. 1867.1.93; 9 juin 1877, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 435. Elle trouve le fondement de ce changement dans l'article 5 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 (maintenant remplacé par l'art. 471, n<sup>o</sup> 15 du Code pénal), qui a fixé à nouveau les peines en matière de contraventions de police. Or, comme à ce moment le pouvoir réglementaire n'appartenait pas encore aux corps municipaux (il ne leur fut donné que l'année suivante, par l'art. 46 du titre 1<sup>er</sup> de la loi des 19-22 juill. 1791), il ne paraît pas douteux que cet article 5 se référât aux anciens règlements de police, demeurés en vigueur, dont il revisait, par une

Pour l'étude de cet ancien droit pénal français, c'est aux ouvrages de Muyart de Vouglans (*Les lois criminelles de France*, Paris, 1762) et de Jousse (*Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771) qu'il convient principalement de se reporter. On trouvera dans la préface de ce dernier ouvrage une liste assez complète de nos anciens criminalistes.

## 2. Le droit pénal de la Révolution.

BIBLIOGRAPHIE : Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XII; — Remy, *Les principes du Code pénal de 1791*, th. Paris, 1910.

La survivance du droit pénal de la Révolution est plus complète que celle du droit criminel de l'ancien régime.

Il faut en attribuer la cause à la circonstance que ce droit est d'une date plus récente, et aussi à ce fait qu'il suit les principes du système répressif moderne, dont les origines remontent jusqu'à lui et ont trouvé leur première expression dans la Déclaration des Droits de l'homme.

Il ne saurait donc être question, pour ce droit, d'abrogation, provenant d'un défaut d'harmonie avec le droit public, ou résultant d'une discordance avec les sentiments généraux de la nation.

Néanmoins, il subsiste pour lui, comme pour tout autre droit, la cause d'abolition, qui tient à la rédaction de nouvelles lois; et, par suite de la codification qui fut faite d'un Code pénal en 1810, c'est surtout dans les matières spéciales, que l'on trouve maintenues les lois de l'époque révolutionnaire.

### *Codes révolutionnaires.*

L'ancien régime n'avait pas codifié le droit pénal, qui demeurait épars, en grande partie coutumier et non écrit.

Comme il arrive fréquemment en pareil cas, des œuvres privées avaient essayé de combler la lacune laissée par le législateur. Sous le nom de *Code pénal*, fut imprimé en 1765 un

disposition générale, les pénalités, afin de les rendre moins excessives. Mais, la question est de savoir, si depuis la loi des 19-22 juillet 1791, les anciens règlements de police, municipale ou locale, peuvent encore être invoqués. V. le texte ci-dessus. — D'après un auteur (Degois, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 77) le changement de pénalité daterait de la révision du Code pénal en 1832 et résulterait implicitement de l'addition par la loi du 28 avril du § 15 à l'article 471 : ce qui paraît singulier; car, il ne peut y avoir d'abrogation tacite que d'une inconciabilité; et celle-ci ne se rencontre pas.

recueil, renfermant les principales ordonnances, édits ou déclarations sur les crimes et les délits, qui obtint immédiatement un très vif succès. Plus célèbre encore était le *Code de la police*, qui contenait une analyse des règlements de police, et qui était édité, pour la quatrième fois, en 1768.

Mais, ces œuvres fragmentaires, et privées de caractère officiel, ne pouvaient suppléer à l'absence de code législatif.

Aussi, la demande d'une codification des lois pénales figurait-elle dans la plupart des cahiers des États généraux, en même temps que la réforme du droit criminel, jugé cruel, injuste et oppressif, comme « disproportionnant les peines aux délits »<sup>6</sup>.

Sous l'Assemblée Constituante, en corrélation avec le nouvel ordre judiciaire et la réorganisation des fonctions publiques, furent rédigés deux Codes pénaux :

L'un, la loi des 19-22 juillet 1791, comprit les contraventions à la police municipale, dont l'objet est le « maintien habituel de l'ordre et de la tranquillité dans chaque lieu », ainsi que les infractions à la police correctionnelle, « qui a pour objet la répression des délits, qui, sans mériter peine afflictive ou infamante, troublent la société et disposent au crime ».

L'autre, la loi des 25 septembre-6 octobre 1791, plus connue sous le nom de *Code pénal*, fut relative aux crimes, c'est-à-dire aux faits les plus graves, de nature à comporter peine afflictive ou infamante, et dont la répression rentrait dans la police de sûreté.

Sous la Convention, on songea à une nouvelle révision de la législation criminelle. Mais, le *Code du 3 brumaire an IV* (25 oct. 1795), œuvre du jurisconsulte Merlin, bien qu'intitulé Code des délits et des peines, est plutôt une loi de procédure criminelle, qu'une loi du fond du droit. Ce n'est que dans ses derniers articles, que l'on trouve une énumération des peines et la répression de quelques infractions.

Comme lois de fond, complétant ou modifiant les deux lois de l'Assemblée Constituante, il convient d'indiquer plutôt le *Code rural* des 28 septembre-6 octobre 1791, qui renferme les infractions à la police rurale; la loi du 22 prairial de l'an IV, qui punit la tentative de crime; et la loi du 23 frimaire de l'an VIII, qui, pour établir une plus juste proportion entre la

6. V. loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 21. V. A. Desjardins, *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, 1883; Ed. Séligman, *La justice en France pendant la Révolution*, Paris, 1901. V. aussi le rapport de Nougarede (Loché, XXXI, p. 275).

peine et le délit, transforma en infractions de police correctionnelle un certain nombre de crimes du Code pénal de 1791.

## § 8.

*Sources modernes du droit pénal.*

On compte trois sources différentes du droit pénal :

- 1° la loi;
- 2° plus exceptionnellement les ordonnances et décrets du chef de l'Etat;
- 3° les arrêtés de police de l'autorité municipale ou préfectorale.

## A

*Première source du droit pénal : la loi.*

BIBLIOGRAPHIE : Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § xxiv; — Mestre, note dans S. 1902.1.377; — Roux, note dans S. 1905.1.425; — Berthélemy, note dans S. 1912.4.9; — Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923; — Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, 2 vol., Paris, 1924.

La loi est la source naturelle du droit pénal moderne : c'est la conséquence directe du caractère légal, qui lui est reconnu.

Par *loi*, on entend, d'après les lois constitutionnelles, l'expression de la volonté des deux Chambres, promulguée par le Président de la République, et régulièrement publiée.

Aux lois proprement dites, on assimile ordinairement les *décrets-lois*, actes émanés du Gouvernement, qui, après une Révolution, ou au lendemain d'un coup d'Etat abrogeant la Constitution, réunit en ses mains la puissance législative, en attendant l'établissement d'une nouvelle Constitution<sup>1</sup>.

On y ajoute encore les décrets inconstitutionnels du Gouvernement impérial, qui ont été promulgués et exécutés comme lois de l'Etat, sans opposition de la part de la puissance législative<sup>2</sup>.

Pour qu'une loi ait le caractère de loi pénale, il faut qu'elle

1. V. notamment Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1053, note 3. Cass., 8 juin 1871, S. 1871.1.109.

2. V. Cass., 27 mai et 19 novembre 1819; 3 février et 7 juillet 1820; 4 août 1827; 26 avril 1828, S. chr. V. aussi Cass., 21 mai 1847, S. 1847.1.465.

sanctionne, d'une peine déterminée, la violation de ses prescriptions. Il importe, d'ailleurs, peu que la loi contienne elle-même cette sanction, ou qu'elle renvoie pour celle-ci à une autre loi : dans les deux cas, elle est également une source du droit criminel.

Mais, on n'est plus en présence d'une loi pénale, lorsque, ni directement ni indirectement, la loi n'indique de peine, quelque catégoriques ou formelles que soient ses prescriptions : une défense impérative ne peut pas donner lieu à une poursuite pénale, quand aucune peine n'y est jointe.

En pareil cas, la loi est ce que l'on appelle une *loi imparfaite*, parce qu'il était dans l'intention du législateur d'édicter une mesure pénale, et que faute d'avoir achevé, il a rendu son œuvre stérile et inutile.

Il n'appartient pas, en effet, au juge<sup>3</sup> de réparer l'oubli, que le législateur a commis, et de prononcer une peine qui n'est pas écrite dans la loi : ce serait infliger une peine arbitraire et violer le principe de la séparation des pouvoirs<sup>4</sup>. Il ne lui échut pas davantage d'emprunter la pénalité qui manque, à l'article 471. n° 15 du Code pénal. Ce texte renferme bien sans doute une clause générale de sanction pénale : mais, celle-ci ne s'applique qu'aux règlements faits par l'autorité administrative, et ne concerne pas les lois<sup>5</sup>.

Doit-on également considérer comme une loi imparfaite la loi qui contient la mention d'une peine, mais n'indique pas sa quotité ? La jurisprudence ne le pense pas : elle estime suffisante l'indication de la peine, et considère que dans les cas de ce genre, la peine applicable est la pénalité la plus faible, celle de simple police<sup>6</sup>. Mais, il est douteux que cette opinion soit juste. Elle dénature la pensée du législateur, en supposant, souvent contrairement à ses autres dispositions, que l'infraction a le caractère d'une simple contravention de police; et elle fixe arbitrairement une limite à une peine, qui n'en a pas reçu de la loi.

3. N. d'ailleurs à l'autorité administrative, qui ne saurait, en prenant un arrêté, entraîner une peine que la loi ne prononce pas. V. Cass., 5 juin 1890, S. 1890.1.425; 31 décembre 1903, S. 1905.1.425.

4. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 10. Cass., 8 septembre 1909, *Bull. crim.*, n° 452; 31 décembre 1903, S. 1905.1.425.

5. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 142, I. Cass., 26 mai 1837, S. 1837.1.489; 7 novembre 1844, S. 1844.1.823; 11 janvier 1879, S. 1879.1.140; 23 octobre 1886, S. 1886.1.493, avec le rapport du conseiller Tanon; 23 mai 1901, S. 1902.1.377; 31 décembre 1903, S. 1905.1.425.

6. V. Cass., 28 août 1832, S. 1832.1.572.

*Lois anticonstitutionnelles.*

Il pourrait arriver qu'une loi viole une liberté publique, par exemple le principe d'égalité, en interdisant l'exercice de certaines professions à une catégorie de citoyens : ce qui est contraire à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'homme.

Une pareille loi serait certainement oppressive.

Serait-elle encore une source du droit pénal, et son observation s'imposerait-elle aux tribunaux ?

Quelque opinion qu'on doive avoir en théorie, il ne paraît pas douteux que les lois anticonstitutionnelles sont, d'après le droit positif, obligatoires comme les autres, et qu'elles s'imposent à l'observation des tribunaux. Ceux-ci sont bien sans doute chargés de vérifier les conditions de forme des lois<sup>7</sup>. Mais, s'ils doivent refuser d'appliquer la loi, qui n'a pas été régulièrement promulguée ou publiée, par exemple, il ne leur appartient plus de pénétrer sur le fond, et de contrôler la constitutionnalité des lois<sup>8</sup>. Ce droit de contrôle, qui leur a été reconnu en matière

7. V. Berthelemy, *Traité élément. de dr. admin.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 13, note 2, et *Revue polit. et parlem.*, 1925, CXXV, p. 359; Jèze, *Rev. gén. d'admin.*, 1895, II, p. 411; Larnaude, *Bull. de la soc. de légis. comp.*, 1902, p. 229; Saleilles, *Ibidem*, p. 246; Esmein et Nèzard, *Elém. de dr. constit.*, 7<sup>e</sup> éd., I, p. 598, note 94; Larnaude, *Revue polit. et parlem.*, 1926, CXXVI, p. 197. *Contrà*, Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, II, p. 610, note 11.

8. Une opinion différente a été soutenue d'une manière spéciale, à propos des lois rétroactives, et plus récemment, d'une manière générale sur le terrain des lois anticonstitutionnelles : 1<sup>o</sup> Certains auteurs, séparant l'interprétation de l'article 4 du Code pénal de celle de l'article 2 du Code civil et alléguant le caractère constitutionnel qu'aurait la règle écrite dans le premier de ces deux textes, prétendent que celui-ci fait un devoir au juge de ne pas appliquer une loi, qui rétroagirait *in durius*. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n<sup>o</sup> 35; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 152. V. aussi Trébutien, I, n<sup>o</sup> 206. Mais, la dissociation que les deux premiers interprètes établissent entre l'article 4 du Code pénal et l'article 2 du Code civil est rien moins que prouvée (V. *infra*, § 14, note 7) : le serait-elle d'ailleurs, qu'il n'en résulterait pas que l'article 4 du Code pénal, pas plus au reste que l'article 2 du Code civil, et pour les mêmes motifs, que celui-ci, ont un caractère constitutionnel. V. Laborde, *Cours de dr. crim.*, n<sup>o</sup> 64; Demolombe, I, n<sup>o</sup> 57; Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> éd., I, p. 99 et 100; Demante, I, n<sup>o</sup> 9 bis; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, 3<sup>e</sup> éd., *Des personnes*, I, n. 158. Cass., 15 avr. 1863, S. 1863.1.350. Cpr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1067. — 2<sup>o</sup> D'autres auteurs, envisageant avec plus de logique la question dans son ensemble, et tirant de la règle, d'ailleurs certaine, que les juges ont le pouvoir de vérifier la légalité des arrêtés de police, un principe général, déclarent que le juge, placé entre deux ordres contradictoires, doit obéir à celui qui émane de l'autorité supérieure : ce qui donne la préférence à la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire, qui est anticonstitutionnelle. V. Berthelemy, *Revue polit. et parlem.*, 1926, CXXV, p. 355 et suiv., et note dans S. 1912.4.9; Duguit, *Dr. constit.*, 2<sup>e</sup> éd., III, p. 669 et suiv., et note dans S. 1913.1.73. Hauriou, *Dr. constit.*, p. 302; Jèze, *Rev. gén. d'administ.*, 1895, II, p. 411. Mais, cette opinion ne paraît pas davantage assurée, du moins en l'état actuel du droit positif. D'une part, en effet, dans les pays où cette prérogative a été recon-

d'arrêtés de police, municipaux ou préfectoraux, par l'article 471, n<sup>o</sup> 15, du Code pénal, leur est au contraire refusé par l'article 127 du Code pénal en matière de lois : l'abus qu'en avaient fait les anciens Parlements, n'est certainement pas étranger à ce refus<sup>9</sup>. V. art. 127.

*Lois étrangères.*

En principe, les lois étrangères ne peuvent pas être une source de droit pénal français : car leur application constituerait une atteinte à l'indépendance de la souveraineté française<sup>9 bis</sup>.

Il en est toutefois différemment dans deux cas :

1<sup>o</sup> Exceptionnellement, les lois pénales étrangères peuvent être applicables en France à la suite de l'annexion d'un territoire ou de la réintégration de celui-ci à la mère patrie. En succédant dans le pays annexé ou réintégré à la puissance étrangère, l'autorité française la continue : les lois locales demeurent donc en vigueur, tant qu'une extension donnée aux lois françaises ne les a pas abrogées<sup>10</sup>.

9. Au pouvoir judiciaire, la Constitution a elle-même pris soin d'indiquer par qui et sous quelle forme l'anticonstitutionnalité d'une loi pourrait être relevée : or, il serait dangereux, en l'absence de toute disposition de cet ordre dans les lois constitutionnelles de 1875, de remettre ce droit à n'importe quel juge, surtout au plus infime. D'autre part, l'article 127 du Code pénal paraît bien interdire aux juges de s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif. Il est juste de reconnaître que ce texte, rédigé d'une manière assez singulière, peut prêter à une certaine équivoque. Il n'en est pas moins vrai, qu'en décrétant dans des termes absolus, coupable de forfaiture le juge qui arrêterait l'exécution d'une loi, il ne fait pas la distinction des lois abusives et des lois non abusives, et qu'en rappelant, pour le condamner, le droit de refuser l'enregistrement, auquel prétendaient les anciens Parlements, en se fondant sur leur qualité de gardiens de la Constitution, il a nettement dénié ce rôle dans le droit moderne aux tribunaux judiciaires. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1053, note 5; Planiol, *Droit civil*, I, n<sup>o</sup> 156; Larnaude, *Bull. de la Soc. de légis. comparée*, 1902, p. 222, et *Revue polit. et parlem.*, 1926, CXXVI, p. 181 et suiv.; Esmein et Nèzard, *Elém. de dr. constit.*, 7<sup>e</sup> éd., I, p. 598; Duguit, *Dr. constit.*, 1<sup>re</sup> éd., I, p. 159; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 127; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, II, p. 610, note 11. Cass., 11 mai 1833, S. 1833.1.557; Cons. d'Etat, 23 mai 1901, *Delarue*, S. 1901.3.37. *Contrà*, Cass., 15 mars 1851, S. 1851.1.214; 17 novembre 1851, S. 1851.1.707; 15 avril 1863, précité. Mais, si le juge ne peut pas apprécier, au fond, la constitutionnalité d'une loi, il a, au contraire, le droit et le devoir d'en examiner la régularité au point de vue de ses conditions de forme; car, c'est seulement la loi qu'il doit appliquer. V. Cass., 11 mai 1833, précité; 1<sup>er</sup> septembre 1871, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 107; 9 et 30 décembre 1871, *Bull. crim.*, n<sup>os</sup> 178 et 191. V. la note qui précède.

9 bis. Mais, l'article 127, étant relatif aux lois proprement dites, n'empêche pas les tribunaux de vérifier la conformité des anciens édits et ordonnances royales avec les principes de droit public moderne, avant d'en consacrer le maintien.

10 bis. Cpr. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 31.

10. V. Cass., 14 novembre 1868, S. 1869.1.333. V. aussi les décrets du 25 novembre 1919 sur l'introduction des lois pénales françaises en Alsace et en Lorraine et sur le maintien provisoire de certaines dispositions pénales.

2° Également, en vue de respecter le principe *non bis in idem*, le législateur français peut admettre la collaboration de la loi pénale étrangère au maintien de l'ordre public interne, en décidant que les étrangers, jugés à l'étranger pour crime ou délit commis en France, ne pourront plus être à nouveau poursuivis devant les tribunaux français<sup>11</sup>.

## § 9.

*Le Code pénal de 1810.*

BIBLIOGRAPHIE : Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., I, § XXI; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XIII; — Sabatier, *Napoléon et les Codes criminels (Revue pénitentiaire, 1910, p. 906 et suiv.)*; — Roux, notes dans S. 1898.2.305, et 1909.1.409.

Parmi les lois qui renferment le droit criminel, une mention particulière est due au Code pénal de 1810, dont l'importance, ainsi qu'il sera dit plus loin, dépasse de beaucoup celle de toutes les autres lois pénales.

Les deux Codes de l'époque révolutionnaire, malgré l'immense progrès qu'ils réalisaient, ne pouvaient être de longue durée. Ils étaient trop concis, pour être toujours clairs, et trop hâtivement rédigés, pour avoir toujours proportionné les peines aux délits. D'un autre côté, il convenait de tenir compte, au point de vue des institutions, des changements apportés par la constitution de l'Empire dans l'ordre politique, et au point de vue juridique, des améliorations, que vingt années de pratique judiciaire avaient enseignées. Un nouveau Code pénal était donc une partie nécessaire de la codification impériale. Ce fut le dernier en date des Codes de l'Empire<sup>1</sup>.

Comme le Code civil et le Code d'instruction criminelle, le Code pénal de 1810 est un compromis : c'est un mélange des idées répressives de la Révolution et des principes du droit criminel de l'ancien régime, dont il rétablit un certain nombre des peines (comme la marque et la confiscation), et auquel il reprit le système

11. V. Code d'instr. crim., art. 7, al. 2. Cpr. *infra*, § 16, note 6.

1. En l'an XII, une commission, composée de Viellard, Target, Oudart, Treillard et Blondel, fut chargée de la rédaction d'un Code criminel. Le projet en 1169 articles, précédés d'observations générales, comprenait à la fois un Code de procédure pénale et un Code pénal. Après une suspension des travaux pendant plusieurs années, on extraya du projet primitif le Code d'instruction criminelle, qui fut voté en 1808, et deux ans après, le Code pénal. V. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 21.

des peines perpétuelles<sup>2</sup>. Il n'est pas douteux que le Code pénal, comme l'ancien droit, a cherché, dans l'intimidation et la sévérité des châtiments, la protection de la société, que l'anarchie politique des années troublées du Directoire et les vices de l'organisation judiciaire avaient compromise, plutôt que la faiblesse des pénalités des Codes de la Révolution<sup>3</sup>. Il n'en a pas moins maintenu les réformes essentielles de ceux-ci : l'égalité des citoyens devant la loi pénale, le principe de la responsabilité individuelle, le caractère légal du droit pénal, et l'absence des peines arbitraires.

L'excès de rigueur qu'il renfermait, inaperçu sous le premier Empire, devient au contraire sensible au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, avec le développement des doctrines pénitentiaires, et le souci plus grand de l'amendement des condamnés, dont le législateur impérial se préoccupait peu. La légitimité de certaines peines, en particulier de la peine de mort, fut discutée. Enfin, une autre transformation s'opérait dans les esprits quant à la participation du pouvoir judiciaire à l'œuvre de la répression. Devant des acquittements accordés à des coupables avérés, on se demandait s'il avait été prudent de resserrer, dans des bornes étroites, la liberté des juges et de les obliger, quelles que fussent les circonstances du délit, à prononcer une peine, qui ne pouvait être moindre, ni dépasser les limites indiquées par le législateur.

Une revision du Code pénal fut entreprise après la Révolution de 1830 : elle porta sur 162 articles, et fut l'objet de la loi du 28 avril 1832; une ordonnance royale du même jour donna une nouvelle édition du Code pénal.

Depuis cette époque, le Code pénal a subi d'autres modifications importantes, les unes incorporées dans ses articles, les autres demeurées en dehors, notamment par l'article 5 de la Constitution du 4 novembre 1848, qui abolit la peine de mort en matière politique, — par la loi du 8 juin 1850, sur la déportation, — par la loi du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, — par la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés, — par la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la peine civile, — par la loi du 13

2. Toutefois, à l'égard des récidivistes, le Code pénal de 1791 contenait une peine perpétuelle, la déportation. Mais, il convient d'ajouter que, devant l'impossibilité de l'exécuter, la loi du 23 floréal an X lui substitua la peine de la flétrissure.

3. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 82.

mai 1863, qui modifia un certain nombre d'articles du Code, — par la loi du 5 juin 1875, sur le régime des prisons départementales, complétée par la loi du 4 février 1893, — par la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes, — par la loi du 14 août 1885, sur les moyens de prévenir la récidive, — par la loi du 26 mars 1894, sur l'atténuation et l'aggravation des peines, — par la loi du 13 novembre 1892, sur l'imputation de la détention préventive, — par la loi du 12 avril 1906, fixant la majorité pénale à dix-huit ans, — et enfin par la loi du 22 juillet 1912, établissant les tribunaux pour enfants.

Si l'on tient compte de tous ces changements, on peut dire du Code pénal de 1810, aujourd'hui plus que centenaire, qu'il est comme ces vieux arbres qui résistent à la tempête et à l'action des ans, mais dont il ne subsiste plus que l'écorce et la majesté.

a. *Importance du Code pénal. Caractère de loi générale.*

L'importance du Code pénal apparaît à un double point de vue.

Elle se manifeste, d'abord, en ce sens qu'il renferme les infractions les plus communément commises, celles qui grèvent le plus lourdement les statistiques de la justice criminelle; et qu'il contient les principales infractions, qui, n'exigeant, dans la personne du délinquant ni dans celle de la victime, aucune condition ou qualité particulière, sont susceptibles d'être accomplies par tout individu et forment pour cette raison ce que l'on appelle les *infractions de droit commun* (par opposition, les *infractions spéciales*)<sup>4</sup>.

Le Code pénal n'est donc pas tout le droit pénal; il est même loin d'embrasser son ensemble. Arg. art. 5 et 484. Mais, il en comprend la partie essentielle, celle qui protège les principaux biens; et il est ainsi la grande loi tutélaire de l'ordre public<sup>5</sup>.

4. « Le droit commun, dit Nougarié (Loché, XXXI, p. 273), embrasse toutes les matières, qui sont susceptibles d'être réglées par des lois communes à tous les citoyens, et qui forment le droit public proprement dit et le droit civil de la France ».

5. Que le Code pénal n'ait pas la généralité du Code civil, il n'y a lieu ni d'en être surpris, ni de le regretter. Pour sanctionner les différents droits, privés ou publics, il aurait fallu un Code comprenant plusieurs milliers d'articles : c'eût été un ouvrage immense, d'un maniement incommode, susceptible de nombreuses contradictions. D'un autre côté, comme il y a des matières de droit pénal, plus sujettes que d'autres à des remaniements périodiques, la révision de ce Code unique

L'importance du Code pénal existe encore, en ce second sens qu'il a le caractère de la loi générale et qu'il forme la loi commune. Ce sont ses principes qui régissent les lois spéciales; il est fait pour cela : c'est là son rôle<sup>6</sup>!

C'est ainsi qu'il faut attribuer aux articles du Code pénal, définissant la tentative, la complicité ou la récidive, ou énumérant les peines, une portée générale, qui est applicable même dans les matières réglées par des lois particulières.

C'est ainsi encore que le Code n'admettant que trois sortes d'infractions, les crimes, les délits et les contraventions de simple police, on doit donner à la classification de son article 1<sup>er</sup> un caractère général, comprenant toutes les infractions, quelle que soit la loi qui les prévoit; ce qui exclut une prétendue quatrième classe de *délits contraventionnels*, empruntant certains traits aux délits et les autres aux contraventions<sup>7</sup>. V. art. 1<sup>er</sup>.

Mais, quelque étendue que possède la règle qui vient d'être indiquée, elle n'est pas cependant absolue.

D'abord, le Code pénal, par crainte de répercussions, a parfois volontairement renoncé à son caractère de loi générale. C'est ce que déclarent en particulier l'article 5, qui écarte les dispositions du Code des délits militaires, et l'article 463 alinéa 9, qui limite, en matière de délits, le système des circonstances atténuantes aux infractions prévues par le Code.

Ensuite, il peut y avoir été dérogé par la loi spéciale, lorsqu'il ressort, soit d'un texte précis, soit de l'ensemble des dispositions de la loi nouvelle, la volonté du législateur de régler à nouveau et sans référence avec la loi générale, une

eût été perpétuellement à l'ordre du jour. Or, le respect d'une loi se perd quand celle-ci est trop fréquemment modifiée. Ce qu'il faut seulement, c'est que les infractions, qui ont un caractère de permanence, parce qu'elles constituent des atteintes à la morale, soient réunies dans une même loi, qui conserve une certaine fixité. En se plaçant à ce point de vue, on pourrait se demander si le Code pénal n'est pas tombé dans un certain excès, et s'il n'y a pas des infractions de droit commun, qui figurent dans les lois spéciales, et qui auraient dû être comprises dans ses dispositions. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 80.

6. « Le Code, dit Nougarié (Loché, XXXI, p. 273), ne pouvait renfermer la sanction de toutes les lois; il suffisait qu'il consacrait les bases principales de cette sanction; et c'est aussi la véritable lacune qui existait dans l'ancienne jurisprudence. Nos lois sur les délits étaient très multipliées; elles n'étaient pas soumises à ces principes généraux, qui préviennent leurs aberrations et leurs excès ».

7. Après de vives hésitations, c'est l'opinion qui a prévalu. V. Cass., 23 février 1884, S. 1886.1.233, qui consacre le revirement de la jurisprudence, avec la note de M. Villey, résumant l'ensemble de la question. Cpr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 75 bis.

matière déterminée. Il en est ainsi notamment de la récidive dans les délits de chasse <sup>8</sup>.

Enfin, en dehors des deux cas qui précèdent, le Code pénal peut encore perdre le caractère de loi commune, quand la réglementation d'une infraction se trouve en majeure partie en dehors de ses prévisions, et qu'il ne renferme sur elle que quelques dispositions isolées : la loi particulière forme alors la loi générale ; et le Code pénal devient la loi spéciale <sup>9</sup>.

b. *Technique du Code pénal.*

A cause de son caractère de loi générale et commune, le Code pénal devrait avoir une technique irréprochable. Au contraire, il est peut-être de tous les codes, rédigés sous le premier Empire, le monument législatif le moins parfait.

Ne trouve-t-on pas, en effet, sans raison légitime, dans le Code d'instruction criminelle, des matières du fond du droit, qui devraient figurer dans le Code pénal, comme : l'application de la loi pénale dans l'espace, réglée par les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, le non-cumul des peines, mentionné incidemment dans l'article 365 du Code d'instruction criminelle à propos de la procédure devant la Cour d'assises, la prescription des peines et la réhabilitation des condamnés <sup>10</sup>, traitées dans deux chapitres du Code d'instruction criminelle ?

Le défaut de construction, qui est une partie importante de la technique juridique, n'est pas moins sensible dans le Code pénal lui-même.

Matériellement, il juxtapose, plutôt qu'il ne fond, deux

8. V. Cass., 21 avril 1855, S. 1855.1.623. Le caractère de loi spéciale peut également appartenir à certaines dispositions du Code pénal par rapport à d'autres dispositions du même Code. V. Cass., 12 janvier 1872, S. 1872.1.47.

9. Comme application de cette règle, Barbier (*Code expliqué de la presse, 1<sup>re</sup> éd. complém.*, n° 523 bis) cite les articles 122 et suiv. du Code pénal réprimant le délit d'outrage, par rapport aux articles 29 et 31 de la loi du 29 juillet 1881, qui punit le délit d'injures. Mais, la solution est douteuse. La jurisprudence se borne à dire que la loi du 29 juillet 1881 a laissé hors de ses prévisions les faits qualifiés outrages par les articles 222 et 224 du Code pénal. V. Cass., 15 mars 1883, S. 1883.1.425 : ce qui ne résout pas la question de qualité, et est d'ailleurs contestable. V. Garraud, 2<sup>e</sup> éd., IV, n° 1330. Un exemple, plus sûr de la règle citée au texte, paraît être l'article 433 du Code pénal, qui prévoit le délit des fournisseurs aux armées par rapport à la loi du 1<sup>er</sup> août 1905, réprimant les fraudes dans les ventes de marchandises.

10. A la rigueur, celle-ci, à cause de ses nombreuses règles procéduriers, tout en rentrant dans le fond du droit, pouvait cependant trouver aussi sa place dans une loi de forme.

Codes différents, l'un des crimes et des délits (liv. 1, 2 et 3), et l'autre des contraventions de police (liv. 4), conservant, tout en leur donnant des limites à la vérité plus naturelles, le dualisme des Codes révolutionnaires.

Mais, à supposer, ce qui n'est peut-être pas établi pour toutes les contraventions de police, qu'entre celles-ci et les crimes et les délits, il y ait, à côté d'une différence de degré, une différence de qualité, et comme deux justices, une justice criminelle et une justice administrative <sup>11</sup>, il eût convenu de placer dans chacun de ces Codes une partie générale, contenant les principes fondamentaux. Or, cette partie se rencontre dans le Code des crimes et des délits ; elle est au contraire absente de celui des contraventions ; et pour ces dernières, on est obligé de recourir aux dispositions générales de l'autre Code.

Ce que l'on fait, par exemple, pour la démence et la force majeure, dont la notion est étendue aux contraventions de simple police ; mais ce que l'on ne peut pas toujours faire : et c'est ainsi que la disposition de l'article 55 du Code pénal, qui établit la solidarité entre les coauteurs d'une même infraction, demeure limitée aux crimes et aux délits.

L'absence de méthode s'aperçoit encore dans la présence au milieu des matières spéciales du Code pénal (liv. 3), de théories, qui, se référant aux conditions de la responsabilité pénale, devraient régulièrement être placées dans la partie générale (liv. 1 et 2), comme : la théorie des faits justificatifs, exposée à propos de l'homicide, des coups et des blessures dans les articles 327 à 329 ; celle de l'excuse de provocation, rattachée aux mêmes infractions dans les articles 324 à 326 <sup>12</sup> ; et le système des circonstances atténuantes, placé dans l'article 463, fort loin de l'article 65, dont il vient limiter pratiquement la portée.

Enfin, ce qui ressort de l'examen de la partie générale du Code pénal, c'est d'une part le caractère manifestement insuffisant des dispositions qu'elle contient. De nombreuses théories y manquent, comme celle de la faute, de l'erreur, de l'état de

11. On a quelquefois indiqué cette distinction de deux justices pénales comme une nouveauté ; elle est au contraire ancienne : on la trouve dans l'*Exposé des motifs* de Réal, présentant au Corps législatif le projet du 4<sup>e</sup> livre du Code pénal. V. Loaré, XXXI, p. 256-257.

12. Vraisemblablement, ce manque de synthèse provient de ce que les auteurs du Code ont suivi Jousse, qui traitait de l'ordre de la loi, de la légitime défense et de l'excuse de provocation à propos de l'homicide. V. Jousse, *Traité de la just. crim.*, III, p. 480 et suiv.

nécessité, du délit impossible, ou sont développées d'une manière incomplète, comme celle de la démence<sup>13</sup>.

Et, c'est d'autre part l'imperfection du langage, qui ne distingue pas toujours, par la différence des termes employés, la différence des situations juridiques. C'est ainsi que la même formule « *il n'y a ni crime ni délit* » se rencontre indifféremment dans l'article 64 et dans les articles 327 et 328. Cependant il est manifeste que l'irresponsabilité pénale et les faits justificatifs, que visent ces dispositions, n'ont pas le même caractère, et n'entraînent pas les mêmes conséquences légales : les expressions de la loi ne sont complètement vraies que pour les causes de justification.

Cette pauvreté de la technique du Code pénal a une origine historique. Mais, quelque regrettable qu'elle soit au point de vue législatif, elle a eu du moins un heureux effet. Elle a donné au Code une grande *plasticité*, qui a permis, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque le monde des criminels et les causes générales de la criminalité ont été mieux connus, une évolution progressive du droit pénal vers les théories modernes de l'individualisation de la peine, qu'un dogmatisme trop précisé dans la loi aurait entravée, et probablement empêchée. C'est vraisemblablement à cette plasticité remarquable, qu'est due la longévité du Code pénal de 1810.

## B

*Deuxième source du droit pénal : les décrets du chef de l'État.*

BIBLIOGRAPHIE : Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, VI, n° 2796 ; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XXIV ; — Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, 1902 ; — Michoud, note dans S. 1896.2.89 ; — Roux, notes dans S. 1903.1.489 ; et 1917.1.23 et 143.

## § 10.

Bien que le chef de l'État exerce un pouvoir réglementaire, ses décrets ou ordonnances ne sont pas, en règle générale, munis de sanction pénale. Le droit d'édicter des peines n'appartient qu'au législateur<sup>1</sup>.

13. Pour y suppléer, la jurisprudence a été obligée de supposer l'existence implicite de principes supérieurs, ce qu'elle paraît avoir fait à regret, ou de déformer un texte, sans parvenir toujours à une solution heureuse, à cause même de l'impropriété du texte qu'elle était contrainte d'appliquer.

1. V. Cass., 30 novembre 1916, *Bull. crim.*, n° 263 ; 5 janvier 1917, *Bull. crim.*, n° 6 ; 3 novembre 1917, S. 1917.1.145.

D'un autre côté, l'article 471, n° 15, du Code pénal, qui punit des peines de simple police ceux qui ont contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, ne s'applique, de l'avis général, qu'aux règlements de police, qui sont faits par l'autorité administrative locale, et nullement aux décrets du chef de l'État<sup>2</sup>.

Il existe toutefois un certain nombre d'hypothèses, dans lesquelles les ordonnances ou décrets du chef de l'État constituent une source du droit pénal : toutes supposent une délè-

2. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1059, texte et note 3 ; Mestre, note dans S. 1902.1.377. Cass., 13 décembre 1851, S. 1852.1.374 ; 23 octobre 1886, S. 1886.1.493 ; 23 mai 1901, S. 1902.1.377 ; 26 janvier, 8 mars et 28 juin 1907, S. 1908.1.61 ; 3 novembre 1917, S. 1917.1.145. *Contra*, Cass., 2 décembre 1906, S. 1908.1.558. — Contrairement à l'opinion indiquée au texte, plusieurs auteurs ont prétendu que, d'une manière générale, les décrets du Président de la République étaient munis d'une sanction pénale, et que cette sanction, sauf lorsqu'il en avait été autrement exprimé par le législateur, était celle de l'article 471, n° 15, du Code pénal. En ce sens, on a fait valoir une double considération : la première, c'est que la reconnaissance du pouvoir réglementaire entre les mains du chef de l'État serait vaine, si la violation de ses règlements n'était pas sanctionnée pénalement ; la seconde, c'est que l'article 471, n° 15, du Code pénal parle dans des termes absolus des « *règlements légalement faits par l'autorité administrative* » ; ce qui comprend aussi bien les règlements du chef de l'État que ceux des préfets et des maires. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 142 ; Moreau, *Le règlement administratif*, n° 210. V. aussi Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2796. Mais, ces deux raisons, à ce qui semble bien, ne sont pas décisives. La première, d'abord, n'est qu'une pétition de principe : car, il ne s'agit pas de savoir s'il serait opportun ou non de munir d'une sanction pénale les règlements du chef de l'État, ce qui n'est pas en question, mais d'examiner seulement, si cette sanction existe d'après le droit positif. La seconde n'est guère meilleure ; car l'article 471, n° 15, qui date de la révision du Code pénal en 1832, n'a été pris qu'afin de remplacer des textes de l'époque intermédiaire surannés ou partiellement abrogés (L. 16-24 août 1790, tit. 11, art. 3 et 4 ; Code du 3 brum. an IV, art. 605 et 606 qui ne concernent que les règlements préfectoraux ou municipaux. On peut ajouter encore, d'une part, qu'il y aurait une certaine impropriété à sanctionner les peines de police aussi faibles les décrets du Président de la République, qui, par l'importance de leurs matières, appellent d'ordinaire des pénalités logiquement plus élevées : ce qui confirme l'opinion que l'article 471, n° 15, leur est étranger ; et d'autre part que, si les règlements des maires et des préfets sont pénalement sanctionnés, c'est uniquement dans le cercle précisé par le législateur de la police confiée à leur vigilance : or, on ne trouverait pas, pour le Président de la République, une semblable détermination légale de la police générale et de ses objets : la sanction pénale existerait, dans ce cas, sans la garantie légale ; ce qui est tout au moins une raison nouvelle pour ne pas y étendre l'article 471, n° 15, dont le système se trouverait faussé. Enfin, on peut observer également que lorsque les auteurs de la révision de 1832 ont voulu sanctionner les décrets du chef de l'État, ils ont mentionné les ordonnances à côté des règlements : ce qui laisse entendre qu'ils ont attribué à cette dernière expression une signification restreinte. V. article 475, n° 4, alinéa 2. V. aussi la loi du 28 juin 1829, V. sur la sanction des arrêtés de police pris sous l'état de siège, en vertu de la loi du 9 août 1849, Cass., 10 avr. 1874, S. 1874.1.329 ; 20 avril et 5 août 1916, S. 1917.1.22. V. aussi Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1059, note 3.

gation, générale ou particulière, de la puissance législative au Pouvoir exécutif<sup>3</sup>.

1° Il en est ainsi d'abord, quand la loi délègue, d'une manière expresse, au Pouvoir exécutif le soin de compléter, sur les points ou les matières qu'elle désigne, ses propres prescriptions. On trouve des dispositions de ce genre, pour la police sanitaire, dans la loi du 8 mars 1822; pour les poids et mesures, dans la loi du 4 juillet 1837; pour la police des chemins de fer, dans la loi du 15 juillet 1845; pour les fraudes dans la vente des marchandises, dans la loi du 1<sup>er</sup> août 1905, etc.

En pareil cas, les règlements administratifs, qui sont pris par le chef de l'Etat<sup>4</sup>, dans les limites et sous les conditions de la délégation qu'il a reçue, sont sanctionnés par les pénalités particulières de la loi qui les autorise, lorsqu'ils font corps avec celle-ci<sup>5</sup>, et dans le cas contraire, trouvent leur sanction dans l'article 471, n° 15, du Code pénal<sup>6</sup>.

2° Les décrets du chef de l'Etat sont encore une source du droit pénal, quand ils prescrivent, pour toute la France, une mesure, qui est de la catégorie de celles que les lois des 16-24 août 1790, 19-22 juillet 1791 et 5 avril 1884 autorisent les corps municipaux à prendre. Il en est ainsi en particulier en matière de dénombrement de la population<sup>7</sup>.

Dans ces hypothèses, la sanction est celle qui est écrite dans l'article 471, n° 15, du Code pénal<sup>8</sup>.

3° Enfin, dans les colonies qui sont placées sous le régime

3. Le fondement du pouvoir réglementaire du Président de la République est controversé. L'opinion traditionnelle, suivie par la pratique, le place dans une délégation de la puissance législative, tantôt pour tous les règlements (Rossi, *C. de dr. constit.*, IV, p. 251; Blanche, *Dict. d'administr.*, v° *Règlements de police*, p. 1429; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 140), tantôt simplement pour les règlements d'administration publique (Macarel, *Droit administr.*, I, p. 55, art. 2, p. 629; Aucoc, *Confér. sur l'administr. et le dr. administr.*, I, n° 54; Batbie, *Dr. administr.*, III, n° 76; Ducrocq, *Dr. administr.*, I, n° 67). Actuellement, cette doctrine est vivement combattue (Esmeir, *Elém. de dr. constit.*, p. 476 et suiv.; Hauriou, *Précis de dr. administr.*, 5<sup>e</sup> éd., p. 85, notes 2 et 3; Mais, v. sur la question, Moreau, *Le réglem. administr.*, n° 118 et suiv. Cpr. Mestre, note dans S. 1902.1.377.

4. La délégation pourrait être faite à un ministre. V. Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1893. *Bull. crim.*, n° 333.

5. V. notamment l'article 13 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 140.

6. V. Cass., 17 avril 1856, S. 1856.1.477; 3 mars 1877, S. 1877.1.389.

7. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 142, II, Cass., 5 mars 1887, S. 1887.1.395; 27 juillet 1901, S. 1905.1.431.

8. V. Cass., 22 juillet 1875, *Bull. crim.*, n° 233; 27 juillet 1901, S. 1905.1.431.

des décrets<sup>9</sup>, le chef de l'Etat exerce concurremment avec le Parlement la puissance législative. Les décrets ont dans ce cas la qualité et la valeur de lois, et déterminent eux-mêmes la pénalité.

Toutefois, comme leur source, du moins dans la Constitution actuelle, se trouve encore dans une délégation implicite faite par le Parlement, ces décrets se différencient des lois à un double point de vue : dans leur *domaine*, en ce sens qu'étant des lois secondaires, ils ne peuvent déroger aux dispositions législatives existantes; et dans leur *nature*, en ce qu'à la différence de ce qui est établi pour les lois il appartient aux tribunaux de contrôler la légalité de leurs prescriptions<sup>10</sup>.

D'une manière générale, en effet, un décret du Président de la République n'est une source du droit pénal que lorsqu'il satisfait aux trois conditions suivantes<sup>11</sup> :

a. d'avoir été pris dans le cercle de la compétence réglementaire au fond et dans la forme<sup>12</sup>;

b. d'avoir été régulièrement publié<sup>13</sup>;

c. de ne pas porter atteinte aux lois existantes<sup>14</sup>.

Avant de sanctionner pénalement un décret du chef de l'Etat, le tribunal, auquel cette sanction est demandée, a le droit et le devoir de vérifier la légalité de ce décret, c'est-à-dire sa conformité aux trois règles qui précèdent, et qui peuvent se résumer en une seule : c'est que le décret, pour avoir l'obéissance des citoyens, doit avoir lui-même obéi à la loi<sup>15</sup>.

9. Ce sont toutes les colonies et l'Algérie, moins la Guadeloupe, la Martinique et l'île de la Réunion.

10. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 141. Alger, 5 mars 1894, S. 1895.2.89; Cass., 28 août 1902, S. 1903.1.489. En ce qui concerne les lois, v. *supra*, § 8, notes 6 et 7.

11. Il n'est pas question ici des décrets inconstitutionnels, qui, faute d'avoir été attaqués dans les délais légaux, peuvent acquérir force de loi. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 143.

12. Par exemple, l'examen portera, au point de vue du *fond*, lorsque le décret est pris en vertu d'une délégation législative, sur l'observation de cette délégation (Moreau, *op. cit.*, n° 176 bis, Cass., 29 mars 1847, S. 1847.1.264); au point de vue de la *forme*, sur le contresceau ministériel, et le cas échéant, sur la consultation du Conseil d'Etat (Moreau, *op. et loc. cit.*, Cass., 14 juin 1844, S. 1844.1.608).

13. D'après l'article 1<sup>er</sup> du décret des 5-11 novembre 1870, la publication des décrets du Président de la République a lieu par leur insertion soit au *Journal officiel*, soit au *Bulletin des lois*. Aux colonies, la publication des décrets coloniaux est faite par leur insertion au *Journal officiel* de la colonie intéressée. V. décret du 15 janvier 1853. V. Moreau, *op. cit.*, n° 149 et suiv.

14. V. Moreau, *op. cit.*, n° 176 bis, Paris, 11 janvier 1836, S. 1836.2.88. En particulier, constituerait une atteinte à la loi, le règlement qui méconnaîtrait le principe de non-retroactivité. V. Moreau, *op. cit.*, n° 166.

15. V. Laferrère, *Traité de la juridict. administr.*, I, p. 481; Hauriou, *Précis de dr. adm.*, 9<sup>e</sup> éd., p. 94; Dejamme, *Du pouvoir réglementaire*, n° 109;

Un décret illégal du chef de l'Etat peut également être déféré devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Mais, le recours en annulation n'est pas suspensif, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné 16.

## C

Troisième source du droit pénal : les arrêtés de police des maires et des préfets.

BIBLIOGRAPHIE : Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, VI, n° 2800-2814; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n° 622 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XXIV; — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2<sup>e</sup> éd., I, p. 477 et suiv.; — Roux, notes dans S. 1900.1.157 (non signée); 1905.1.425 et 2.249; 1909.1.421 (non signée), 529 et 585; 1910.1.153 (non signée) et 401; 1911.1.289; 1912.1.57, 121 et 177; 1913.1.589 (non signée); 1914.1.420 (non signée); 1916.1.57; 1917.1.25; et 1918.1.65.

## § 11.

Sous l'ancien régime, les règlements de police émanaient soit de fonctionnaires, soit surtout des Parlements, qui ont pris un grand nombre d'arrêtés de règlements en matière de police.

Cet état de choses cessa avec la Révolution : un ordre nouveau fut établi par l'article 1<sup>er</sup> du titre 11 de la loi des 16-24 août 1790, qui confia la police aux corps municipaux, et par l'article 46 du titre 1<sup>er</sup> de la loi des 19-22 juillet 1791, qui leur attribua le pouvoir de prendre des arrêtés de police. C'était reconstituer le pouvoir réglementaire dans d'autres mains 1.

Mais, par crainte d'abus, qui pouvaient être redoutés de la part d'autorités inexpérimentées, peut-être passionnées, ou simplement ignorantes, les lois de 1790 et de 1791 établirent deux garanties : les objets de police confiés à la vigilance des corps municipaux furent déterminés; et ce furent les seuls, sur lesquels ceux-ci purent prendre des arrêtés; de plus, la gravité des peines de simple police fut limitée; l'importance de celles-ci,

Moreau, *op. cit.*, n° 175; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1056, texte et note 2. On invoque ordinairement, à l'appui de cette opinion, qui n'est pas contestée, l'article 471, n° 15, du Code pénal. V. Moreau, *op. et loc. cit.* Mais, une question préalable est de savoir si ce texte concerne les règlements du chef de l'Etat. V. pour la négative, la note 2 ci-dessus. Il est donc préférable de s'en tenir au principe de subordination : le Pouvoir exécutif est chargé d'exécuter la loi : il ne peut donc pas la violer. Cpr. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, I, n° 113 et 193.

16. V. Cass., 10 février 1876, *Bull. crim.*, n° 41.

1. V. sur l'époque intermédiaire, Ortolan, I, n° 630 et suiv.

jugée trop grande, fut à nouveau réduite par le Code du 3 brumaire an IV. V. Code de brumaire an IV, art. 600.

Actuellement, le Code pénal attribue une sanction uniforme à tous les règlements de police. V. art. 471, n° 15 2. Et c'est dans la loi du 3 avril 1884, sur l'organisation municipale, du 15 février 1902, sur la protection de la santé publique, ainsi que dans le Code rural, que l'on trouve maintenant l'indication des matières de *police municipale* ou *rurale*, sur lesquelles peut porter l'activité réglementaire de l'autorité municipale. V. loi de 1884, art. 97; loi de 1902, art. 1<sup>er</sup> et suiv.; Code rural, livre 3, titre 1<sup>er</sup>.

Egalement, sous la Révolution, le préfet de police, dans le département de la Seine, recevait le pouvoir, que les lois de 1790 et de 1791 avaient donné aux corps municipaux. V. arrêtés des Consuls du 12 messidor an VIII et du 3 brumaire an IX. Ce fut l'origine d'une série de dispositions législatives, qui depuis ont délégué aux préfets des départements le droit de faire des règlements de police sur un certain nombre de matières 3.

Ces règlements préfectoraux ont également leur sanction dans l'article 471, n° 15, du Code pénal.

*Conditions pour que les arrêtés de police soient sanctionnés pénalement.*

Le pouvoir réglementaire est une nécessité. La loi ne peut pas tout ordonner ni tout réglementer. Disposant pour l'ensemble du territoire, elle ne peut pas prévoir les détails de son application, ou les circonstances particulières, qui rendent l'imposition d'une règle utile dans une localité, sans objet ou même nuisible dans une autre.

Mais, s'il convenait de remettre à l'autorité administrative locale le soin de faire des règlements, il était prudent en même temps de soumettre l'exercice de ce pouvoir réglementaire à des conditions précises, afin d'empêcher que les libertés publiques, solennellement proclamées, ne fussent supprimées par des tyrans de ville ou de village.

Les arrêtés des maires (ou des préfets) ne sont donc obligatoires et ne constituent une source du droit pénal, qu'autant qu'ils sont légalement faits. Arg. art. 471, n° 15.

2. Quelques textes spéciaux contiennent parfois des sanctions pénales différentes de celles de l'article 471, n° 15 : ainsi, l'article 479, n° 6. Conf. Moreau, *Le règlement administratif*, p. 497.

3. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2796. Cass., 6 novembre 1863, S. 1864.1.51.

Et, pour être légal, un arrêté de police doit satisfaire à un certain nombre de conditions de forme et de fonds :

- 1° avoir été régulièrement publié<sup>4</sup>;
- 2° émaner d'un fonctionnaire compétent<sup>5</sup>;
- 3° être pris dans le cercle des matières que les lois ont remises à la vigilance de l'autorité de qui émane l'arrêté<sup>6</sup>;
- 4° pris dans ce cercle, ne pas régler une matière sur laquelle le législateur ou l'autorité administrative supérieure ont déjà disposé<sup>7</sup>;
- 5° ne pas être en contradiction avec les lois existantes<sup>8</sup>;

4. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2804. Cass., 14 déc. 1923, S. 1924.1.137. Il ne saurait être suppléé à l'absence de publicité légale des règlements de police par la connaissance personnelle qu'en aurait eu le prévenu. V. Cass., 23 novembre 1895, S. 1898.1.157; 21 décembre 1901, *Bull. crim.*, n° 334; 27 juin 1908, *Bull. crim.*, n° 273. Le législateur qui a prévu le mode de publication des lois et des décrets (C. civ., art. 1<sup>er</sup> et décr. du 5 nov. 1870), n'a pas réglé celui des arrêtés municipaux et préfectoraux. Il s'est borné à dire, dans l'article 96 de la loi du 5 avril 1884, que ces arrêtés seraient portés à la connaissance des intéressés, par voie de publications et d'affiches, toutes les fois qu'ils contiendraient des dispositions générales, et, dans tous les autres cas, par voie de notification individuelle. Il en résulte que s'il est essentiel, pour qu'un règlement de police acquiert force obligatoire, qu'il soit rendu public, le mode de publication, sous réserve de ce qui est dit des arrêtés individuels, n'est pas imposé. V. Cass., 24 juillet 1852, S. 1852.1.47; 12 avril 1861, *Bull. crim.*, n° 80; 1<sup>er</sup> décembre 1876, S. 1377.1.47; 4 août 1899, S. 1901.1.430; 21 décembre 1901, *Bull. crim.*, n° 334; 7 mai 1909, S. 1911.1.604; 18 mars et 13 mai 1910, S. 1912.1.119; 25 novembre 1910, *Bull. crim.*, n° 583; 2 janvier 1914, *Bull. crim.*, n° 2; 10 avril 1919, S. 1921.1.191. Et, ce serait certainement entendre d'une manière trop littérale l'article 96 de la loi du 5 avril 1884 que d'exiger obligatoirement l'affichage des règlements de police renfermant des dispositions générales. Ce serait oublier que la loi de 1884 est antérieure de deux ans à la loi du 30 octobre 1886, qui a prescrit l'instruction primaire obligatoire; que cette loi est faite pour les municipalités rurales comme pour les municipalités urbaines, et qu'il y a à la campagne beaucoup d'illettrés encore. Il n'est donc pas exagéré de donner dans ce texte à la conjonction et la signification de la conjonction ou. V. Cass., 21 décembre 1901, précité; 7 mai 1909, précité; 18 février 1910, *Bull. crim.*, n° 75; 18 mars et 13 mai 1910, précités; 30 juillet 1910, *Bull. crim.*, n° 423; 25 novembre 1910, précité; 2 janvier 1914, précité; 10 avril 1919, précité. *Contrà*, Cass., 10 août 1916, S. 1920.1.141; 5 mai 1923, S. 1923.1.398.

5. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2801 et 2803.

6. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2809. Cass., 1<sup>er</sup> mai 1863, S. 1863.1.240; 27 juillet 1900, S. 1903.1.448; 31 décembre 1903, S. 1905.1.425; 18 janvier 1906, S. 1906.1.112.

7. V. Moreau, *Le règlement administratif*, n° 295 et 303. Cass., 26 mars 1825, S. chr.; 31 janvier 1857, S. 1857.1.305; 28 mars 1857, S. 1857.1.558; 1<sup>er</sup> février 1873, *Bull. crim.*, n° 35; 30 juin 1882, S. 1883.1.144; 19 juin 1885, S. 1885.1.325; 16 décembre 1886, S. 1888.1.398. V. aussi Cass., 30 novembre 1916 (motifs), *Bull. crim.*, n° 263.

8. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2812. Cass., 19 juin 1857, *Bull. crim.*, n° 236; 8 décembre 1860, S. 1861.1.473; 6 juillet 1895, *Bull. crim.*, n° 197. -- Il faut en conclure que les règlements de police, pris en vertu d'une loi antérieure, cessent d'être applicables et perdent toute force, lorsqu'ils sont inconciliables avec les dispositions de la loi nouvelle. V. Cass., 20 mai 1887, *Bull. crim.*, n° 202; 3 février

6° enfin, ne pas porter atteinte à un droit reconnu par une loi<sup>9</sup>.

Toutes ces conditions se ramènent à cette idée générale, que le pouvoir réglementaire de l'autorité municipale (ou préfectorale) est un pouvoir législatif délégué, qui ne peut pas faire échec à la loi, en d'autres termes qu'une loi locale ne peut pas déroger à la loi générale<sup>10</sup>.

C'est par une conséquence de cette règle, que notamment il n'appartient pas au maire de déroger dans ses arrêtés, non seulement aux dispositions du Code pénal sur les pénalités encourues en cas de contravention à ceux-ci<sup>11</sup>, mais encore à celles, qui sont relatives au caractère légal du droit pénal<sup>12</sup>, aux conditions de la responsabilité pénale, ou à l'état de récidive.

Et, c'est par une autre application de la même règle, que les maires ne peuvent pas davantage porter atteinte, par leurs règlements de police, aux diverses libertés publiques reconnues par le législateur, spécialement :

- au principe de l'égalité entre les citoyens<sup>13</sup>;
- à la liberté individuelle<sup>14</sup>;
- au droit de famille, au droit de propriété<sup>15</sup>, admis par le Code civil;
- à la liberté du commerce et de l'industrie, établie par la loi des 2-17 mars 1791<sup>16</sup>;

1905, S. 1907.1.199. Mais, si cette inconciliableté ne se rencontre pas, le règlement de police, légalement fait, a un caractère permanent, qui le fait survivre à la loi dont il procède. V. Cass., 20 mai 1887, *Bull. crim.*, n° 197 et 202.

9. V. Moreau, *Le règlement administratif*, n° 295 et 303.

10. V. Cass., 13 avril 1861, S. 1861.1.111; 26 mars 1865, *Bull. crim.*, n° 74; 27 avril 1866, S. 1867.1.47. V. également Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-10.

11. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2814. Cass., 16 décembre 1871, *Bull. crim.*, n° 185. La jurisprudence en a conclu, mais la conséquence est peut-être excessive, que la disposition de l'article 471, n° 15, embrasse tous les règlements de police locale sur les matières attribuées par la législation actuelle au pouvoir réglementaire de l'Administration, quels que soient leur objet, leur date, l'autorité dont ils émanent; et que, par conséquent, la peine prononcée par l'article 471 abroge, en les remplaçant, les pénalités édictées par ceux de ces règlements qui sont antérieurs à 1790. V. Cass., 9 juin 1877, *Bull. crim.*, n° 135. Mais, v. *suprà*, § 7, note 5.

12. Comp. Cass., 7 janvier 1888, *Bull. crim.*, n° 11; 26 janvier 1893, S. 1893.1.168.

13. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2806. Cass., 14 novembre 1896, S. 1897.1.477; 27 juillet 1899, S. 1901.1.376.

14. V. Cass., 1<sup>er</sup> mai 1863, S. 1863.1.240; 17 novembre 1865, *Bull. crim.*, n° 202; 14 juin 1884, S. 1884.1.400.

15. V. Cass., 12 mars 1858, S. 1858.1.407; 3 décembre 1859, S. 1860.1.178; 24 mars 1866, S. 1866.1.416; 14 mai 1887, S. 1887.1.400; 10 juillet 1897, S. 1898.1.300.

16. V. Cass., 22 décembre 1864, *Bull. crim.*, n° 300; 5 mars 1887, S. 1887.1.192; 27 février 1909, S. 1910.1.401.

à la liberté des cultes, consacrée par la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat<sup>17</sup>, etc....

*Arrêtés de police illégaux.*

Lorsqu'un règlement de police de l'autorité municipale (ou préfectorale) est illégal, il cesse d'être une source du droit pénal; et les contrevenants, en ne se soumettant pas à ses prescriptions, n'encourent aucune responsabilité pénale. L'article 471, n° 15, du Code pénal ne sanctionne, en effet, que les règlements de l'autorité administrative légalement faits. Arg. art. 471, n° 15.

Il incombe dès lors au juge de simple police, quand une contravention lui est déférée, de vérifier préalablement si l'arrêté de police que le prévenu a enfreint, est légal, c'est-à-dire, s'il satisfait dans la forme et au fond aux conditions qui viennent d'être indiquées, et en cas de négative, de mettre l'inculpé hors de la poursuite dont il est l'objet<sup>18</sup>.

Et, de même qu'il a le droit d'interpréter la loi, il a également le pouvoir, sans violer pour autant le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de la compétence, d'interpréter les arrêtés de police, et d'en rechercher le sens<sup>19</sup>.

Mais, il n'appartient pas au juge de simple police d'apprécier l'opportunité, l'utilité ou l'efficacité de la mesure ordonnée par l'autorité administrative. Cette appréciation, distincte de l'examen juridique de la légalité, lui échappe, comme portant atteinte au principe de la séparation des autorités, et à l'indépendance de l'Administration<sup>20</sup>.

Pour les mêmes motifs, il ne lui échet pas davantage d'annuler l'arrêté, qu'il a déclaré illégal.

Pour obtenir cette annulation, ou pour échapper à l'applica-

17. V. Cons. d'Etat, 5 août 1907, S. 1909.3.1, avec la note de M. Hauriou; Cass., 9 avril 1909, S. 1909.1.535; 1<sup>er</sup> juillet 1909, S. 1910.1.153.

18. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2810 et 2813. Cass., 29 novembre 1900, *Bull. crim.*, n° 354; 30 décembre 1909, *Bull. crim.*, n° 633. Pour le même motif, le juge de simple police doit vérifier la compétence formelle du fonctionnaire administratif qui a pris l'arrêté de police. V. Cass., 21 décembre 1907, *Bull. crim.*, n° 519; 21 février 1919, S. 1921.1.191. V. aussi Cass., 11 mai 1894, *Bull. crim.*, n° 127. Mais il n'a pas à examiner la légalité de sa nomination. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2811.

19. V. Cass., 21 novembre 1884, *Bull. crim.*, n° 314; 29 janvier 1885, *Bull. crim.*, n° 40; 23 novembre 1900, *Bull. crim.*, n° 346; 7 août 1909, *Bull. crim.*, n° 433.

20. V. Cass., 11 janvier 1878, *Bull. crim.*, n° 14; 10 mars 1887, *Bull. crim.*, n° 95; 14 mai 1887, *Bull. crim.*, n° 195; 5 mai 1905, S. 1908.1.203; 12 décembre 1908, S. 1909.1.61; 19 avril 1918, S. 1918.1.65; 4 mai 1923, S. 1923.1.396; 5 mai 1923, S. 1923.1.395; 8 août 1924, S. 1925.1.142.

tion d'un arrêté légal, mais abusif et vexatoire, il est nécessaire de recourir à la juridiction administrative, en formant un recours devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir<sup>21</sup>.

SECTION DEUXIÈME

EMPIRE DE LA LOI PÉNALE

§ 12.

*Double domaine d'application.*

La loi pénale, comme toute autre loi du reste, possède un double domaine d'application : l'un, sous le rapport du temps, et l'autre, quant aux lieux et aux personnes, sur lesquels elle exerce son empire.

Ce qui est dit de la loi s'entend également, sauf restriction expresse, des actes ayant valeur de loi, qui forment les autres sources du droit pénal.

A. EMPIRE DE LA LOI PÉNALE SOUS LE RAPPORT DU TEMPS.

BIBLIOGRAPHIE : Trébutien, *Cours de droit criminel*, 2<sup>e</sup> éd., I, n° 205 à 232; — Garraud, *Traité de droit pénal*, I, §§ XXVI-XXX; — Roux, notes dans

21. V. Cass., 12 décembre 1908, S. 1909.1.61. Ce recours peut au reste être formé par l'intéressé, au cours de la poursuite dont il est l'objet devant le juge de simple police. Mais, ce recours, sauf dérogation expresse, n'est pas suspensif, et n'oblige pas l'autorité judiciaire à surseoir à statuer jusqu'à l'intervention de la décision de la justice administrative. V. loi du 24 mai 1872, art. 24. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-11. Cass., 8 janvier 1858, S. 1859.1.285; 17 décembre 1864, S. 1865.1.151; 21 août 1874, S. 1875.1.483; 1<sup>er</sup> août 1896, *Bull. crim.*, n° 258; 13 février 1909, *Bull. crim.*, n° 99; 3 mai 1912, S. 1914.1.420; 17 janvier 1914, S. 1914.1.423; 28 janvier 1922, S. 1922.1.334. Cette autorité ne saurait d'ailleurs, sans manquer à sa propre juridiction, surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'Etat ait prononcé sur la légalité de l'arrêté. V. Cass., 15 juillet 1909, *Bull. crim.*, n° 374. Il est à observer de plus que lorsque le recours administratif, formé contre un arrêté municipal ou préfectoral, a été déclaré suspensif par la loi, son effet est simplement d'obliger le juge répressif d'attendre, pour rendre son jugement, que la décision administrative soit intervenue. Mais, il n'est pas de faire considérer l'arrêté attaqué comme temporairement frappé de caducité, et par conséquent comme inexistante la contravention commise entre la date où le recours a été formé et celle où intervient la décision de l'autorité administrative. V. Cass., 20 mars 1919, *Bull. crim.*, n° 74. Sur la possibilité de la contrariété de jugements résultant de l'existence de cette dualité de compétence, voy. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1058, note 1.

S. 1899.1.249 et 2.201; 1900.1.157 (non signée); 1903.1.377; et 1924.1.377.

### § 13.

#### *Durée normale de la loi pénale.*

Normalement, la loi pénale est applicable depuis le moment de sa mise en vigueur jusqu'à celui où la force obligatoire lui est retirée par une loi postérieure, qui l'abroge. Dans l'intervalle de ces deux moments, elle saisit tous les faits qui se sont produits, ou qui ont continué à se produire.

Ordinairement, la mise en vigueur d'une loi coïncide avec sa publication<sup>1</sup>. V. Code civil, art. 1<sup>er</sup>; décret des 5-11 novembre 1870.

Toutefois, il n'est pas rare qu'afin de permettre aux intéressés de se conformer à la nouvelle législation, ou pour donner à l'autorité administrative le temps de prendre les mesures nécessaires d'exécution, le législateur retarde l'application de la loi à une date postérieure.

Ce qu'il peut faire de plusieurs manières : soit en reportant à une date déterminée l'entrée en vigueur de la loi, soit en subordonnant celle-ci à l'intervention de règlements d'administration, soit enfin en combinant les deux systèmes<sup>2</sup>.

Dans ces hypothèses, la loi ancienne continue à être appliquée, malgré la publication de la loi nouvelle, jusqu'au jour où celle-ci devient obligatoire<sup>3</sup>.

1. *Ex die quo lex promulgata est, vires suas obtinet*. V. en droit romain, loi 9 au Code *De legibus*, liv. I, tit. 14, et, dans l'ancien droit, Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 5. Les dispositions des art. 1<sup>er</sup> du Code civil et 1<sup>er</sup> du décret du 5 novembre 1870 concernent uniquement la mise en vigueur des lois sur le territoire français. En l'absence de système légal de publication des lois à l'étranger, il paraît équitable d'admettre, pour respecter le principe que la loi doit avertir avant de frapper, non pas que la loi sera immédiatement applicable dès sa promulgation en France, mais que le juge décidera d'après les circonstances si l'intéressé a pu connaître la loi dont il lui est fait application. V. Demolombe, *Traité de la public. des lois*, n° 29. Cass., 22 juin 1891, S. 1891.1.289.

2. C'est ainsi, par exemple, que le Code pénal, promulgué au début de 1810, ne devait entrer en application que le 1<sup>er</sup> janvier 1811 (décret du 13 mars 1810). Lorsque la mise en vigueur d'une loi est reportée à une date incertaine, la loi doit être régulièrement promulguée et publiée; mais l'échéance de la date peut être simplement portée à la connaissance du public, par voie d'affiches ou de notification, sans qu'il soit besoin de recourir à une insertion au *Journal officiel*. V. Avis du Conseil d'Etat du 25 prairial an XIII. Cass., 5 novembre 1885, S. 1887.1.233.

3. V. Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 4, n° 45. Cass., 7 décembre 1866, D. P. 1866.1.511; 7 mai 1886, *Bull. crim.*, n° 166.

En règle générale, une fois qu'une loi est entrée en vigueur, la force obligatoire lui demeure indéfiniment. Ni le laps de temps, ni le non-usage ou la désuétude<sup>4</sup>, ni la tolérance administrative<sup>5</sup> n'ont d'action sur elle.

Une loi non plus ne perd pas sa force obligatoire par cela seul que les circonstances ou l'ordre de choses en vue desquels elle a été prise, ont cessé d'exister<sup>6</sup>.

#### *Perte de la force obligatoire de la loi pénale.*

En principe, comme il vient d'être dit, les lois pénales sont *perdurables*.

Lorsqu'en effet le législateur légifère, c'est dans le but d'améliorer ce qui existe et de substituer à des solutions qu'il juge mauvaises de nouvelles prescriptions qu'il estime préférables. Mais, ne pouvant prévoir les changements économiques ou

4. V. notamment Cass., 4 février 1898, S. 1899.1.249; 17 février 1916, *Bull. crim.*, n° 40. V. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, p. 308, note 4; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 897-1.

Cette solution, qui est certaine, a été cependant contestée à diverses époques. Elle l'a été notamment à propos des décrets du 29 mars 1880, relatifs aux congrégations religieuses, lorsque l'Administration, après trois quarts de siècle d'inexécution, voulut leur appliquer les lois prohibitives de l'époque révolutionnaire. On soutint alors, que celles-ci avaient été abrogées soit par le non-usage, soit par le principe *rebus sic non stantibus*. V. *Consultation sur les décrets du 29 mars 1880 contre les congrégations religieuses*, Paris, Ped. Lauriel, 1880; Haurion, *Dr. admin.*, 9<sup>e</sup> éd., p. 100, n. 1. Mais, soit l'une soit l'autre de ces deux idées conduirait à reconnaître à la coutume un empire dans le domaine du droit pénal : ce qui serait contraire tant au caractère de légalité, qui dans un but de précision et de clarté a été attribué au droit pénal par le législateur moderne, qu'à la disposition de l'article 65 du Code pénal, qui fait défense au juge d'excuser un délit ou de mitiger la peine en dehors des cas et des circonstances, où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. Or, abroger une loi par l'effet de la coutume, c'est admettre une cause, qui ne résulte pas d'un texte de loi. V. *supra*, § 5, note 5. Il y a lieu toutefois d'observer que l'abrogation d'une loi n'est pas nécessairement expresse, qu'elle peut être aussi la conséquence de l'établissement de nouvelles règles législatives. Dès lors, non plus le principe seul *rebus sic non stantibus*, mais ce principe appuyé sur de nouvelles dispositions législatives peut conduire à l'abolition d'une loi ancienne, sortie de l'usage. Ce qui permet d'éviter certaines survivances légales, aussi contraaires au bon sens qu'à la justice. C'est ainsi, par exemple, qu'en consacrant et en sanctionnant le monopole de la vente du tabac, le législateur a abrogé, implicitement mais nécessairement, une ordonnance royale de 1634, qui interdisait de fumer sous des sanctions pénales, et qui n'a jamais été expressément rapportée.

5. Ainsi, un maire ne peut régulièrement dispenser un citoyen de se conformer aux prescriptions d'un règlement de police général, même pris par lui. V. Cass., 13 avril 1861, S. 1862.1.111; 27 avril 1866, S. 1867.1.47; 28 janvier 1898, *Bull. crim.*, n° 34; 17 février 1916, *Bull. crim.*, n° 40.

6. La loi tire, en effet, sa valeur d'elle-même, et non pas des motifs qui l'ont inspirée au législateur. V. Demolombe, I, n° 129; Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> éd., I, § 20, note 3 et § 40, note 4. Comp. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Tribunal d'appel*, § 3. V. aussi pour l'ancien droit, Merlin, *Rép.*, v° *Désuétude*. V. au surplus la note qui précède.

sociaux qui, à leur tour, rendraient inutile dans l'avenir le progrès législatif qu'il réalise, il dispose pour un temps indéfini.

Mais, si les lois sont pour ce motif perdurables, elles peuvent cependant perdre leur force obligatoire, soit d'une manière définitive, soit d'une manière provisoire.

Au premier cas, on dit qu'il y a *abrogation* ou abolition de la loi en vigueur; au second, on parle plutôt de *suspension* de celle-ci.

Quatre événements différents peuvent influer sur l'existence d'une loi :

1° l'intervention d'une loi postérieure qui remplace la loi antérieure;

2° l'arrivée du terme qui met fin à l'application d'une loi (*loi temporaire*);

3° la promulgation d'une loi d'amnistie;

4° l'existence d'une loi spéciale (*conflit de lois*).

1° Lorsque deux lois se succèdent dans le temps, la loi ancienne est abrogée, c'est-à-dire qu'elle cesse d'exister, qu'elle meurt.

Son abrogation peut être *expresse* ou *tacite*.

Elle est expresse, quand elle résulte d'une disposition formelle de la nouvelle loi; tacite, quand ce résultat est la conséquence de l'inconciliabilité du maintien de la loi ancienne avec la loi nouvelle <sup>7</sup>.

Mais, qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre, toute abrogation est définitive; et la loi ancienne ne revit pas, si à son tour la loi qui l'a abrogée vient à être abolie : *abrogata lege abrogante, non revivescit lex abrogata* <sup>8</sup>.

2° De même, l'arrivée du terme dans le cas de loi temporaire abroge définitivement celle-ci, à moins d'un renouvellement de sa durée pour une nouvelle période de temps <sup>9</sup>.

7. V. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 29; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 149; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 12. Pour qu'une loi (ou un règlement) soit considérée comme tacitement abrogée, il faut qu'il y ait impossibilité absolue de concilier ses dispositions avec celles de la loi nouvelle. V. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 5. Cass., 31 janvier 1873, S. 1873.1.187.

8. Il en est ainsi parce que la loi ancienne ayant été abolie à raison de son imperfection, l'insuffisance de la loi nouvelle qui en fait ultérieurement décréter la suppression, ne prouve pas vis-à-vis d'elle la supériorité de la loi ancienne, et par conséquent la légitimité d'un retour à la vie.

9. On a quelquefois hésité sur le mécanisme de l'abrogation de la loi temporaire, que l'on a rattaché tantôt à une idée de caducité, tantôt à une clause d'abrogation implicite contenue dans le caractère temporaire de la loi. V. Degois, note dans *Dalloz*, 1924.1.217. Cass., 24 septembre 1868, S. 1869.1.389. Mais, quelle que soit l'explication, les résultats demeurent identiques.

Mais, par contre, l'abolition d'une loi temporaire redonne force exécutoire à la loi antérieure, qui doit être considérée, pendant la durée de la loi temporaire, comme ayant été moins abrogée que simplement suspendue et endormie <sup>10</sup>.

3° Egalement, il y a simple suspension de la force exécutoire d'une loi, lorsqu'est promulguée une loi d'amnistie.

Et, en effet, l'amnistie est la fiction qu'un acte qui est délictuel, n'est point délictuel. Mais, cette fiction ne peut s'établir que par une autre supposition : c'est que la loi qui est en vigueur, a momentanément perdu son caractère obligatoire.

4° Enfin, il en est pareillement encore en cas de conflit d'une loi générale avec une loi spéciale.

L'idée même de conflit de lois suppose l'existence simultanée de lois concurrentes. La supériorité reconnue à la loi spéciale sur la loi générale doit donc s'analyser non pas dans une abrogation partielle de cette dernière, mais dans un rétrécissement de son domaine d'application. Dès lors, lorsque cesse la cause qui a produit ce rétrécissement, la loi générale retrouve naturellement son ancien domaine : ce qui revient à dire qu'elle a été suspendue sur les points attribués à la loi spéciale.

#### § 14.

##### *Empire anormal de la loi pénale dans le temps.*

Si, en principe, c'est la loi en vigueur au moment où ils se sont produits, qui saisit tous les faits accomplis, il est cependant

10. La solution donnée au texte n'est pas admise par tous les auteurs. Certains ont appliqué à cette hypothèse le brocard : *abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata*. Mais, l'application de ce brocard aux lois temporaires est contestable. Ce ne sont pas, en effet, des considérations d'imperfection de la loi en vigueur, qui ont fait prendre la loi temporaire, mais des circonstances exceptionnelles et supposées éphémères qui ont nécessité des mesures extraordinaires. Il est donc naturel de penser que le retour à la situation normale implique le retour aux mesures législatives ordinaires. Et, pour permettre ce retour, le législateur doit être présumé avoir non pas abrogé cette législation, mais lui avoir simplement retiré sa force obligatoire. On a prétendu que l'idée d'une loi provisoirement suspendue était une subtilité. V. Degois, note dans *Dalloz*, 1924.1.217. Il n'en est rien. D'une part, il existe des cas où certainement la loi peut être suspendue : ce sont les hypothèses de l'amnistie et du conflit des lois (V. au texte les n° 3° et 4°). D'autre part, ce qui est inexplicable, c'est d'attacher un effet extinctif définitif à une loi temporaire. En prenant celle-ci, le législateur sait à l'avance qu'il fait une législation transitoire : il a donc envisagé le moment de sa fin. Et, pour ce moment, il se serait privé du secours des anciennes dispositions législatives? Il se serait mis dans l'obligation de procéder à la confection d'une loi nouvelle? C'est bien peu vraisemblable et contraire au principe de l'économie des moyens législatifs.

apporté à cette règle des exceptions en deux sens opposés : soit, pour faire régler par une loi postérieure des faits, qui s'étant passés *avant* sa publication, ne lui appartiennent pas régulièrement;

soit pour refuser à celle-ci la sanction de faits, qui s'étant continués *après* sa publication, devaient normalement être soumis à son empire;

soit enfin, pour faire sanctionner par une loi ancienne, *après* son abrogation, des faits, qui se sont commis sous son empire, mais qui ne sont pas encore jugés, quand elle a été abolie par la loi postérieure.

Ces exceptions peuvent dériver de deux causes, quelquefois confondues, mais qu'il paraît préférable de distinguer :

1° de la présence de droits acquis;

2° de la rétroactivité ou non-rétroactivité de la loi pénale.

#### I. Exceptions tenant à des droits acquis.

BIBLIOGRAPHIE : Jousselin, *Revue critique*, 1852, p. 180 et suiv.; — Roux, notes dans S. 1909.1.585; et 1911.1.339 (non signée).

En modifiant ses prescriptions, la loi pénale peut opposer l'intérêt de la société, qui réclame l'établissement d'un nouvel ordre juridique, aux intérêts privés, qui étaient fondés sur l'ordre ancien.

En droit civil, où le même conflit peut se produire, il est reconnu que la loi nouvelle, à moins de dérogation formelle de la part du législateur, ne peut pas porter atteinte aux *droits acquis* des particuliers (par opposition les *simples expectatives*)<sup>1</sup>.

Mais, la règle, qui, même en droit civil, écarte les droits acquis en matière de lois qui sont d'ordre public, entraîne, comme conséquence, leur exclusion en matière de lois pénales, qui ont incontestablement ce caractère d'ordre public.

Les lois de police et de sûreté dérogent donc par leur nature, et sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse du législateur, à toutes possessions ou usages, qui seraient contraires à ce qu'elles prescrivent<sup>2</sup>. On ne saurait utilement objecter que ces possessions et usages constituent des droits acquis; car nul

1. V. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 30.

2. V. Cass., 6 décembre 1836, S. 1836.1.905, avec le réquisitoire du procureur général Dupin; 6 novembre 1902, S. 1903.1.377; 6 mai 1905, S. 1908.1.203. V. aussi Cass. réun., 19 novembre 1836, S. 1836.1.929, dans une affaire qui mettait en cause

ne peut légitimement prétendre conserver comme licite ce qui est maintenant considéré comme illicite et condamné comme délit<sup>3</sup>.

Mais, la solution qui précède, en apporte deux sortes d'exceptions.

1° La dérogation peut d'abord provenir du législateur, qui, pour éviter le paiement d'indemnités élevées, maintient les droits acquis, et les laisse, temporairement ou définitivement, hors de l'application de ses nouvelles prescriptions.

C'est ainsi que la loi du 7 juin 1843, sur la voirie, déclare, dans son article 4, respecter les droits acquis des propriétaires riverains de la voie publique, relativement aux frais de construction des trottoirs.

L'article 9 de la loi du 17 juillet 1880, sur les débits de bois-

une transaction passée au xvii<sup>e</sup> siècle par Colbert, comme intendant du cardinal Mazarin, avec les usagers de la forêt de Mayenne, appartenant au cardinal-duc.

3. S'il n'y a pas de droits acquis en matière pénale, il y a cependant des droits légitimement possédés, que la loi pénale, dans un but moral, ou quelquefois simplement fiscal, vient supprimer. Ne convient-il pas, dès lors, tout au moins d'en indemniser les possesseurs, qui les avaient acquis sous la foi de la loi ancienne? Bien qu'on ait paru hésiter sur la solution, la réponse affirmative s'impose, car c'est la seule équitable. Du reste, le droit à une indemnité a été reconnu à plusieurs reprises par le législateur. Il en est ainsi notamment dans le décret du 27 avril 1848, relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises; dans la loi du 2 août 1872, attribuant à l'Etat le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes; et dans la loi du 29 mars 1915, réglant la situation des détenteurs de plants d'absinthe. Il est vrai de dire que par contre aucune indemnité n'a été réservée dans deux lois plus anciennes, du 12 février 1835, étendant le monopole de l'Etat en matière de tabac, et du 2 mai 1837, établissant le monopole de l'Etat sur les lignes télégraphiques. Comp. Moreau, *Le règlement administratif*, n° 174. D'après M. Hauriou (*Précis de droit administr.*, 9<sup>e</sup> éd., p. 549 et suiv.), une distinction doit être faite. Une indemnité serait due, lorsque la loi nouvelle procure un enrichissement au patrimoine administratif (par exemple création ou extension d'un monopole); elle cesserait d'être due, quand la réforme n'entraîne aucun enrichissement pour ce patrimoine: telles que des modifications législatives aux règles du droit privé ou des interdictions restreignant les libertés publiques. Mais, on comprend mal une semblable distinction. D'une part, elle ne répond pas aux faits, puisqu'en 1848 notamment, lors de l'abolition de l'esclavage dans les colonies, on indemnisa les propriétaires d'esclaves. D'autre part, elle paraît peu satisfaisante en équité: car le principe de l'indemnité ne se trouve pas dans l'enrichissement de l'Etat, mais plutôt dans le dommage causé à une situation qui s'est établie sur la foi de la législation existante. On ne saurait d'ailleurs, légitimement du moins, parler du dommage causé sans faute. La faute consiste de la part du législateur à avoir laissé ces situations s'établir, se posséder et se transmettre, grâce à une législation incomplète et imparfaitement équitable: or, le législateur nouveau est responsable des erreurs de son devancier. En se plaçant à un point de vue plus élevé, on peut dire que la même idée qui commande d'indemniser celui dont on exproprie le bien pour cause d'utilité publique, exige qu'on indemnise également celui à qui on enlève sa chose pour accomplir un progrès social, profitable à la collectivité entière: il n'est pas juste que le bien public progresse avec les dépouilles des particuliers.

sons, maintenu par la loi du 9 novembre 1915, contient une autre disposition de ce genre.

2. D'un autre côté, en matière de police, en l'absence même de toute réserve exprimée, les arrêtés des maires ou des préfets, bien qu'ils s'appliquent aux situations existantes comme à celles qui s'établiraient dans l'avenir, ne peuvent pas léser les droits acquis 4.

## II. Exceptions tenant à la non-rétroactivité ou à la rétroactivité de la loi pénale 5.

BIBLIOGRAPHIE : Villey, note dans S. 1885.1.401; — Roux, notes dans S. 1903.1.377; 1920.1.137 et 284; et 1924.1.377.

### a. Non-rétroactivité de la loi pénale.

La loi pénale ne régit que l'avenir, elle respecte le passé; ce qui est accompli, échappe à son pouvoir: c'est la conséquence de la disposition de l'article 4 du Code pénal, qui subordonne le droit de punir à la condition d'avoir au préalable averti le délinquant 6: *Moneat lex priusquam feriat* 7.

4. La solution indiquée au texte est controversée. Le principe qu'il n'y a pas de droits acquis en matière pénale a été en effet entendu comme applicable aux règlements de police, qui sont également d'ordre public. V. Joussetin, *Des mots effet rétroactif et droits acquis en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire* (*Revue critique* de 1852, p. 180 et suiv.). Mais, c'est oublier d'une part que le législateur, comme le prouvent la loi du 7 juin 1845 et l'article 9 de la loi du 17 juillet 1880, a lui-même admis la possibilité de droits acquis; et c'est d'autre part perdre de vue que, si les arrêtés de police peuvent régler l'usage des droits, ils sont impuissants à les supprimer. Or, il est des réglementations qui, par les modifications graves qu'elles prescrivent dans l'exercice des droits, équivalent en fait à une suppression. Quant à l'objection qu'une application partielle, ou retardée, rendrait stériles les mesures ordonnées par l'autorité municipale, il convient de répondre que l'Administration trouve dans le droit d'expropriation le moyen d'arriver à une application immédiate et complète, et qu'il ne faut pas qu'en toute circonstance les droits privés fassent les frais des améliorations apportées à la vie commune. Au reste, la jurisprudence a formellement reconnu que les arrêtés de police ne pouvaient pas porter atteinte aux droits antérieurement acquis. V. Cass., 5 août 1882, S. 83.1.46. V. également Cass., 29 juillet 1893, S. 1900.1.157; 17 juillet 1903, S. 1911.1.539. V. aussi, en matière du droit de critique appartenant au public au théâtre, Cass., 2 mai 1908. *Bull. crim.*, n° 174.

5. Il ne s'agit ici que des lois du fond, parmi lesquelles sont à ranger, d'après l'opinion qui a prévalu, les lois qui concernent la prescription. V. Mangin, *Tr. de l'act. publ. et de l'act. civ.*, II, n° 295; F. Hélie, *Tr. de l'instr. crim.*, II, n° 1058; Blanche, I, n° 34; Cass., 21 décembre 1907, S. 1909.1.413.

6. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 23 et 25; Trébutien, I, n° 203; Laborda, *Cours de dr. crim.*, n° 63; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 30, 37 et suiv. Cass., 16 janvier 1893, *Bull. crim.*, n° 20; 23 octobre 1896, *Bull. crim.*, n° 299; 23 décembre 1906, *Bull. crim.*, n° 473. On trouvera un exemple de loi rétroactive dans l'article 4 de la loi du 14 novembre 1918.

7. C'est l'interprétation traditionnellement donnée de l'article 4 du Code pénal,

Et, la condition de l'avertissement s'entendant rigoureusement, il en est ainsi, non seulement quand le fait passé était licite sous l'empire de la loi antérieure, mais aussi quand il était déjà déclaré illicite par celle-ci 8. Dès lors, lorsque des faits délictueux, commis sous l'empire d'une loi, ne sont pas jugés quand cette loi est abrogée par une loi postérieure, on est obligé, cette dernière étant inapplicable aux faits antérieurs à sa publication, de continuer à appliquer la loi ancienne, bien qu'elle soit abolie. Il y a donc, après l'abrogation d'une loi, la possibilité pour elle d'une application posthume.

Mais, ce n'est pas violer la règle de l'article 4 et faire rétroagir la loi pénale, que de soumettre à la loi nouvelle la partie des faits, reprochés au prévenu, qui se sont continués ou renouvelés depuis sa publication: elle en connaît légitimement,

que l'on rattache à l'article 2 du Code civil. V. notamment Chauveau et F. Hélie, I, n° 22 et 23; Ortolan, I, n° 585; Boitard, *Leçons de dr. crim.*, 13<sup>e</sup> éd., n° 26; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 83. V. cependant, Cass., 2 mars 1917, S. 1920.1.137. Mais, on a récemment contesté cette doctrine, et prétendu que l'explication de l'article 4 du Code pénal devait être demandée non pas au principe de non-rétroactivité, qui serait étranger au droit pénal, mais à une règle plus générale, trouvant sa formule dans la maxime « *nulla poena sine lege nulla* »: dans ce système la loi pénale rétroagirait à moins qu'elle soit plus rigoureuse. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 31-33; Garraud, I, n° 152. V. aussi Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 30, p. 61. — A ce qu'il semble, cette opinion dissidente ne doit pas être suivie. D'une part, il n'est pas indifférent, comme on pourrait peut-être le penser, de dire que la loi nouvelle s'applique aux faits passés, sauf quand elle est plus sévère, ou que la loi ancienne se survit, sauf quand elle est moins douce; car ces formules laissent sans réponse le cas, qui peut se présenter, de deux lois, qui ne sont pas comparables entre elles: ce qui donne tout intérêt à la détermination de la solution de principe. D'autre part, bien que l'article 4 n'exprime pas formellement le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, sa liaison avec l'article 2 du Code civil, qui le contient, est visible. Cela ressort notamment de deux ordres de considération. Le premier est le caractère de généralité appartenant à l'article 2 du Code civil, qui, comme les premières dispositions de ce titre préliminaire, les articles 1<sup>er</sup> et 3 entre lesquels il est placé, concerne aussi bien les lois pénales que les lois civiles. V. le discours préliminaire de Portalis dans Loaré, I, p. 262 et 577. Il pouvait donc paraître inutile aux rédacteurs du Code pénal de répéter quelques années après, à propos de la législation criminelle, la même règle dans les mêmes termes. Le second argument, c'est que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale a été affirmé à plusieurs reprises à l'époque révolutionnaire de la façon la plus solennelle. V. Déclar. des Droits de l'homme de 1793, article 14; Déclar. des Droits du 5 fructidor an III, article 14. Supposer dès lors que dans le droit moderne le principe inverse a été consacré dans l'article 4 du Code pénal, ce serait sans raison faire table rase de ces précédents historiques, et attribuer aux auteurs du Code une pensée novatrice, que non seulement rien ne justifie, mais qui trouve de plus sa réfutation dans l'article 6 du décret du 23 juillet 1810, relatif à l'introduction des Codes criminels, qui se réfère d'une manière positive à la règle de non-rétroactivité de la loi pénale.

8. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 151 et 152; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 38; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 899. Cass., 4 janvier 1861, S. 1861.1.665; 6 mai 1920, *Bull. crim.*, n° 206. Comp. Laborde, *Cours de dr. crim.*, 1<sup>re</sup> éd., n° 69.

puisque ces faits sont postérieurs à la défense qu'elle édicte<sup>9</sup>.

Il en est ainsi du moins, lorsque tous les éléments, qui entrent dans la composition de l'infraction, se rencontrent après la promulgation de cette loi<sup>10</sup>.

#### β. Rétroactivité de la loi pénale.

C'est en parlant de l'idée que seules les peines strictement nécessaires sont légitimes, qu'il est dérogé à la solution qui vient d'être indiquée, et que la loi pénale rétroagit, quand elle est plus douce que la loi qu'elle abroge. Il paraîtrait, en effet, inique d'appliquer aux faits antérieurs une pénalité, que ne justifient plus les exigences de la sécurité publique.

Bien que cette dérogation ne soit pas exprimée dans l'article 4 du Code pénal, sa certitude ressort néanmoins des diverses applications qu'en a faites le législateur<sup>11</sup>. V. Code pénal de 1791, dernier article; Avis du Conseil d'Etat du 26 prairial an VIII; décret du 23 juillet 1810, art. 6; Code de justice militaire, art. 276.

Mais, cette rétroactivité ne concerne que les faits, qui ne sont pas encore définitivement jugés, lorsque intervient la loi nouvelle. Ceux, qui à ce moment, ont déjà donné lieu à une sentence passée en force de chose jugée, échappent à son action, parce que l'œuvre de la justice ne saurait être perpétuellement remise en question, et, parce que de plus il n'existe pas de voie judiciaire pour rouvrir un procès épuisé<sup>12</sup>. En pareil cas, c'est au législateur, ou, à son défaut, au Pouvoir exécutif, qu'il appartient de prendre les mesures, que commande le sentiment

9. V. Trébutien, I, n° 220; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 155, I; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 46; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 90. Cass., 23 décembre 1853, S. 1854.1.405; 14 novembre 1862, D. P. 1863.5.394; 6 novembre 1902, S. 1903.1.377; 11 juin 1903, S. 1903.1.425; 20 novembre 1903, S. 1904.1.64.

10. Il est, en effet, manifeste que ce serait faire rétroagir la loi pénale que de soumettre à son empire une infraction, dont la constitution s'est réalisée partie avant et partie après sa mise en vigueur. Cpr. Cass., 12 novembre 1924, *Bull. crim.*, n° 389; 24 juillet 1925, *Bull. crim.*, n° 242.

11. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 27; Trébutien, I, n° 209; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 155, II; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 39; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 92. Cass., 19 juin 1885, S. 1886.1.45, avec le rapport du conseiller Chambareaud; 3 mai 1907, S. 1907.1.429; 8 juin 1907, *Bull. crim.*, n° 263; 17 novembre 1922, S. 1924.1.377; 24 juillet 1924, S. 1926.1.141.

12. V. Laborde, *Cours de dr. crim.*, n° 63; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 158; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 94; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 79 et suiv.; Renault, note sous un arrêt en sens contraire de la Cour d'Aix, du 15 mai 1878, S. 1879.2.177. Sur ce qu'il faut entendre par condamnation définitive, v. Cass., 19 juin 1885, S. 1886.1.45 et le rapport du conseiller Chambareaud.

d'humanité envers des condamnés, qui subissent une peine, estimée maintenant excessive<sup>13</sup>.

C'est par une application du même principe de rétroactivité, qu'aucune répression ne peut plus être prononcée à raison de faits délictueux, lorsque les dispositions pénales, qui les sanctionnent, viennent à être abrogées avant qu'un jugement définitif soit intervenu<sup>14</sup>.

Pour d'autres raisons, et sans qu'on distingue si la loi nouvelle est plus douce ou plus rigoureuse que la loi ancienne, les lois interprétatives rétroagissent toujours, parce qu'elles font corps avec la loi qu'elles interprètent<sup>15</sup>. Il en est de même des lois modificatives de l'exécution d'une peine, parce qu'il n'y a pas de motif légitime à soustraire les condamnés à l'application d'un régime, supposé plus moralisateur. V. loi du 5 juin 1875, art. § 16.

Toutefois, lorsque la loi nouvelle modifie, non seulement le régime d'une peine, mais son caractère, quand, par exemple, elle transforme une peine continentale en peine coloniale, elle cesse de s'appliquer aux condamnations qui sont en cours, parce que le juge, qui a fixé la durée de la peine, a pris en considération sa nature, et que l'on courrait le risque de fausser son œuvre, en y substituant une peine en réalité différente<sup>17</sup>. Arg. loi du 8 juin 1850, art. 8.

13. V. des exemples de ces mesures législatives dans la loi du 3 septembre 1792, article 5; dans le décret du 27 avril 1848, abolissant l'esclavage, article 4; — dans la loi du 31 mai 1854, abrogeant la mort civile, article 5; — dans la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes, article 19. Cpr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 900.

14. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 900. Cass., 5 janvier 1893, *Bull. crim.*, n° 3; 12 mai 1893, *Bull. crim.*, n° 129; 22 février 1906, *Bull. crim.*, n° 89; 20 août 1908, *Bull. crim.*, n° 371; 24 juillet 1909, *Bull. crim.*, n° 403; 17 novembre 1922, S. 1924.1.377.

15. Cpr. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 30, texte et note 9.

16. Arg. encore article 7 de la loi du 8 juin 1850 sur la déportation. V. Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 174 et 175; Morin, *Rép. v. Effet rétroactif*, § 4, n° 15; Trébutien, I, n° 219; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 159; Villey, dans S. 1881.2.73; Garçon, *Code pén. ann.*, sur l'article 4, n° 54 et 55; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 900.

17. V. Trébutien, I, n° 219; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 159; Villey, dans S. 1881.2.73; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 83. On a objecté parfois l'article 15 de la loi du 30 mai 1854, sur la transportation pénale, pour soutenir que, même dans le cas de transformation d'une peine continentale en peine coloniale, la loi nouvelle pourrait être rétroactive. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 89. Mais, c'est, à ce qui semble, une erreur; et aucune solution de principe ne peut être appuyée sur ce texte. Il ressort, en effet, de l'exposé des motifs de la loi de 1854 que, dans la pensée de ses auteurs, le changement de lieu d'exécution de la peine des travaux forcés ne touchait pas à la nature de la peine, mais seulement à son mode d'exécution, le Code pénal n'ayant pas déterminé le caractère continental ou colonial de la peine. Il est indiqué de plus, dans les travaux préparatoires, que la forme nouvelle donnée à la peine des travaux forcés, comportant des adoucissements et des avantages qui

Enfin, on observera que le principe de rétroactivité ne s'applique qu'aux peines, et qu'il demeure étranger aux sanctions n'ayant pas un caractère pénal, auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un délit<sup>18</sup>. Arg. Code civil. art. 2.

*Ce qu'il faut entendre par loi plus douce.*

Entre deux lois qui se succèdent, il peut donc être nécessaire de savoir quelle est la loi la plus douce<sup>19</sup>.

On doit notamment reconnaître cette qualité :

1° à la loi, qui modifie *in mitius* la nature d'une infraction, tout délit, quelle que soit sa répression, étant présumé moins grave qu'un crime, et toute contravention de police plus légère qu'un délit;

2° à celle qui ajoute une condition à la perpétration d'un délit<sup>20</sup>;

3° à celle qui abrège le délai de la prescription, sans toucher à la nature de l'infraction;

4° et enfin à celle qui réprime le délit d'une peine, placée à un degré inférieur dans l'échelle des peines, ou supprime dans

compensaient largement pour le condamné l'éloignement des lieux où il allait subir son châtement, il n'y avait pas en réalité d'aggravation. Le fait même que pour les condamnations antérieurement prononcées et pour les crimes antérieurement commis, le législateur écartait la prescription des articles 6 et 8, prouves au souci de ne pas faire rétroagir une loi plus rigoureuse. V. S. *Lois ann.* de 1854, p. 94, col. 1<sup>re</sup>. V. aussi, *ibidem*, p. 97, col. 3.

18. La jurisprudence, qui a attribué un caractère principal de réparation civile aux amendes et confiscations en matière fiscale, en a conclu, en particulier, qu'elles échappaient à l'atténuation de la loi postérieure plus douce. V. Cass., 11 décembre 1863, S. 1864.1.301; 9 novembre 1888, S. 1889.1.351; 18 novembre 1897, *Bull. crim.*, n° 365; 27 février 1898, S. 1899.1.104. V. aussi Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 50 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 1068, note 2.

19. Une succession de lois peut d'ailleurs se présenter dans deux circonstances différentes : 1° quand une loi en abroge une autre, et la remplace définitivement; 2° quand une loi, momentanément suspendue et remplacée par une loi temporaire, reprend son empire après la cessation d'application de celle-ci. On a cependant contesté que, dans ce dernier cas, le principe de rétroactivité s'appliquât. Mais, on invoquerait vainement l'article 43 de la loi du 9 août 1849, qui maintient aux tribunaux militaires, après la levée de l'état de siège, la connaissance des crimes et des délits, dont la poursuite leur a été déferée. D'une part, en effet, en limitant la solution aux infractions déjà poursuivies, ce texte ne résout pas la question; et, d'autre part, en ne parlant que d'une prorogation de compétence, il est étranger aux lois de fond. Il convient donc de s'élever à une idée plus haute. Or, en faisant une loi temporaire, le législateur a montré que l'ordre social n'avait besoin de mesures exceptionnelles que pendant un certain temps. Dès lors, il serait contradictoire de vouloir en réclamer l'application, passé ce délai. V. Cass., 26 mars 1920, S. 1920.1.281; 1<sup>er</sup> avril 1920, S. 1921.1.187.

20. Ou qui modifie les conditions de la poursuite. V. Cass., 24 juillet 1924, S. 1926.1.141.

la répression une pénalité accessoire, la peine principale demeurant identique. V. art. 6 et suiv.

Lorsque la comparaison de la sévérité de deux lois successives n'est pas possible, ce qui peut se produire, non seulement quand la peine, indiquée dans une loi, a un minimum plus faible et un maximum plus élevé que dans l'autre, mais encore lorsque les peines mentionnées dans les deux lois (ou dans l'une d'entre elles), ne figurent pas dans l'échelle des peines du Code pénal, ou lorsque les conditions d'accomplissement de l'infraction diffèrent complètement, il y a lieu de revenir simplement à la règle de non-rétroactivité de la loi pénale, la rétroactivité de la loi pénale plus douce n'étant qu'un tempérament d'équité, dont la justification ne se trouve pas faite<sup>21</sup>.

Enfin, nul n'ayant le droit de demander à être jugé, et la société étant maîtresse du moment des poursuites, aucun délinquant ne peut invoquer la circonstance, que dans l'intervalle de l'infraction au jugement, une loi transitoire a momentanément abaissé la répression. Dans cette hypothèse, la comparaison est seulement à établir entre la loi en vigueur au temps de l'infraction et celle qui existe à l'époque de la poursuite<sup>22</sup>.

21. Les auteurs ont multiplié les systèmes. Tantôt, ils attribuent le caractère de loi plus douce à la loi, qui fixe à la peine le minimum le plus faible, parce que c'est elle qui renferme la chance la plus favorable pour le délinquant. Tantôt, ils le reconnaissent à la loi, qui contient le maximum le moins élevé, parce que c'est elle qui donne au délit la signification la plus bénigne. Quelques-uns sont même allés, pour sortir d'embarras, jusqu'à laisser le choix au délinquant : ce qui est pour le moins assez singulier. V. l'exposé de ces théories différentes dans Trébutien, n° 214 et suiv. V. aussi, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 156, I. En réalité, toutes ces opinions sont arbitraires : elles ne tiennent pas compte du caractère exceptionnel de la solution, qui fait rétroagir la loi pénale, et de l'impossibilité, où l'on est, d'ailleurs, de régler par elle toutes les hypothèses de conflit de lois successives. Quand par exemple les deux peines ne figurent pas dans l'échelle des peines du Code pénal, on est bien obligé de déterminer la loi applicable, abstraction faite de sa sévérité relative. Or, en pareil cas, la règle de non-rétroactivité l'emporte en raison sur le tempérament exceptionnel de rétroactivité de la loi pénale. *Contrà*, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 70; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 89. Mais, tout en maintenant l'application de la loi ancienne, on doit reconnaître que le juge ne pourra pas, en vertu du principe que seules les peines nécessaires sont légitimes, s'élever au-dessus du maximum fixé par la loi nouvelle. Comp. Villey, note dans S. 1885.1.401; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 156, II.

22. V. Trébutien, I, n° 211. En doctrine, et aussi dans la pratique, on fait plus généralement entrer en ligne de compte la loi intermédiaire. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 155, III; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 4, n° 40. Cass., 9, 15 juillet et 3 septembre 1843. S. chr.; 14 novembre 1868, S. 1869.1.333. Mais, c'est admettre inexactement qu'un délinquant peut avoir un droit acquis à une loi, qui n'est ni celle qu'il a enfreinte, ni celle qui le poursuit, et dont l'imperfection est manifestée par sa suppression. Quant à l'objection tirée de ce que, la loi intermédiaire ayant abrogé la loi antérieure plus sévère qu'elle, il est impossible de faire revivre elle-ci après l'abolition de la loi intermédiaire, on peut l'écartier, en observant

## B. EMPIRE DE LA LOI PÉNALE QUANT AUX LIEUX ET AUX PERSONNES.

BIBLIOGRAPHIE : Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ XXXI-XXXVII; — F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 4<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 634; — A. Lepoittevin, *Des crimes ou délits commis par des Français à l'étranger (Journal de droit international privé*, 1894, p. 209); — L. Renault, *Revue critique*, 1884, p. 719; — Cauwès, note dans S. 1875.1.136; — Souchon, note dans S. 1895.2.73; — Appert, note dans S. 1899.2.225; — Roux, notes dans S. 1908.1.553; 1910.1.273; 1915.1.57; et 1920.1.285 (non signée); 1921.1.140 (non signée); et 1926.1.41; — Selosse, *Traité de l'annexion*; — Cabouat, *Des annexions de territoire*; — M. Travers, *Traité de droit pénal international*, 5 vol., Paris, 1922; — H. Donnedieu de Vabres, *Introduction au droit pénal international*, Paris, 1922.

## § 15.

*Historique.*

La loi pénale, faisant partie du droit public et étant destinée à garantir la souveraineté de la nation, s'étend naturellement à tout le territoire, sur lequel s'exerce cette souveraineté <sup>1</sup>.

que le conflit de lois successives suppose précisément une loi abrogée, et a pour effet de lui donner une application posthume. Comp. Boitard, *Leçons de droit crim.*, n<sup>o</sup> 27.

1. Logiquement, le problème de l'application de la loi pénale dans l'espace peut recevoir quatre solutions différentes : a) donner à la loi pénale le caractère d'une *loi personnelle*, s'appliquant aux seuls Français, mais attachée à leur personne et les suivant en quelque lieu qu'ils délinquent : c'est le système de la *personnalité des lois*, qui a fonctionné à l'époque franque et au Moyen âge, et qui se retrouve encore dans des capitulations en Orient et Extrême-Orient, ainsi que dans quelques hypothèses particulières (répression des délits commis par des Français soustraits à l'empire des lois locales, etc.); b) attribuer à la loi pénale le caractère de *loi territoriale*, applicable aux étrangers comme aux régnicoles, mais limitée aux délits commis sur le territoire : c'est la solution que renferme l'article 3 du Code civil; c) voir dans la loi pénale une *loi réelle*, destinée à protéger les biens juridiques reconnus par la loi française, en quelque lieu qu'ils aient été lésés; d) et enfin, admettre la *compétence universelle* de la loi pénale, pour lui permettre, en vertu d'un devoir de solidarité entre les Etats, de se saisir de tout criminel, quelles que soient sa nationalité et le lieu de son délit. V. Tobar y Borgono, *Du conflit international*, p. 35 et suiv.

Mais, il est visible qu'aucune de ces solutions n'est satisfaisante à elle seule : la première, parce qu'elle ne garantit pas suffisamment l'ordre public en France, quand il est troublé par un étranger, et qu'elle fait appliquer par des juges français une loi pénale étrangère mal connue d'eux; la seconde, parce qu'outre son évident égoïsme, elle ne protège pas complètement l'ordre public en France, qui peut être violé par un acte commis à l'étranger (art. 7, C. instr. crim.); la troisième, parce que ne tenant pas compte du lieu du délit, elle peut porter atteinte à la souveraineté territoriale des Etats, et appliquer au délinquant étranger une loi ignorée de lui; et la quatrième, par les surprises plus grandes encore, qu'elle peut ménager aux délinquants étrangers, commettant dans leur pays un délit sur la personne d'un de leurs compatriotes.

A ce qui semble donc, l'application de la loi pénale dans l'espace doit être déter-

Mais, ne peut-elle pas déborder ce territoire, et saisir des faits, qui, ayant été commis au delà des frontières, relèvent d'une souveraineté locale étrangère?

De tout temps, si on néglige le droit très ancien, et en remontant simplement au xvii<sup>e</sup> siècle, un caractère extraterritorial a été reconnu à la loi pénale.

Il en était ainsi d'abord, sous l'ancien régime, où l'application extraterritoriale de la loi française était fondée sur l'idée, que le juge d'un délit était aussi bien le juge du domicile, ou de la capture, du délinquant, que celui du lieu de l'infraction <sup>2</sup>.

Il en fut de même encore sous la Révolution, quoique l'état troublé de l'Europe fût peu favorable à une extension de la loi pénale en dehors du territoire, et que l'idée que le droit de punir, impliquant le droit de commander, devait cesser là où s'arrêtait celui-ci, eût fait des progrès. Tout au moins, à partir du Code du 3 brumaire an IV, la loi pénale, reprenant la nature d'une loi de statut personnel, conserva son empire sur les crimes commis par des Français hors du territoire. V. Code du 3 brumaire an IV, art. 11 et 13 et aussi art. 12.

Lors de la rédaction du Code d'instruction criminelle, il parut au contraire qu'en punissant des délits commis en pays étranger, et simplement dommageables à l'ordre public étranger, la loi française empiétait sur le pouvoir souverain de l'autorité locale, et commettait une usurpation. Aussi, l'application extraterritoriale de la loi pénale, sans être supprimée, fut rigoureusement limitée, dans les articles 5, 6 et 7, à des hypothèses, où apparaissait nettement soit la nécessité de la protection des nationaux, soit le besoin de la légitime défense de l'Etat. On ne se préoccupa ni des crimes dont pouvaient souffrir les étrangers, ni d'aucun délit.

L'étroitesse de ces conceptions devint sensible sous la Restauration, quand s'implanta définitivement la règle qu'un gouvernement ne livre pas ses nationaux. Pour éviter le spectacle scandaleux de l'impunité accordée à un Français, réfugié en France après son crime ou son délit, la loi du 27 juin 1866, reprenant la tradition historique, rendit à la loi pénale une

minée moins d'après un principe unique, impuissant à tout concilier, que d'après un système complexe, qui, tenant compte des divers aspects de la question, cherche à leur donner successivement satisfaction. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 165, *in fine*.

<sup>2</sup>. V. Jousse, I, p. 422 et suiv.

application extraterritoriale plus large, devenue nécessaire avec les facilités nouvelles des communications internationales, et légitimée par l'évolution qui s'était produite dans les principes du droit des gens (*courtoisie internationale*).

Les solutions de cette loi ont été depuis complétées par la loi du 3 avril 1903 et celle du 26 février 1910, afin de faire disparaître certaines causes d'impunité dont pouvaient bénéficier les délinquants.

Malgré les extensions successives qu'elle a reçues, la loi pénale demeure *principalement* territoriale, et n'est qu'*exceptionnellement* extraterritoriale.

Mais, peut-il en être différemment? et doit-on admettre à son profit, parce que le crime s'internationalise, une compétence universelle? C'est ce qui ne semble juste ni en droit ni en équité. La loi pénale doit avertir avant de frapper. Comment le ferait-elle, si, sa publication étant limitée à un territoire, son application est étendue à la terre tout entière? D'un autre côté, la poursuite d'un délit, loin du lieu où il a été commis, est une solution dangereuse. La culpabilité ou l'innocence du délinquant y sont sujettes à des erreurs, dès lors que les témoins demeurent à l'étranger, que l'on est sans pouvoir pour les faire venir, et qu'on hésite même à les citer, en présence des frais qu'entraîne leur déposition. Comment, enfin, apprécier la gravité d'une infraction, quand l'ordre public n'a pas été troublé à l'endroit où elle est jugée, et peser exactement la culpabilité d'un délinquant, lorsque entre lui et ses juges tout diffère, la langue, les idées et les mœurs<sup>3</sup>?

### 1. Application territoriale de la loi pénale.

#### § 16.

La loi pénale a d'abord une application territoriale<sup>1</sup>. C'est ce

3. On a quelquefois critiqué le principe de la territorialité de la loi pénale, le jugeant funeste et irrationnel, sous prétexte qu'il ne permettrait pas au juge d'apprécier l'activité habituelle et continue du délinquant, mais seulement l'acte particulier commis sur le territoire, et qu'en empêchant ainsi l'application de l'individualisation de la peine, il faisait manquer à la loi pénale son but social. Mais, à ce qui semble, dans cette critique, il y a la confusion de deux choses distinctes, la compétence attribuée à une loi de se saisir de faits qui se sont accomplis hors de son territoire et qu'elle est mal placée pour examiner, et la reconnaissance de l'effet de la chose jugée aux jugements étrangers, qui peut être admise, sans abandonner pour autant le principe de la territorialité.

1. V. Trébutien, I, n° 178; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 169; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 103. Cpr. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 31, texte et note 6.

qui résulte de l'article 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire »<sup>2</sup>.

Toutes les lois de police et de sûreté ne sont pas des lois pénales. Mais, incontestablement, les lois pénales sont des lois de sûreté : elles rentrent donc dans la formule de l'article 3.

Jusqu'à une époque récente, ce texte signifiait que seules les lois pénales françaises s'appliquent sur le territoire, et que c'est à la justice pénale française seule, que doit être demandée la garantie de l'ordre public, troublé par des délits commis sur le territoire.

Il résultait de là, d'une part, que la répression à l'étranger d'un délit commis en France n'élevait aucun obstacle à de nouvelles poursuites devant la justice française : la règle *non bis in idem* n'existait que dans le droit interne<sup>3</sup>;

Et, d'autre part, que le délinquant, poursuivi en France, était considéré, quelles que fussent ses condamnations à l'étranger, comme un délinquant primaire, les jugements étrangers n'ayant pas d'effet en France<sup>4</sup>.

Ces conséquences, nées d'une conception étroite de la souveraineté territoriale, ont été partiellement écartées par le droit positif, dans son dernier état.

La loi du 3 avril 1903, ajoutant une nouvelle disposition à l'article 7 du Code d'instruction criminelle, a, en effet, décidé qu'aucune poursuite ne pourrait être dirigée contre un étranger, pour crime ou délit commis en France, si l'inculpé justifiait qu'il a été jugé définitivement à l'étranger, et en cas de con-

2. La formule de l'article 3 du Code civil soulève une difficulté quant aux crimes et aux délits, commis sur notre territoire, mais par une personne placée sur le sol étranger (coup de feu tiré d'un territoire sur l'autre; libelle diffamatoire envoyé de l'étranger en France). A prendre la lettre de l'article 3, il semble que dans ces cas, il ne saurait être question d'application territoriale de la loi pénale française : à supposer, en effet, que le lieu du délit soit en France, le délinquant n'habite pas le territoire. Plus justement donc, certaines législations étrangères ont rédigé le principe de territorialité de la manière suivante : « Quiconque a commis sur le territoire... ». Mais, malgré la différence de rédaction de l'article 3, il paraît bien que la solution ne doive pas être changée, peut-être parce que ce texte, en consacrant le principe de territorialité, a conféré à la loi pénale le caractère de loi *réelle*, et qu'une certaine confusion s'est ensuite établie entre les lois territoriales et les lois réelles. Quoi qu'il en soit d'ailleurs de l'explication, on n'a jamais mis en doute que dans les hypothèses de ce genre les tribunaux français étaient compétents, alors du moins que le délit était considéré comme commis en France. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 171. Cass., 30 avril 1908, S. 1908.1.553.

3. V. Cass., 11 septembre 1872, S. 1874.1.335; Cour d'assises de Seine-et-Oise, 9 janvier 1883, S. 1883.2.46.

4. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 205.

damnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine, ou obtenu sa grâce<sup>5</sup>.

C'est la reconnaissance de la règle *non bis in idem* en droit pénal international, l'acceptation de la collaboration de la souveraineté étrangère à la réparation du trouble causé à l'ordre public en France, du moins quand il s'agit de délinquants étrangers<sup>6</sup>.

D'un autre côté, la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine, tout en refusant de reconnaître autorité de chose jugée aux jugements étrangers, dispose cependant que la suspension temporaire, ou l'incapacité absolue, d'exercer la médecine, encourue à l'étranger pour crimes ou délits, pourra être prononcée en France, à la requête du ministère public, par les tribunaux français<sup>7</sup>.

#### I. Application de la loi pénale quant aux lieux.

Par territoire français, il convient d'entendre la portion du

5. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 104; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 172. V. Mais, un arrêt de non-lieu, basé sur l'insuffisance de preuves, n'empêche pas des poursuites en France. V. Cass., 10 août 1905, S. 1908.1.273. — Rien n'est dit pour les Français, qui, par suite, demeurent sous l'empire des règles anciennes, pour les crimes ou délits qu'ils commettent en France. Dès lors, *quid* en cas de changement de nationalité survenant après l'accomplissement du délit? Ce changement de nationalité permettra-t-il de nouvelles poursuites en France à l'égard de l'étranger, devenu Français, nonobstant la condamnation qu'il aurait encourue à l'étranger? Et, réciproquement, empêchera-t-il la poursuite du Français, devenu étranger, s'il a été condamné dans sa nouvelle patrie? A ce qu'il semble, la disposition de l'article 7, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, est à entendre littéralement : par conséquent, on en refusera le bénéfice au premier cas; et on accordera celui-ci dans le second; car, d'après les termes mêmes de ce texte, c'est au moment du jugement qu'il convient de se placer pour savoir si la poursuite est dirigée contre un étranger. Comp. Travers, II, n° 1078 et suiv.

6. Sur les conflits de législation en matière pénale, v. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 195 et suiv. — La solution de la loi du 3 avril 1903 n'est guère plus satisfaisante que l'ancienne solution, qui rejetait la règle *non bis in idem*. Elle pêche par excès de faiblesse, alors que la précédente exagérerait la rigueur. Le législateur n'a pas songé, en effet, au cas nullement improbable, où l'Etat étranger excuserait avec une partialité manifeste son national. Devrait-on considérer comme tolérable cette parodie de la justice? Evidemment non. Rationnellement donc, l'hésitation ne se conçoit qu'entre les deux systèmes suivants : ou bien n'attribuer au jugement étranger qu'une autorité conditionnelle de chose jugée pour permettre, le cas échéant, de nouvelles poursuites de la part de la justice française; ou bien, ce qui paraît préférable, revenir à la solution ancienne et refuser l'autorité de la chose jugée au jugement étranger, mais déduire, en cas de nouvelles poursuites exercées en France, de la peine prononcée par les tribunaux français, la durée de celle subie à l'étranger. Comp. Travers, I, n° 226.

7. V. sur les effets des jugements étrangers en France, F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1042; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 202; L. Huguency, dans la *Revue de dr. intern. privé et de droit pénal intern.*, 1909, p. 806.

globe terrestre, sur laquelle s'exerce la souveraineté française. Ce qui comprend :

1° Le *sol*, situé à l'intérieur des limites politiques de la France et de ses colonies, avec leurs dépendances, encore que sur ces pays certaines restrictions puissent exister à l'exercice de la souveraineté (zone franche du pays de Gex et de la Haute-Savoie);

2° Le *rivage* et les *ports de mer*, compris sur les côtes françaises;

3° La *mer territoriale* (portion de la mer à moins de 3 milles du rivage)<sup>8</sup>;

4° La *couche d'air* située au-dessus de ces portions du globe<sup>9</sup>.

Au contraire<sup>10</sup>, il ne faut pas considérer comme territoire français ni les pays de protectorat, comme la Tunisie, le Cam-

8. Arg. article 2 de la loi du 4 germinal an II, sur le commerce maritime et les douanes; articles 1 et 2 de la loi du 15 janvier 1884, approuvant la convention signée à La Haye le 6 mai 1882, sur la police de la pêche dans la mer du Nord; article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1888, interdisant la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de France et d'Algérie; article 5 de la loi du 14 décembre 1897, complétant l'article 407 du Code de commerce; article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 juillet 1916, sur la police maritime. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 170, I; Travers, I, n° 187 et suiv.; Warton, dans le *Journal dr. intern. privé*, 1886, p. 72. On a quelquefois rattaché cette solution à une *fiction de territorialité*, la mer étant de sa nature libre et commune à tous les peuples. V. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 633; Trébution, I, n° 180. Mais, l'idée ne paraît pas exacte; elle confond la pleine mer (*mare plenum*) et la mer qui borde un rivage et sur laquelle une souveraineté politique peut s'exercer.

9. Arg. une loi du 31 mai 1924, article 19. — On admet aujourd'hui couramment le droit de souveraineté de l'Etat sous-jacent sur la couche d'air qui s'élève au-dessus de son territoire. Mérignac, *Le domaine aérien public et privé* (*Rev. gén. de dr. intern. public*, XXI, p. 207 et suiv.); Bonfils, *Man. de dr. intern. public*, n° 531; Travers, I, n° 196 et suiv.; P. Huguency, *Le droit pénal de l'aviation* (*Revue internationale de droit pénal*, I, p. 147 et suiv.). Ce qui est discuté en théorie, c'est de savoir si, comme pour la mer territoriale, cette souveraineté ne s'étend qu'à une certaine zone de cette couche d'air, fixée par les uns à 400 mètres, par d'autres à 1.500 mètres, et par d'autres à la portée de tir des batteries anti-aériennes (V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 170 V), ou bien si elle s'étend sans limitation de hauteur. A ce qui semble, cette dernière opinion, adoptée par la loi du 31 mai 1924, paraît plus exacte. D'abord, la question ne se pose pas de la même manière pour la mer territoriale et pour la couche d'air territoriale. Ici, le droit de souveraineté de l'Etat, quel qu'extension qu'on lui donne, ne rencontrera aucune autre souveraineté territoriale; là, il se verra opposé, ou plus près ou plus loin, une autre souveraineté émettant une prétention égale. Ensuite, à partir d'une certaine distance, les habitants du territoire n'ont plus rien à redouter d'un ennemi situé en pleine mer; quelle que soit la hauteur qui les en sépare, ils peuvent toujours être atteints par un avion ennemi survolant leur territoire.

10. V. toutefois, à propos de l'île d'Anjouan, Cass., 27 octobre 1893, *Bull. crim.*, n° 283.

bodge, l'Annam, le Maroc, ni les pays vassaux, qui, malgré les limitations apportées à la plénitude de leur souveraineté, restent des pays étrangers<sup>11</sup>, ni les pays à mandat, comme la Syrie.

*Acquisition et perte de la qualité française.*

Un territoire acquiert ou perd la qualité de territoire français, quand, d'après les règles du droit des gens, il passe sous l'empire de la souveraineté française, ou sort de celui-ci.

En principe, l'occupation, qui est la conséquence d'un état de guerre subsistant encore, ne fait ni acquérir ni perdre à un territoire la qualité qu'il possédait antérieurement; et les lois pénales existantes continuent à s'y appliquer, nonobstant l'occupation ennemie<sup>12</sup>.

11. V. cependant pour les pays vassaux, une solution contraire dans Cass., 12 mai 1859, S. 1859.1.975. Mais, à ce qui semble, cette solution ne paraît pas juste. Un pays vassal, s'il n'a pas une complète indépendance et s'il est tenu à certains devoirs vis-à-vis de l'Etat suzerain, n'en constitue pas moins un Etat distinct, comme c'est également le cas pour un pays de protectorat, un pays de mandat ou un pays occupé. « *Territoire neutre* », lit-on plus justement dans un autre arrêt de la Cour de cassation, du 9 mai 1845 (S. 1845.1.396), à propos de la République andorrane. *Contrà*, Travers, I, n° 370 et suiv.

12. V. Cass. req., 1<sup>er</sup> février 1837, S. 1837.1.457; Metz, 29 juillet 1871, S. 1872.2.31; Nancy, 27 août 1872, S. 1873.2.5; Caen, 20 décembre 1915, S. 1918.2.47. Il convient également de rejeter l'idée que le pays occupé, devient *fictivement* une portion intégrante du territoire de la puissance occupante. *Contrà*, Trébutien, I, n° 181; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 907. V. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 170. Mais, le principe d'immutabilité législative doit être tempéré par un autre. L'occupation de fait procure des droits à la puissance qui l'exerce, en même temps qu'elle l'investit de charges. C'en est une que de veiller à la sécurité du corps d'occupation et de maintenir l'ordre parmi les habitants des territoires occupés. Cette fonction ne peut incomber qu'à la puissance, dont la force armée détient le pays. Mais cette charge ne peut manifestement avoir de valeur que tout autant qu'elle est corrélatrice de la reconnaissance de droits, et que la puissance occupante est en possession du droit d'ordonner avec force coercitive sur le territoire occupé. Assurément, ce droit de rendre des ordonnances, fondé sur l'occupation et non sur l'exercice de la souveraineté territoriale, n'est ni absolu ni illimité. Il est borné aux besoins de l'occupation et de la situation de fait, créée par celle-ci, qui a mis la souveraineté territoriale dans l'impossibilité de continuer à remplir sa mission.

Il suit de là : 1<sup>o</sup> qu'au point de vue des lois territoriales existantes, il peut appartenir à la puissance occupante d'en suspendre momentanément l'application, et de décréter à leur place de nouvelles prescriptions obligatoires; et 2<sup>o</sup> qu'au point de vue de celles-ci, il ne peut pas s'agir d'observer, dans le pays occupé, les règles du droit public interne, qui, dans un but de garantie des libertés individuelles, restreignent, ou même refusent à l'autorité administrative l'exercice de la puissance législative. Ne faisant pas partie du territoire national, et conservant sa qualité de terre étrangère, même s'il doit être revendiqué par le vainqueur, le pays occupé ne peut pas prétendre à l'observation des lois constitutionnelles, qui, sur le territoire national, séparent les fonctions entre les différents pouvoirs publics. L'occupation est un fait du gouvernement : c'est donc à la puissance exécutive qu'il appartient, sauf intervention expresse du législateur, de prendre les mesures que cette occupation rend nécessaires. *Comp.* à propos de l'Alsace-Lorraine, la loi du

Mais, comme un territoire annexé ne doit pas être traité différemment du reste du territoire, les lois françaises ne deviennent exécutoires dans le pays réuni qu'en vertu et à la suite d'une promulgation qui peut être globale. V. sénatus-consulte du 12 juin 1860; décret du 25 novembre 1919. Jusque-là, ce sont les lois étrangères qui continuent à y être en vigueur, malgré le changement de nationalité du pays<sup>13</sup>.

*Fictions de territorialité.*

C'est une opinion encore très répandue qu'il existe des fictions de territorialité, c'est-à-dire des lieux situés en dehors des limites du territoire, tel qu'il a été précédemment déterminé, que l'on répute fictivement faire partie de celui-ci.

Ces fictions seraient essentiellement au nombre de trois :

1<sup>o</sup> les lieux occupés, ou traversés, par des corps de troupe, en temps de paix ou de guerre, en vertu de l'adage « *là où flotte le drapeau français, là est la France* »<sup>14</sup>;

17 oct. 1919. V. égal. Cass., 13 novembre 1919, S. 1920.1.285; 20 juin 1925, S. 1925.1.41.

13. V. en ce sens, l'arrêté du Directoire du 18 pluviôse an IV, article 1<sup>er</sup> : « *Il n'y a et il n'y aura de lois françaises obligatoires dans les pays réunis à la République française, ou dont la réunion a été confirmée par le décret du 9 vendémiaire dernier, que celles non abrogées qui y ont été ou y seront envoyées pour y être observées* ». V. en outre, le traité du 7 floréal an VI, portant réunion de la Guinée à la France; l'arrêté ministériel du 20 prairial an XIII, article 2, relatif à la Ligurie; le décret du 26 avril 1810, article 15, organisant le département des Bouches-du-Rhin; le sénatus-consulte du 12 juin 1860, article 1<sup>er</sup>, relatif à la réunion de la Savoie et de l'arrondissement de Nice à la France, et le décret du même jour concernant l'application sur ces territoires, du jour de leur réunion, des lois pénales et d'instruction criminelle; et les décrets du 25 novembre 1919, sur l'introduction des lois pénales et d'instruction criminelle en Alsace-Lorraine. V. également, Selosse, *Traité de l'annexion*, p. 175 et 370; Cabouat, *Annexion de territ.*, p. 220; Piédève, *Précis de dr. des gens*, I, n° 151; Appert, note dans S. 1899.2.225. Cass., 21 fructidor an IX, S. chr.; 4 mai 1810, S. chr.; 24 juillet 1812, S. chr.; 16 mars 1841, S. 1841.1.505. *Junge* les conclusions du procureur général Dupin, sous Cass., 14 décembre 1846, S. 1847.1.49, qui, tout en déclarant formellement le principe applicable aux lois criminelles et pénales, lui apportent certains tempéraments. V. aussi les conclusions données par ce même magistrat sous Cass., 10 mai 1834, S. 1834.1.337. Au contraire, la jurisprudence, ne paraît pas être restée toujours fidèle à ce principe. V. Cass., 28 février 1863, *Bull. crim.*, n° 76; 17 avril 1863, S. 1864.1.98; 21 janvier 1915, S. 1921.1.42. Mais, peut-être convient-il de voir dans ces arrêts, relatifs à la Savoie, plutôt une formule équivoque ou obscure que l'affirmation d'une théorie opposée, pratiquement inutile d'ailleurs, puisque le décret du 12 juin 1860 a déclaré les lois pénales françaises applicables en Savoie du jour de la réunion de ce pays à la France. Si, en effet, aucune dérogation ne doit être apportée au principe de la France, en matière d'une promulgation, c'est bien en matière pénale, où la loi, avant de frapper, doit avertir.

14. V. Ortolan, I, n° 939 et suiv.; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 631; Trébutien, I, n° 181; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 907.

2° les navires ou vaisseaux français en pleine mer ou dans les ports étrangers, pour la même raison<sup>15</sup>;

3° dans les Échelles du Levant, les pays de Barbarie et les pays d'Orient ou d'Extrême-Orient, en vertu de capitulations, les lieux où siègent les consuls français<sup>16</sup>;

Bien qu'il soit certain que, dans ces endroits, la loi pénale française soit applicable, il est douteux que ce soit par l'effet du principe de territorialité; et l'on commettrait sûrement une erreur, en soumettant aux solutions de l'article 3 du Code civil ces territoires, fictivement considérés comme un prolongement du territoire français<sup>17</sup>. En réalité, on est en présence de cas d'application extraterritoriale de la loi pénale; et les prétendues fictions de territorialité sont un vestige, conservé par quelques criminalistes, d'une théorie, imaginée au xvii<sup>e</sup> siècle par Hugo Grotius et développée au xviii<sup>e</sup> siècle par le Hollandais van Bynkervoëck, pour justifier l'immunité accordée aux ambassadeurs étrangers. Le droit des gens s'en est actuellement débarrassé; et le droit pénal, qui répugne aux fictions, peut également la rejeter, maintenant que la loi pénale n'a plus un caractère strictement territorial<sup>18</sup>.

#### *Fictions d'extraterritorialité. Asiles.*

Si le territoire français n'a pas de prolongement au delà des

15. Sur la fiction de territorialité appliquée aux navires, v. Ortolan, I, n° 929; Trébutien, I, n° 182; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 634; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 170, II; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 906. Cass., 25 novembre 1879, S. 1880.1.257; 11 février 1881, S. 1882.1.433; et en sens opposé, Travers, I, n° 340 et suiv. Avec raison, cet auteur montre l'erreur de la solution par l'absurdité de ses conséquences. Si, en effet, le navire de commerce était à considérer comme une portion flottante, détachée du territoire, il faudrait en conclure : 1° qu'il ne pourrait pas être aliéné sans une loi; car il faut une loi pour aliéner une parcelle du territoire; 2° qu'il a autour de lui, comme autour d'une île, une zone de mer territoriale avec ses diverses prérogatives; 3° qu'en cas de guerre, on devrait considérer comme une violation de territoire neutre la saisie de contrebande à bord d'un navire neutre; 4° et qu'enfin, lorsqu'il est ancré dans un port étranger, on devrait décider que la portion du port occupée par lui a momentanément cessé d'être étrangère.

16. V. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 632. *Contrà*, Trébutien, I, n° 204. V. aussi Cass., 5 janvier 1884, S. 1885.1.517.

17. V. Lyon, 27 décembre 1892, S. 1895.2.73. V. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 701.

18. Le rejet de toute fiction de territorialité doit faire écarter également la compétence de la loi pénale française *en cas de fraude à la loi*. Ainsi, on ne peut considérer comme ayant commis leur délit en France le Français ou l'étranger qui, pour éviter les prescriptions de la loi française, se rendent à l'étranger et y accomplissent leur dessein criminel. Ce serait, en effet, faire punir par la loi française un fait qui n'a pas troublé l'ordre public en France, et par conséquent méconnaître les raisons qui ont fait édicter la règle de l'article 3 du Code civil. *Comp.* Travers, I, n° 230 et suiv. *Contrà*, Fiore, *Droit pén. intern.*, trad. Antoine, I, n° 82.

frontières, à l'intérieur desquelles s'exerce la souveraineté française, inversement il comprend tous les lieux situés en deçà de ces limites.

Le droit positif ne connaît plus les lieux d'asile, que l'ancien droit avait assez largement admis, mais que depuis longtemps la royauté était parvenue à supprimer<sup>19</sup>.

Il n'accepte pas davantage les fictions d'extraterritorialité, soit pour les hôtels des ambassades étrangères<sup>20</sup>, soit pour les pavillons étrangers des expositions universelles.

#### *II. Application de la loi pénale quant aux personnes.*

Sur le territoire, la loi pénale oblige tous les habitants<sup>21</sup>. V. Code civil, art. 3, alinéa 4<sup>er</sup>.

Par habitant le territoire, on doit entendre tous ceux qui se trouvent sur le territoire au moment de l'accomplissement de l'infraction.

Ni une question de nationalité, ni une condition de domicile, ni un délai de résidence ne sont exigés. Il importe peu que le séjour sur le territoire français soit récent ou remonte à un certain temps<sup>22</sup>, qu'il ait une cause volontaire ou qu'il soit involontaire.

Dans tous les cas, la loi pénale, gardienne de l'ordre public, saisit ceux qui, sur le territoire, troublent la paix publique : les nationaux, parce qu'ils doivent observer les lois de leur patrie; les étrangers, en vertu de l'idée ancienne, qu'en pénétrant sur le territoire, ils deviennent sujets temporaires de l'État, et sont considérés comme s'étant volontairement soumis à ses lois, ou mieux encore, parce qu'en entrant sur le sol d'une souveraineté étrangère, ils sont tenus d'en respecter l'ordre et l'indépendance<sup>23</sup>.

On doit en conclure que la loi pénale française oblige

19. V. Jousse, II, p. 195; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 172, I.

20. V. Mangin, *Act. publ. et act. civile*, I, n° 82; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 651; Trébutien, I, n° 191; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 178, III; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 908. Cass., 13 octobre 1865, S. 1866.1.33, avec le rapport du cons. Bresson. Dans l'ancien droit, au contraire, la fiction d'extraterritorialité était admise pour les hôtels des ambassadeurs. V. Nouveau Denizart, *v° Ambassade*, § 7.

21. V. Trébutien, I, n° 184; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 627; Boitard, *Leçons de dr. crim.*, 13<sup>e</sup> éd., n° 520; Travers, I, n° 207; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 103; Planiol, 6<sup>e</sup> éd., I, n° 188. Cass., 15 février 1828, S. chr.

22. V. Cass., 29 février 1868, S. 1868.1.351.

23. *Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté* (Portalis, *Exposé des motifs*, dans Loaré, I, p. 416 et 478). V. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 31, note 6. *Comp.* F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 627.

même les sujets d'une nation ennemie (voire même les soldats ennemis, qui, sur le territoire occupé par leur armée, se livrent à des actes contraires au droit des gens)<sup>24</sup>.

Et cette compétence, la loi pénale française la conserve, quelle que soit la nationalité de la victime<sup>25</sup>; elle la garde également, quel que soit le lieu où se réfugie le délinquant après la consommation de son infraction, et sans qu'elle soit non plus subordonnée à un retour volontaire de sa part sur le territoire français<sup>26</sup>. Arg. art. 3 C. civ., rapp. de l'art. 5 C. instr. crim.

### III. Conséquences du caractère territorial de la loi pénale.

De ce que la protection et la sauvegarde de l'ordre public en France sont, en principe, uniquement demandées à la loi pénale française, on doit en conclure que c'est aux dispositions de cette loi qu'il convient de se référer pour déterminer aussi bien l'élément moral que l'élément matériel de l'infraction.

Il suit de là que si l'auteur du délit est un étranger, la question de savoir s'il est majeur ou mineur, s'il a agi avec discernement ou sans discernement, est à résoudre, non d'après sa loi nationale, mais d'après la loi pénale française<sup>27</sup>.

Par contre, celle de la majorité ou de la minorité de la victime, se règle d'après la loi personnelle de celle-ci<sup>28</sup>.

24. V. Cass., 15 décembre 1871, S. 1872.1.44; 16 juillet 1874, S. 1875.1.136.

25. V. Trébutien, I, n° 184.

26. V. Travers, I, n° 223; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 172, IV. Cass., 3 mai 1886, S. 1886.1.48; 17 juin 1910, *Bull. crim.*, n° 308. On a cependant allégué parfois, en invoquant un arrêté consulaire du 18 frimaire an VIII, qu'en cas de retour du délinquant en France par suite d'une force majeure (nauffrage), on devrait non pas poursuivre celui-ci, mais le reconduire à la frontière. Mais, à ce qu'il semble, cette opinion ne paraît pas juste. Elle subordonne, en effet, l'application de la loi pénale française à une condition qui figure dans l'article 5 du Code d'instruction criminelle, mais non dans l'article 3 du Code civil. De plus, ce serait reconnaître que, dans une certaine mesure, le territoire étranger est un lieu d'asile, alors que c'est uniquement par suite d'un défaut de puissance dans ce lieu que l'autorité française ne peut pas y saisir le délinquant qui s'y réfugie. Et, enfin, ce serait attacher à l'arrêté des consuls de l'an VIII une portée générale, alors qu'il est uniquement fondé sur des considérations d'humanité. V. Cass., 25 juillet 1829, S. chr.; 7 septembre 1832, S. 1832.1.577.

27. Arg. de l'art. 66. On objecterait en vain que les lois sur la capacité sont des lois personnelles. Il ne s'agit pas, en effet, d'assurer la protection d'un incapable, mais d'établir la sécurité en France, et celle-ci ne saurait dépendre de mesures prises par un législateur étranger. Voy. Travers, I, n° 209 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 172, III; Despagnet, *Cours de dr. intern. public*, 4<sup>e</sup> éd., n° 263. *Contrà*, Alb. Rolin, *Annales de l'Institut de dr. intern.*, XIX, p. 165 et suiv.

28. Cette solution n'est pas admise par tous les auteurs. *Contrà*, Travers, I, n° 209; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 172, III. Mais, à ce qui semble, ce qui doit la faire préférer, c'est qu'il s'agit ici de protéger une personne, de la garantir contre sa

### IV. Exceptions apportées au principe de territorialité.

Si aucun lieu du territoire n'est soustrait, comme on l'a vu, à l'action de la justice française, il existe au contraire des personnes, qui sur ce territoire échappent à son empire.

A la vérité, il ne s'en rencontre pas parmi les *nationaux*. Nul, en effet, n'est au-dessus de la loi<sup>29</sup>.

Il en est ainsi, même du Président de la République, quoiqu'un doute ait surgi de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Mais, ce texte doit être entendu, non de la responsabilité pénale que le Président de la République encourt pour crime de droit commun, mais de la responsabilité politique, qui lui incombe à raison de sa participation aux actes du gouvernement, et que la Constitution limite aux actes de haute trahison. Le maintien du principe monarchique « *rex e legibus solutus* », serait un anachronisme sous un régime démocratique<sup>30</sup>.

Des exceptions existent, au contraire, à l'égard des *étrangers*.

1° D'après les règles du droit des gens :

a. au profit des chefs d'États, monarchiques ou républicains, reçus officiellement, ou voyageant incognito en France, parce qu'ils représentent la souveraineté de l'État étranger, et que ce serait en blesser l'indépendance que de soumettre ceux qui l'incarnent aux lois d'une autre souveraineté;

b. au profit des ambassadeurs et des agents diplomatiques régulièrement accrédités auprès du gouvernement français, pour les mêmes motifs<sup>31</sup>, ainsi que de leur suite officielle, mais non

faiblesse ou sa crédulité présumée plus ou moins grande : en quoi le législateur, qui a gradué la répression, en tenant compte de la maturité d'esprit des jeunes français, n'a pas pu vouloir donner à ses règles un caractère général applicable à tous les enfants, à quelque nationalité qu'ils appartiennent. Cpr. Cass., 31 janvier 1902, S. 1903.1.247.

29. *Quid* cependant à l'égard des Français, investis d'une mission diplomatique par une puissance étrangère, ou faisant simplement partie de la suite d'un ministre étranger? V. sur ces deux points, Mangin, *Action publ. et action civile*, I, n° 81.

30. Mais, à défaut d'irresponsabilité pénale, le Président de la République jouit d'un privilège de poursuite et de juridiction. Il ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et jugé par le Sénat. V. loi du 16 juillet 1875, article 12. V. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., p. 786. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 175.

31. V. Montesquieu, *Esprit des lois*, XXVI, chap. 21; décret du 13 ventôse an II; Mangin, *Action publ. et action civile*, I, n° 80; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 616; Trébutien, I, n° 185 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 178. Cass., 29 thermidor an VIII,

des consuls, qui sont simplement des agents commerciaux<sup>32 et 33</sup> ;  
c. au profit des corps de troupe, qui traversent en armes le territoire français, ou des navires de guerre, mouillés dans un port français, parce qu'ils représentent également la souveraineté étrangère indépendante<sup>34</sup>.

2° En vertu d'une concession résultant d'un Avis du Conseil d'État du 20 novembre 1806 :

au profit des navires de commerce neutres (mais non ennemis)<sup>34 bis</sup> ancrés dans un port ou mouillés dans une rade, lorsque le délit a été commis à bord du vaisseau, par un homme de l'équipage sur un autre homme du même équipage, et que la tranquillité du port n'a pas été compromise<sup>35</sup>.

3° Enfin, par application des règles du droit international privé :

au profit des étrangers, lorsque la jouissance d'un statut

S. chr. L'immunité diplomatique est absolue et s'applique, quel que soit le crime qui serait commis par l'ambassadeur, voire même contre la sûreté de l'État. V. Trébutien, I, n° 188 et 189. *Contrà*, F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 647; Merlin, *Rép.*, v° *Ministère public*, sect. 5, § 4, art. III. D'un autre côté, il n'appartient pas à l'agent diplomatique de renoncer à l'immunité diplomatique, celle-ci étant établie non dans son intérêt personnel, mais pour assurer l'indépendance de la souveraineté étrangère qu'il représente. V. cependant Cass. civ., 19 janvier 1892. S. 1891.1.297. Au contraire, l'État étranger peut valablement faire un pareil abandon, s'il estime que la soumission de son représentant aux lois locales est compatible avec l'exécution de la mission dont il l'a investi. On objecterait vainement que la souveraineté est inaliénable. Il ne s'agit pas, en effet, de l'aliéner, et encore moins de la compromettre, mais de renoncer dans un cas déterminé à une garantie, qui n'est pas jugée nécessaire pour assurer le respect de cette souveraineté. V. Merlin, *Rép.*, v° *Ministère public*, sect. 5, § 10; Mangin, *Action publ. et action civile*, I, n° 81. Paris, 21 août 1841, S. 1841.2.592; Cass., 25 septembre 1919. S. 1921.1.170.

32. Pour l'exclusion de l'immunité des simples domestiques. v. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 649; Ortolan, I, n° 528; Trébutien, I, n° 190; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 178, II. Cass., 11 juin 1852, S. 1852.1.467. Pour la famille de l'agent diplomatique, la solution est discutée. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 178, II.

33. Il en est différemment en cas de traités exprès. V. par exemple la convention franco-américaine du 23 février 1853. V. Cass., 23 décembre 1854, S. 1854.1.811. Comp. Faustin-Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 652.

34. Mais non pour le marin descendu à terre et y commettant une infraction. V. Cass., 29 février 1868, S. 1868.1.351.

34 bis. V. dans l'affaire du *Carlo-Alberto*, Cass., 7 septembre 1892. S. 1892.1.577. avec le réquisitoire du procureur général Dupin.

35. Le Conseil d'État pose, en effet, nettement le principe qu'un vaisseau neutre, admis dans un port de l'État, est de plein droit soumis aux lois de police qui régissent le lieu où il est reçu. S'il déclare cependant, sous les conditions qu'il indique, l'incompétence de la juridiction territoriale, c'est parce qu'il considère le délit comme appartenant alors à la discipline intérieure du navire, dans laquelle l'autorité locale ne doit pas s'ingérer. En dehors donc des conditions énumérées dans son avis, la compétence revient aux tribunaux français. V. Cass., 25 février 1850, S. 1850.1.183. Sur le principe, voy. Trébutien, I, n° 182; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 635 et suiv. Alger, 19 août 1873, S. 1874.2.282.

personnel, différent de celui des Français, les soustrait aux conditions légales d'une infraction.

## 2. Application extraterritoriale de la loi pénale.

BIBLIOGRAPHIE : ROUX, notes dans S. 1924.1.89 et 1926.1.44.

### § 17.

*Portée de la règle.*

L'application de la loi pénale à des faits qui se sont accomplis en dehors des limites du territoire, a, lorsqu'on écarte le système de la compétence universelle, un caractère exceptionnel.

Elle ne ressort plus, en effet, ni du devoir de faire respecter l'ordre public dans le lieu où le délit est commis, qui incombe à l'autorité étrangère, ni du droit de commander, qui cesse naturellement aux frontières territoriales.

Mais, d'autres motifs moins généraux peuvent faire reconnaître, dans un certain nombre de cas, un domaine extraterritorial à la loi pénale<sup>1</sup>. Parmi ceux-ci on peut relever les quatre principaux suivants :

1° C'est d'abord une *idée de défense*. Lorsque, en particulier, un fait accompli hors des frontières produit ses effets sur le territoire, il appartient légitimement à la loi pénale française d'en réclamer ou d'en poursuivre la répression. V. Code d'instruction criminelle, art. 7.

2° C'est ensuite une *idée de partage de souveraineté*. C'est ce qui a lieu quand sur le même territoire deux souverainetés différentes s'exercent : telle est la situation que produit l'occupation, qui met en présence la souveraineté locale du pays occupé et celle de la puissance occupante : cette dernière y apportera, avec le *jus imperii*, sa législation pénale.

3° C'est encore une *idée de justice*. En soustrayant, en effet, en vertu des règles du droit des gens ou d'accords diplomatiques, un certain nombre de nos nationaux à l'empire de la justice pénale étrangère, l'équité exige de compenser cette incompé-

1. Sur les controverses qu'a suscitées l'application de la loi pénale en dehors du territoire, v. Trébutien, I, n° 198 et suiv.; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 655 et suiv. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 180 et suiv. Pour l'ancien droit, voy. Jousse, I, p. 422 et suiv.; Nouveau Denisart, v° *Délit*, § 4, n° 2 et suiv.; Mangin, *Action publ. et action civ.*, I, n° 60.

tence par l'attribution de la compétence aux tribunaux français, pour ne pas créer une impunité imméritée.

4° C'est enfin une *pensée de courtoisie internationale*. Le refus de livrer aux autorités étrangères nos nationaux qui ont commis une infraction à l'étranger, nous oblige, lorsque les délinquants se sont réfugiés sur notre territoire, à donner satisfaction à la justice étrangère devenue impuissante à le faire elle-même. V. Code d'instruction criminelle, art. 5 et 6.

La variété de ces motifs ne donne pas évidemment une extension uniforme de la loi française.

Celle-ci est donc à examiner séparément à l'égard des nationaux et à l'égard des étrangers.

I. *Application de la loi pénale aux infractions commises par des nationaux.*

A l'égard des Français qui se rendent coupables d'infractions en pays étranger, deux situations sont à distinguer :

1° celle de Français, soustraits à l'empire de la loi pénale locale; 2° celle de Français soumis à l'empire de la loi pénale locale.

Au premier cas, la loi pénale française, qui est seule compétente pour juger ces délinquants, revêt le caractère d'une *loi personnelle*. Son application n'est soumise à aucune condition particulière, et, sauf dispositions contraires, se fait comme s'il s'agissait d'une infraction commise sur le territoire.

Au second cas, la loi pénale française, qui en général concourt avec la loi pénale étrangère, prend le caractère plutôt d'une *loi réelle*. Son application est, en principe, subordonnée à des conditions plus ou moins nombreuses, selon le motif qui explique son intervention pour protéger un bien juridique lésé par le délit.

a. *Infractions commises par des Français soustraits aux lois locales.*

En principe, par réciprocité de la règle formulée dans l'article 3 du Code civil, il est admis que les lois de police et de sûreté étrangères obligent les Français habitant en pays étranger.

Mais, à cette règle, il est apporté un certain nombre de dérogations.

1° En vertu du droit des gens, les ambassadeurs et les Français jouissant de l'immunité diplomatique ne sont pas soumis à l'application des lois pénales locales.

Dès lors, les infractions que ces personnes viendraient à commettre dans les lieux où s'exerce leur privilège, relèvent uniquement de la loi pénale française. Et celle-ci s'applique dans les conditions ordinaires du droit commun<sup>2</sup>.

2° En vertu d'une semblable idée de personnalité, la loi pénale française est appliquée aux crimes et aux délits qui sont commis par des soldats ou par des personnes assimilées à des militaires, faisant partie du corps de troupe se trouvant sur un territoire étranger ou ennemi<sup>2 bis</sup>, ou par un marin de l'équipage à bord d'un navire de guerre, mouillé dans un port étranger<sup>3</sup>.

Le motif de l'application de la loi pénale étant le principe de l'indépendance réciproque des nations, les conditions de la poursuite sont les conditions habituelles des Codes de justice militaire.

Au reste, en cas de corps expéditionnaire, la loi applicable peut être aussi bien une ordonnance prise par l'autorité militaire que le Code de justice militaire lui-même<sup>4</sup>.

3° Pareillement, la loi pénale française est applicable, aux Français, et aux protégés français, qui dans les Echelles du Levant, pays de Barbarie, Orient ou Extrême-Orient, commettent des crimes, délits ou contraventions, dans les lieux où les consuls français ont droit de juridiction<sup>5</sup>.

L'extension de la loi pénale est motivée par une méfiance à l'égard de la justice pénale étrangère, qui offre peu de garanties aux inculpés, ou applique des châtiments barbares. Comme

2. V. Mangin. *Action publ. et action civ.*, I, n° 71. Comp. Cass., 23 fructidor an XIII, S. chr.

2 bis. V. Travers, I, n° 235 et suiv. Aucune fiction de territorialité n'est attachée à cette compétence. V. Cass., 22 janvier 1818, *Bull. crim.*, n° 10.

3. V. Travers, I, n° 266 et suiv. V. également les articles 15 et 16 du règlement adopté par l'Institut de droit international à La Haye, le 23 août 1898 (*Rev. gén. de dr. intern. public*, V, p. 953). Aux navires de guerre sont généralement assimilés les navires de la flotte auxiliaire, les bâtiments régulièrement armés en course, les prises et même les navires nolisés pour le transport des troupes, mais non le bâtiment de plaisance ou de commerce transportant le chef de l'Etat ou un agent diplomatique. V. Travers, n° 272, 273 et 275. Cass., 11 décembre 1828, S. chr. Comp. Tobar y Borgono, *Du conflit intern.*, p. 625.

4. V. Cass., 20 juin 1925, S. 1926.1.41.

5. V. Trébutien, I, n° 204; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 170, IV; Féraud-Giraud, *De la jurid. française dans les Echelles du Levant*. En abandonnant à la justice française la protection de l'ordre public troublé par nos nationaux, la puissance étrangère a compté sur nos lois pour assurer une protection efficace : celles-ci sont donc à appliquer *mutatis mutandis*. V. Cass., 5 janvier 1884, S. 1885.1.517. Sur l'étendue de l'abandon, v. le rapport du cons. de Larouverade, sous Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1887, S. 1888.1.389.

elle constitue une atteinte à l'indépendance de la souveraineté locale, elle n'a lieu qu'en vertu d'accords, de traités diplomatiques dits *capitulations*.

La poursuite est exercée conformément aux règles posées notamment dans la capitulation du 30 mai 1740 et dans la loi du 28 mai 1836<sup>5 bis</sup>.

4° Enfin, pour ne pas laisser le crime ou le délit impuni, la loi pénale française s'applique encore dans les lieux où n'existe aucune souveraineté territoriale, comme en pleine mer<sup>6</sup> ou dans une contrée sauvage<sup>7</sup>, en vertu de l'idée que les Français sont tenus d'observer les lois françaises, en quelque lieu qu'ils se trouvent.

En pareil cas, les conditions de la poursuite sont celles du droit commun<sup>8</sup>.

6. *Infractions commises par des Français soumis aux lois locales.*

Concourant en principe avec la loi pénale étrangère, l'application de la loi pénale française a été reconnue d'une manière plus mesurée, limitée aux besoins qui expliquent sa reconnaissance et subordonnée à des conditions particulières.

Celles-ci varient, d'ailleurs, suivant qu'il s'agit de crimes ou de délits.

5 bis. Pour l'Extrême-Orient (Siam et Chine, voy. décret du 17 mai 1895, article 65). V. Cass., 6 novembre 1909, *Bull. crim.*, n° 508.

6. V. Ordon. sur la marine du mois d'août 1681; décret du 13 août 1791, titre 1<sup>er</sup>, article 12. Foelix, *Traité de dr. intern.*, 4<sup>e</sup> éd., II, n° 544. Bordeaux, 31 janvier 1838, S. 1839.2.37. Comp. Travers, I, n° 263 et suiv.

7. V. Ortolan, 5<sup>e</sup> éd., I, n° 931; Foelix, *Traité de dr. intern.*, 4<sup>e</sup> éd., II, n° 579; Travers, I, n° 359 et suiv. Cass., 23 février 1884, *Bull. crim.*, n° 52. *Adde*, la résolution IX<sup>e</sup> adoptée par l'Institut de droit international à Munich, le 23 septembre 1883 (*Ann. de l'Institut de dr. intern.*, VII, p. 157).

8. D'après certains auteurs, les poursuites seraient au contraire subordonnées aux conditions des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. V. Travers, I, n° 365. Mais, à ce qui semble bien, cette opinion ne paraît pas exacte. Elle suppose, en effet, arbitrairement une extension de ces textes en dehors du cas prévu par eux. Elle en méconnaît d'autre part l'esprit, qui, pour l'article 5 du Code d'instruction criminelle, a été de venir en aide, par courtoisie internationale, au maintien de l'ordre public en pays étranger : ce qui est une idée manifestement absente quand il s'agit de pays désertiques ou de contrées occupées par des peuplades sauvages. Quant à la loi du 30 juillet 1900 et au décret du 28 février 1901, sur le régime établi dans certaines îles du Pacifique ne faisant pas partie du domaine colonial de la France et n'appartenant à aucune autre puissance civilisée, que l'on a quelquefois invoquées (Travers, I, n° 866), il est visible que, d'une part, ils sont étrangers aux prescriptions des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle (arg. art. 6 et 7 du décret du 28 févr. 1901), et que, d'autre part, c'est les interpréter, et par conséquent courir le risque de s'égarer, que de prétendre qu'ils étaient nécessaires, pour donner compétence à la justice française dans ces îles : ils organisent celle-ci, ils la précèdent; mais ils ne la fondent pas.

1° La loi pénale française est d'abord applicable à tout Français, qui, hors de France, se rend coupable d'un crime puni par la loi française<sup>9</sup>.

Depuis la loi du 27 juin 1866, la nationalité de la victime est indifférente. V. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéa 1<sup>er</sup>.

Au Français est assimilé, depuis la loi du 26 février 1910, celui qui acquiert la nationalité française après l'accomplissement de son crime<sup>10</sup>. V. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéa 3.

Mais, les coauteurs ou complices *étrangers* du Français qui a commis un crime à l'étranger, ne sont pas justiciables des tribunaux français<sup>11</sup>.

Le motif de cette extension extraterritoriale de la loi pénale étant principalement l'obstacle élevé par la règle qu'un État ne

9. V. Travers, I, n° 481 et suiv. — 1° On observera que l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle, n'autorise la poursuite en France que des faits qualifiés crimes par la loi pénale française. Dès lors, n'est pas punissable en France le Français qui commet à l'étranger un fait qualifié crime par la loi étrangère, mais non par la loi française. V. Travers, I, n° 485. Cass., 27 juillet 1883, *Bull. crim.*, n° 190; Pau, 18 avril 1886, D. P. 1886.2.166. Par contre, l'est punissable en France le Français, qui a accompli à l'étranger un fait non qualifié crime par la loi étrangère, mais déclaré tel par la loi française, les conditions de réciprocité n'ayant été indiquées que pour les délits dans l'alinéa 2. V. Travers, I, n° 487. — 2° Il est également à noter que la prescription du crime commis à l'étranger par un Français est à examiner d'après la loi pénale française, et que son point de départ est à placer non au jour où les poursuites sont possibles, mais au jour de la perpétration du fait criminel. V. S. *Lois ann.* de 1866, p. 40, note 3. On objecterait vainement la maxime *Contra non volentem non currit prescriptio*. La loi pénale française intervient, en effet, non pour réparer un trouble causé à l'ordre public en France, mais pour aider au respect de l'ordre public étranger. Or, pour savoir si une réparation est encore ou non conforme à nos idées françaises, c'est au moment où cet ordre a été troublé qu'il convient de se placer. V. Cass., 22 juillet 1910, S. 1913.1.410. *Contra*, Travers, I, n° 499.

10. La question de nationalité soulevée par l'accusé ne constitue pas une question préjudicielle. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 194. Cass., 10 janvier 1873, S. 1873.1.141. V. cependant, Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1887, S. 1888.1.389, avec le rapport du cons. de Larouverade.

11. V. Cass., 2 juin 1825, S. chr. Il y a là, non pas une lacune, comme on l'a quelquefois prétendu (Garraud, *Précis*, 13<sup>e</sup> éd., note 1, p. 121), mais au contraire une solution légitime. D'une part, en effet, le motif de courtoisie internationale, qui fait étendre l'empire de la loi pénale française hors du territoire, ne se rencontre pas pour eux, puisqu'étant étrangers, ils peuvent être extradés; et d'autre part, la loi pénale française n'a pu leur commander, ni à raison du lieu du délit, puisque celui-ci est à l'étranger, ni à raison de leur nationalité, puisque celle-ci n'est pas française. Mais, il y a lieu de suivre une solution différente dans l'hypothèse de l'article 5, alinéa 6 : ce qui est encore rationnel, puisque dans ce cas l'application extraterritoriale de la loi pénale française est fondée sur un motif de défense. Au fond, cette théorie est conforme à celle qui fut admise lors de la discussion du Code d'instruction criminelle au Conseil d'Etat. V. Mangin, *Action publ. et action civ.*, I, n° 65; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 672.

livre pas ses nationaux, la poursuite en France est subordonnée au retour volontaire du criminel sur le sol français<sup>12</sup>, et à l'absence de satisfaction obtenue par la justice pénale étrangère<sup>13</sup>. V. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéas 4 et 6.

Toutefois, quand il s'agit d'un crime attentatoire à la sûreté de l'Etat<sup>14</sup> ou à son crédit<sup>15</sup>, la poursuite, qui est fondée dans ce cas sur la légitime défense de l'Etat, attaqué de l'étranger, n'est plus subordonnée à la condition du retour de l'inculpé en France<sup>16</sup>. V. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéa 6.

Mais, sans qu'on s'explique logiquement la solution, elle demeure soumise à l'absence de jugement définitif à l'étranger<sup>17</sup>. Arg. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéa 4.

12. V. Trébutien, I, n° 202; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 192 et suiv.; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 120; Travers, I, n° 489 et suiv. — 1° On remarquera qu'au retour en France, doit être assimilée la présence du criminel dans une colonie française, mais non pas dans un pays de protectorat. V. Travers, n° 491. Au reste, l'article 5 du Code d'instruction criminelle est applicable aussi bien au Français, qui, ayant toujours résidé à l'étranger, vient pour la première fois en France pour s'y réfugier, qu'à celui qui, y ayant sa résidence ordinaire ou son domicile, y revient; — 2° On observera de plus que la condition de retour étant remplie, les poursuites pourront être commencées ou continuées, quoique le Français ait derechef quitté le territoire français. V. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 679; Bard, *Précis de dr. intern.*, n° 11; Paris, 17 juin 1870, S. 1871.2.66. *Contrà*, Villey, sous cet arrêt. Comp. Travers, n° 492; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 192; — 3° Sur le caractère volontaire du retour, qu'implique notamment le rapprochement des articles 5 et 7, v. Arr. des consuls du 18 frimaire de l'an VIII; Mangin, *Action publ. et action civ.*, I, n° 66; F. Hélie, *op. cit.*, II, n° 639; Bard, *op. cit.*, n° 19; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 192. Aix, 28 avril 1868, S. 1868.2.302; Cass., 30 mai 1908, *Bull. crim.*, n° 227. *Adde*, Cass., 5 février 1857, S. 1857.1.220. V. aussi Travers, I, n° 491. Au retour volontaire, on doit assimiler l'extradition volontaire. V. Cass., 8 novembre 1860, S. 1860.1.474.

13. Un jugement par défaut n'empêche pas des poursuites en France. V. Cass., 17 octobre 1889, *Bull. crim.*, n° 312; 19 février 1904, S. 1906.1.252.

14. Par crime attentatoire à la sûreté de l'Etat, il convient d'entendre d'abord les crimes prévus au chapitre premier du titre premier du livre 3 du Code pénal : articles 75 à 103 (hormis, à raison de leur libellé, les art. 75, 80 et 81), et ensuite les crimes punis par les articles 214 à 208 du Code de justice militaire. V. Travers, I, n° 396. Cass., 1<sup>er</sup> avril 1918, *Bull. crim.*, n° 81; 10 mai 1918, *Bull. crim.*, n° 107. Spécialement, le crime d'entretenir des intelligences avec l'ennemi peut être commis par un étranger, même en pays étranger. V. Cass., 15 janvier 1920, S. 1923.1.238. *Contrà*, Blauche, *Et. sur le Code pén.*, II, n° 419; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., III, n° 870. Mais, il n'y a pas lieu d'y comprendre les crimes contre les personnes et les propriétés, même lorsqu'ils sont systématiquement accomplis pour ruiner un Etat. V. Travers, I, n° 399. *Contrà*, Mérignac, *Revue gén. de droit intern. public*, XXIV, p. 43 et suiv.

15. Par crime contre le crédit de l'Etat, il convient de n'entendre que les crimes de contrefaçon du sceau de l'Etat, de monnaies de papiers nationaux ou des billets de banque autorisés par la loi (art. 139, 132, 133 et 138, C. pén.). V. Mangin, *Action publ. et action civ.*, I, n° 63; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 668; Travers, I, n° 401. Cass., 27 juillet 1883, S. 1885.1.41.

16. Le délinquant peut donc être jugé par contumace. V. Mangin, *Action publ. et action civ.*, I, n° 63; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 670; Trébutien, I, n° 202.

17. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 185, n° II. *Contrà*, Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 118.

2° La loi pénale française est de plus applicable à tout Français (ou naturalisé français depuis 1910), qui, hors du territoire de France, se rend coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, si ce fait est également puni par la législation du pays où il a été commis<sup>18</sup>. V. Code d'instruction criminelle, art. 5, alinéa 2.

Le motif de l'extension est le même que dans l'hypothèse précédente.

Mais, comme l'infraction présente un moindre caractère de gravité, les conditions de la poursuite sont plus nombreuses. Aux deux qui existent en cas de crime, viennent, en effet, s'en ajouter deux autres : d'une part, la répression du délit par la législation étrangère; et, d'autre part, une plainte de la partie offensée ou une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis, qui marquent l'importance de l'infraction, le préjudice qu'elle a causé, et l'intérêt du gouvernement étranger à en voir punir l'auteur<sup>19</sup>.

Mais, les termes de l'article 5 du Code d'instruction criminelle n'ont pas la valeur d'un principe absolu. Le législateur peut donc, expressément ou implicitement, les écarter, lorsque dans la répression d'un fait délictuel commis par un Français à l'étranger, il cherche la protection de la sécurité nationale<sup>20</sup>. Arg. Code d'instruction criminelle, art. 7.

18. V. Trébutien, I, n° 202; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 187; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 122; Travers, I, n° 501 et suiv. — 1° Il est à remarquer que la condition écrite dans l'article 5, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, c'est que le fait incriminé soit puni par la loi étrangère et par la loi française (identité d'incrimination), mais non pas que des poursuites soient encore possibles dans les deux pays. Il en résulte que l'exception de prescription fondée sur la loi étrangère ne saurait être utilement invoquée devant les tribunaux français : ce qui n'est pas sans dépasser le motif qui a fait prendre l'article 5. V. Travers, I, n° 508. — 2° Il est encore à noter que, si l'article 5 exige que le fait soit puni par la loi étrangère (Cass., 23 juill. 1863, S. 1863.1.549), il ne spécifie pas la nature de cette répression (crime, délit ou même contravention) : la qualification de délit n'est imposée qu'au regard de la loi pénale française. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 188; Travers, I, n° 509. — 3° Enfin, il convient, à ce qu'il semble, de ne pas entendre littéralement le mot *pays* de ce texte, ou d'embrasser dans son contenu le bâtiment étranger navigant en pleine mer. V. Travers, I, n° 514.

19. Il résulte de ces conditions qu'une poursuite d'office ne peut avoir lieu de la part du ministère public, et que d'autre part la victime de l'infraction ne possède pas le droit de citation directe établi par l'article 182 du Code d'instruction criminelle. V. Cass., 15 juin 1893, S. 1893.1.396.

20. Toute autre solution est, en effet, inadmissible. A côté de la courtoisie internationale, le législateur peut avoir, pour punir un fait accompli en dehors des frontières, un intérêt de défense nationale. Dans l'accomplissement de ce devoir, qui regarde l'ordre intérieur, il ne saurait être entravé par l'attitude prise, ou le silence gardé par la législation étrangère. Arg. loi du 4 avril 1915. V. Cass., 13 juin 1907, S. 1920.1.143; 15 mars 1919, *Bull. crim.*, n° 67. *Contrà*, Travers, I, n° 506.

3° En outre, en vertu de l'article 2 de la loi du 27 juin 1866, tout Français qui s'est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douanes ou de contributions indirectes, sur le territoire de l'un des Etats limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France, si cet Etat autorise la poursuite de ses régnicoles pour les mêmes faits, commis en France.

Le motif de cette application de la loi pénale française est d'assurer la tranquillité des frontières : de là, la condition de la réciprocité légale<sup>21</sup>.

4° La loi pénale française connaît également des voies de fait, délits ou crimes, qui ont été commis à bord d'un navire de commerce français en rade ou dans un port étranger, par un homme de l'équipage envers un autre homme du même équipage ou d'un autre navire français, si du moins l'infraction n'a pas troublé la tranquillité du port<sup>22</sup>. V. Ord. du 29 octobre 1833, art. 22 et 23.

C'est par réciprocité que cette application de la loi française a été établie; elle a donc lieu dans les mêmes circonstances. Toutefois, lorsqu'il s'agit des crimes et délits spécifiés au décret du 24 mars 1852, complété par la loi du 15 avril 1898, c'est d'une manière absolue et sans restriction que la compétence est revendiquée par la justice française<sup>23</sup>.

5° Enfin en territoire ennemi<sup>24</sup>, en vertu des droits que confère à la souveraineté française la qualité de puissance occu-

21. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 126 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n. 191.

22. Ayant renoncé par l'Avis du Conseil d'Etat, du 20 novembre 1806, à se saisir des faits commis à bord des navires étrangers par des étrangers, lorsqu'ils n'avaient pas troublé la tranquillité du port, le législateur a revendiqué, par voie de traités ou de conventions consulaires, la même règle pour les nationaux, dans les ports étrangers. V. l'énumération de ces conventions dans G. Le Poittevin, *Code d'instr. crim. ann.*, sous l'article 5, n° 57.

23. Quelque difficulté existe, tenant à la divergence des textes. Ni l'article 12 du titre 1<sup>er</sup> du décret du 13 août 1791, ni l'article 2 du décret-loi du 24 mars 1852 ne contiennent, en effet, les restrictions mises à la compétence de la loi pénale française par l'ordonnance de 1833. Sans doute, on peut prétendre que celle-ci renferme une solution, fondée sur un droit des gens nouveau, plus respectueux de la souveraineté territoriale des Etats, et qui a implicitement abrogé la disposition contraire du décret de 1791. Comp. Travers, I, n° 250. Mais, pour ce qui est du décret du 24 mars 1852, motivé sur le besoin de restaurer la discipline dans la marine marchande et la nécessité de revenir aux règles antérieures, il semble bien que l'on doive voir dans ses dispositions la volonté du législateur d'établir une compétence absolue et sans partage de la loi pénale française.

24. Au sens de l'article 63 du Code de justice militaire.

pante<sup>25</sup>, la loi pénale française est applicable à tout Français, qui y commet un crime, un délit ou une contravention<sup>26</sup>.

#### II. Application de la loi pénale aux infractions commises par des étrangers.

A l'égard des étrangers, qui commettent une infraction à l'étranger, l'extension extraterritoriale de la loi pénale présente une moindre nécessité<sup>27</sup>. Le gouvernement a, en effet, dans la remise du délinquant à l'Etat dont il a troublé l'ordre public, le moyen naturel d'empêcher l'impunité : l'extradition vient donc rendre inutile la compétence de la loi pénale<sup>28</sup>.

On doit d'ailleurs poser comme règle que les traités d'extradition ne limitent pas le droit d'un Etat de livrer le délinquant, qui s'est réfugié sur son territoire, mais seulement qu'ils autorisent l'Etat requis à refuser une extradition non comprise dans les stipulations, sans soulever d'incident diplomatique. En fait, il est dans les usages de ne pas dépasser les termes des traités. Cependant les conventions d'extradition ne créant aucun droit pour les délinquants, qui ne peuvent convertir en lieu d'asile le territoire d'un Etat, contre le gré de celui-ci, l'irrégularité d'une extradition consentie dans des cas, ou pour des crimes, non spécifiés dans un traité d'extradition, ne peut constituer un grief légitime<sup>29</sup>.

Logiquement, la loi pénale ne doit donc être étendue hors du territoire aux étrangers que dans des hypothèses où l'ex-

25. V. S. *Lois ann.* de 1857, p. 78, n° XLV : « L'armée emporte tout avec elle : c'est comme un Etat qui voyage ».

26. En territoire ennemi occupé, la législation française applicable n'est pas seulement, comme on a parfois quelque tendance à le croire, le Code de justice militaire; ce sont aussi les ordonnances pénales, prises en vertu d'une délégation tacite ou expresse de la souveraineté nationale par les hautes autorités militaires ou civiles. V. Cass., 20 juin 1925, S. 1926.1.41. Et ce sont également, à ce qu'il semble bien, les lois pénales ordinaires, étendues *ipso facto* à ce territoire par la présence de l'armée qui incarne l'Etat français. V. la note qui précède.

27. Lorsque, du moins, on refuse à la loi pénale le caractère de loi réelle. V. sur les controverses anciennes et sur le projet de 1852, Trébutien, I, n° 193 et suiv.

28. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 186; Ortolan, I, n° 901; Valette, *Mélanges*, II, p. 297. L'extradition est de date ancienne. Le premier traité d'extradition paraît avoir été un traité conclu en 1376 entre le roi de France, Charles V, et le comte de Savoie. V. Isambert, *Collection*, VI, p. 258. Sur l'extradition, voy. Bernard, *Traité de l'extradition*, 2 vol., Paris, 1890; Beauchet, *Traité de l'extradition*, Paris, 1899; L. Renault, *Etude sur l'extradition en France*, Paris, 1876; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 211 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 918 et suiv.

29. V. Cass., 4 mai 1865, S. 1866.1.36; 4 et 25 juillet 1867, S. 1867.1.409; 1<sup>er</sup> juillet 1899, S. 1902.1.55; 26 avril 1900, S. 1903.1.382; 27 février 1908, S. 1912.1.68.

tradition ne se conçoit pas, ou dans lesquelles son fonctionnement conduirait à une solution peu satisfaisante.

C'est ce qui se présente dans plusieurs cas<sup>30</sup>.

1° Il en est ainsi d'abord, en vertu de l'article 7 du Code d'instruction criminelle, lorsqu'il s'agit de crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat, ou de crimes contre le crédit public. L'Etat exerce, en pareil cas, un droit de légitime défense. Il ne pouvait abandonner sa protection à l'Etat étranger sur le territoire duquel le crime a été commis, et dont l'inertie, peut-être la coupable complaisance, a facilité les machinations criminelles<sup>31</sup>.

Aussi, faut-il décider que l'existence d'une condamnation à l'étranger n'élèverait aucun obstacle à de nouvelles poursuites en France<sup>32</sup>. Arg. du Code d'instruction criminelle, art. 7, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 combinés, et art. 5, alinéa 4, et art. 7, alinéa 1<sup>er</sup>, rapprochés.

Mais, celles-ci ne peuvent avoir lieu en France que si le délinquant est arrêté sur le territoire français<sup>33</sup>, ou à défaut si le gouvernement a obtenu son extradition. V. Code d'instruction criminelle, art. 7.

2° Le même motif de défense a fait admettre par l'article 63 du Code de justice militaire la compétence de la juridiction française sur le territoire ennemi occupé par l'armée française, quelle que soit leur nationalité, à l'égard de tous individus prévenus d'un des crimes ou délits, prévus au Code de justice

30. Du caractère exceptionnel de l'application de la loi pénale française découle l'incompétence absolue des tribunaux français pour tous les cas non exceptés. V. Cass., 2 juin 1825, S. chr.; 10 janvier 1873, S. 1873.1.141; 19 avril 1883, D. P. 1883.1.284.

31. V. Trébutien, I, n° 195 et suiv.

32. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., n° 185, II; Laborde, n° 95; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 134.

33. V. Cass., 15 janvier 1920, S. 1923.1.238. *Contra*, Matter, dans *Journal dr. intern. privé*, 1904, p. 619. A la différence de ce qui est établi au cas de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, il importe peu que le retour de cet étranger soit volontaire ou involontaire : le mot *arrêté* est significatif; en mettant de plus sur la même ligne l'extradition et l'arrestation, l'article 7 est très précis.

Par un arrêt du 10 mai 1918 (*Bull. crim.*, n° 107), la Cour de cassation a assimilé au territoire français le territoire étranger, occupé par l'armée française et déclaré en état de siège. Mais, il est douteux que cette solution soit exacte. Si, en effet, en vertu de l'article 101 du décret du 24 décembre 1811, qui est encore en vigueur sur les territoires étrangers déclarés en état de siège, l'autorité militaire française peut se substituer aux autorités locales pour tout ce qui concerne le maintien de l'ordre et de la police (V. *supra*, § 46, note 12), ce n'est visiblement que pour autant qu'il s'agit de crimes commis depuis l'occupation, et ayant troublé l'ordre intérieur. Mais il ne saurait être question de remplacer celles-ci pour le jugement de faits qui, commis avant l'occupation, ne sont peut-être pas considérés par elles comme des infractions punissables. V. Travers, I, n° 402.

militaire, livre IV, titre 2<sup>34</sup>. Il ne fallait pas, en effet, que la sauvegarde de l'armée et le respect de son autorité au milieu d'une population, ouvertement ou sournoisement hostile, fussent confiés à d'autres tribunaux que les siens propres.

Cette raison subsistant même après la cessation de l'état de guerre, il convient d'entendre l'expression « *territoire ennemi* » comme comprenant le territoire étranger, quand un corps d'occupation demeure dans le pays, avec l'assentiment du gouvernement local, pour y assurer l'ordre et y maintenir la tranquillité publique, ou en vertu du traité de paix, pour en assurer l'exécution<sup>35</sup>.

Au surplus, la loi pénale applicable peut être aussi bien une ordonnance prise par l'autorité militaire que le Code de justice militaire lui-même<sup>36</sup>.

Mais, on ne saurait manifestement pas soumettre à la juri-

34. L'énumération de l'article 63 du Code de justice militaire n'est pas considéré par la jurisprudence comme limitative. Celle-ci décide même qu'il n'est pas nécessaire, pour son application, que le crime ou le délit commis ait eu pour objet de porter atteinte à la sûreté de l'armée, ou y ait en fait porté atteinte. V. Cass., 12 mars 1909, S. 1910.1.273. Mais, cette solution, fondée sur l'interprétation littérale de l'article 63, paraît très contestable. D'une part, en effet, antérieurement au Code de justice militaire, la compétence des conseils de guerre fonctionnant en territoire ennemi était strictement limitée à ce qu'exigeait la sûreté de l'armée. V. Cass., 14 août 1851, S. 1852.1.283; 22 mai 1852, *Bull. crim.*, n° 167. D'autre part, les travaux préparatoires du Code de justice militaire indiquent très clairement l'intention du législateur de ne pas dépasser ce besoin. V. S. *Lois ann.* de 1857, p. 63, n° 31 et p. 78, n° 46.

Mais, tout autre est la question de savoir si, non plus par application de l'article 63, mais en vertu du droit que lui confère l'occupation, la puissance occupante ne peut pas déférer à sa juridiction les habitants des territoires occupés en dehors des cas indiqués par le Code de justice militaire. L'occupation crée, en effet, une situation de fait qui implique des charges, et par conséquent des droits, pour la puissance occupante. Bien évidemment, l'étendue de ces droits est variable : elle diffère notamment selon qu'il s'agit d'occupation consentie par la souveraineté de droit (*occupatio pacifica*) ou d'occupation violente (*occupatio bellica*), et suivant que les juridictions indigènes continuent à fonctionner normalement malgré l'occupation ou qu'elles sont au contraire désorganisées. L'article 63 ne saurait être considéré comme un obstacle à une extension de l'application extraterritoriale de la loi française, justifiée par le droit des gens. Seulement, celui-ci exige que pour sortir des limites qu'elle s'est elle-même fixées, la puissance occupante fasse sur les territoires occupés acte de législation et publie de nouvelles ordonnances; ces dernières ne sauraient être dégagées par la jurisprudence, interprétant simplement l'article 63. Comp. Cass., 10 août 1922, S. 1924.1.89.

35. V. Morin, *Les lois relatives à la guerre*, II, p. 441 à 467; Pradier-Fodéré, *Traité du dr. intern. public*, VII, p. 853, note 1; de la juridiction des armées d'occupation, dans le *Journal du dr. intern. privé*, 1882, p. 515 et 516; Travers, I, n° 235 et suiv. Cass., 19 janvier 1865, S. 1865.1.53; 23 juin 1865, S. 1865.1.428; 14 et 28 décembre 1865, S. 1866.1.84; 25 janvier 1889, *Bull. crim.*, n° 40; 11 février 1909, S. 1910.1.280; 29 mai 1913, *Bull. crim.*, n° 254; 31 juillet 1913, S. 1915.1.57.

36. V. Cass., 10 août 1922, S. 1924.1.89; 20 juin 1925, S. 1926.1.41.

diction française des crimes commis antérieurement à l'occupation, et dont l'accomplissement, pour ce motif, ne pouvait aucunement menacer la sûreté de l'armée. L'extension de compétence, qui ne peut pas avoir lieu directement, ne peut pas davantage se produire pour cause de connexité, l'application de la loi pénale hors des limites du territoire constituant une exception<sup>37</sup>.

Au reste, cette compétence extraterritoriale de la loi pénale française peut concourir avec celle énoncée au numéro précédent, en tant que l'énumération de l'article 63 du Code de justice militaire coïncide avec celle de l'article 7 du Code d'instruction criminelle<sup>38</sup>.

3° Un motif semblable de défense, encore plus impérieux, a fait admettre, dans les places ou territoires étrangers, occupés et déclarés en état de siège, la compétence de l'autorité militaire française. V. décret du 24 décembre 1811 et loi du 9 août 1849, art. 10.

L'état de siège a alors pour conséquence de dépouiller les autorités locales chargées du maintien de l'ordre et de la police et d'attribuer aux juridictions militaires françaises la connaissance de tous les crimes, délits ou contraventions, dont la poursuite pourra être exercée par l'autorité française dans le territoire occupé par l'armée<sup>39</sup> : cette compétence n'est plus limitée à l'énumération de l'article 63 du Code de justice militaire.

37. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 171. Dans un arrêt du 12 mars 1909 (S. 1910.1.273), la Cour de cassation a cependant admis la prorogation de compétence pour cause de connexité. Mais, cette solution, qui se comprend en droit interne, entre des juridictions de même nature, qui appliquent la même loi et relèvent de la même souveraineté, ne se conçoit plus logiquement quand son résultat est de modifier la loi et la pénalité applicables, et de soustraire le délinquant à son juge naturel. Est-ce que, même en droit interne, la connexité autoriserait une modification de la législation, applicable entre deux lois successives? V. Paris, 8 février 1856, S. 1856.2.728.

38. Il n'existe, en effet, aucun texte qui accorde la préférence au *forum delicti commissi* sur le *forum deprehensionis* : et on ne trouve pas davantage de dispositions légales, qui en cas de concours de l'article 7 du Code d'instruction criminelle et de l'article 63 du Code de justice militaire, attribue la supériorité à ce dernier. Il y a au contraire une raison de justice à la lui refuser : car, la France se doit à elle-même, lorsqu'elle juge un étranger pour un crime commis à l'étranger, de lui accorder la plus grande liberté pour sa défense, chose qu'il peut trouver près des juridictions de droit commun, et avec plus de difficultés auprès des juridictions d'exception d'un corps d'occupation. *Contra*, Cass., 30 avril 1920, S. 1921.1.188.

39. V. Cass., 24 novembre 1864, S. 1865.1.150; 10 mai 1918, *Bull. crim.*, n° 107. Ce dernier arrêt fait toutefois de la règle indiquée au texte une application douteuse à un crime commis par un étranger antérieurement à l'occupation du territoire par l'armée française. V. *suprà*, la note 33.

4° Enfin le caractère de crime contre l'humanité, que revêt le crime de piraterie, a fait admettre une compétence universelle au profit de toute nation.

La loi du 10 avril 1825 détermine, dans ses articles 1 à 4, les faits qui constituent la piraterie.

Il est à observer que l'application de la loi pénale française n'est subordonnée à aucune restriction<sup>40</sup>.

### SECTION TROISIÈME

#### DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS PÉNALES

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Justice criminelle*, Paris, 1771, II, p. 593 et suiv. ; — F. Hélie sur Boitard, *Introduction aux Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle* ; — Garraud, *Traité de dr. pén.*, 3<sup>e</sup> éd., I, § xxv ; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 60 bis ; — Garçon, *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911 ; — Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., I, § xl ; — Labbé, note dans S. 1876.2.297 ; — Roux, notes dans S. 1907.1.249 ; et 1914.1.48.

#### § 18.

##### *Nécessité de l'interprétation.*

Interpréter la loi pénale, c'est en déterminer la signification, afin d'en permettre ou d'en donner l'application exacte.

L'interprétation des lois est une nécessité, parce qu'il est impossible, et d'ailleurs peu désirable, que la loi renferme l'indication de toutes les hypothèses particulières, susceptibles de se présenter, et règle chacune d'elles par une disposition spéciale. Pour demeurer claire, la loi doit rester concise, et contenir simplement l'énonciation de règles générales, en laissant à l'interprétation le soin d'adapter ces règles aux espèces concrètes.

En principe, c'est à celui qui a fait la loi qu'il appartient d'en donner le sens<sup>1</sup>.

Mais, qu'on s'adresse pour cette mission au législateur, ou

40. V. Travers, I, n° 382.

1. *Ejus est legem interpretari cujus est legem condere*. Sur l'interprétation législative, v. Merlin, *Rép.*, v° *Interprétation* ; Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., I, § 30 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 145. L'interprétation législative présente un double caractère : 1° l'interprétation que le législateur donne d'une loi est obligatoire pour le juge ; 2° la loi interprétative, faisant corps avec la loi qu'elle interprète, n'est pas soumise au principe de non-rétroactivité. V. Aubry et Rau, *loc. cit.* Il en est ainsi du moins des lois qui sont simplement interprétatives.

qu'on la confie, comme dans la Constitution de l'an VIII, au Conseil d'Etat, l'interprétation législative ne suffit pas; et l'on est obligé de remettre au juge qui est chargé d'appliquer la loi le pouvoir d'en déterminer la signification.

Cette interprétation est l'*interprétation judiciaire*<sup>2</sup>.

### § 19.

#### *Règles d'interprétation judiciaire.*

Toute interprétation suppose la recherche de ce qui est la loi, c'est-à-dire de ce qu'a voulu et de ce qu'a fait le législateur.

Il y a là une double détermination, dont l'ensemble seul constitue la loi, parce que ce que le législateur a voulu sans l'exprimer dans un texte n'est pas la loi, n'étant pas dans la loi (exemple: les lois imparfaites)<sup>1</sup>, et parce que ce que le législateur a fait, sans l'avoir voulu, bien qu'étant dans la loi, doit être, autant qu'on le peut, rejeté de celle-ci, comme n'y étant pas rationnellement (*cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*).

Cela revient à dire que la loi est dans la combinaison raisonnée de son *esprit* et de sa *lettre*.

#### *Esprit de la loi.*

Techniquement, l'esprit de la loi est dans la perception du but que s'est proposé le législateur, en édictant les prescriptions qu'il a prises.

Pratiquement, l'esprit de la loi se trouve dans les travaux préparatoires de la loi, c'est-à-dire dans les discussions qui ont précédé son vote, et en éclairent le sens.

Mais, tous les travaux préparatoires n'ont pas la même valeur; des distinctions sont à faire :

1° L'esprit d'un texte qui a été voté sans modification est à chercher avant tout, s'il s'agit d'un projet de loi, dans l'exposé des motifs qui le précède; et s'il s'agit d'une proposition de loi

2. Echappent cependant à celle-ci, à raison du principe de la séparation des pouvoirs, les actes de gouvernement (Paris, 29 janv. 1876, S. 1876.2.297), les arrêtés municipaux ou préfectoraux, et, en vertu des règles du droit des gens, les traités diplomatiques (Cass., 27 févr. 1908, S. 1912.1.68).

1. On trouve un exemple d'antinomie entre la loi et le rapport du rapporteur dans S. 1907.1.249, col. 3 et suiv., à propos de la loi du 31 mars 1904, permettant de tenir compte, en vue de la relégation, des condamnations prononcées en Algérie par les tribunaux répressifs indigènes.

émanant de l'initiative parlementaire, dans le rapport de l'auteur de la proposition.

2° L'esprit d'un texte, qui a son origine dans un amendement, est également à chercher, principalement dans le discours de l'auteur de l'amendement, et, à défaut d'indication, dans les discours des membres du Parlement, qui ont pris la parole à cette occasion.

3° Enfin, l'esprit d'un texte, que n'éclaire aucune des sources précédentes, est à demander de préférence aux discours des orateurs qui se sont tenus le plus près du but que la disposition législative a pour objet de réaliser.

En pareil cas, l'opinion d'un membre du gouvernement peut ne pas avoir plus d'importance que celle d'un député, ou d'un sénateur.

Au reste, c'est à la pensée des auteurs de la loi qu'il faut s'en tenir, et non pas à ce que pourrait être celle-ci en présence des besoins actuels et nouveaux : la loi est, en effet, inséparable de la volonté qui l'a rédigée<sup>2</sup>.

#### *Lettre de la loi.*

La détermination de la lettre de la loi est donnée par l'examen grammatical et l'analyse logique de son texte, c'est-à-dire des expressions qu'il renferme, appréciées dans leur sens et leur position dans la phrase.

Comme il arrive souvent qu'une expression possède dans la langue française des significations différentes, la précision du sens qu'elle doit recevoir est à chercher d'abord dans le langage juridique, en laissant de côté la langue ordinaire (*sens technique et sens vulgaire des mots*); et ensuite entre plusieurs acceptions juridiques, dans le but spécial poursuivi par le législateur : d'où la maxime, *la lettre de la loi tue, si on ne la vivifie pas au moyen de son esprit*.

#### *Limites de l'interprétation judiciaire.*

Comme il vient d'être dit, l'interprétation judiciaire est simplement la déclaration de ce qui est la loi.

Pour faire cette déclaration, le juge doit prendre la loi telle qu'elle est.

2. Il en est ainsi même pour les lois qui, comme le Code pénal, ont plus d'un siècle d'existence. V. Glasson et A. Tissier, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 9.

Si des erreurs se sont glissées dans le texte d'une loi, il ne lui appartient pas de les corriger<sup>3</sup>.

D'autre part, si une lacune apparaît dans son contenu, il n'échet pas davantage à l'autorité judiciaire, si haut placée qu'elle soit, de la faire cesser : ce serait substituer une œuvre différente au monument législatif, et créer des peines arbitraires. Il n'existe pas, en effet, en matière pénale, de règle analogue à celle de l'article 4 du Code civil, qui impose au juge, à peine de déni de justice, de ne pas s'abstenir de juger sous prétexte de silence ou de l'obscurité de la loi.

En pareil cas, le juge pénal doit prononcer un jugement de relaxe, et mettre hors de poursuite, pour cause de silence de la loi, le prévenu amené devant lui. Il en doit être ainsi, parce que le droit pénal a un caractère légal, et que la coutume n'est pas comprise au nombre de ses sources.

Par opposition, à ce qui est admis en droit civil, il n'y a donc pas, en droit pénal, d'application de la loi pénale par voie d'analogie, ou de raisonnement à *contrario* ou à *fortiori*, ni possibilité de constitution d'un *droit prétorien*<sup>4</sup>. Limitée à ce qui est la loi, l'interprétation doit dégager uniquement ce qu'a voulu et fait le législateur. C'est en ce sens qu'on a l'habitude de dire que les lois pénales sont de stricte interprétation.

Mais, dans ces bornes, l'interprétation est libre pour donner à la règle légale toute l'étendue qu'elle comporte, et lui faire embrasser toutes les hypothèses, mêmes nouvelles<sup>5</sup>, que contiennent logiquement ses prescriptions<sup>6</sup>.

Toutefois, il est reconnu qu'en cas de doute l'interprétation la plus favorable pour l'inculpé est à préférer.

Il en est ainsi, non pas tant seulement à cause du caractère rigoureux de la sanction pénale, que parce que le doute doit faire hésiter sur la volonté du législateur à comprendre cette hy-

3. V. Cass., 11 mars 1831, S. 1831.1.147. V. *infra*, la note 7.

4. V. notamment, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 146. Cass., 30 décembre 1843, S. 1844.1.339; 5 février 1921, S. 1922.1.239. La jurisprudence n'a pas toujours observé exactement la règle qui est indiquée au texte, et dont l'existence est hors de doute. Il est, en effet, possible de trouver dans ses arrêts des solutions qui constituent manifestement du droit prétorien. V. à titre d'exemples, Cass., 13 mars 1909, S. 1912.1.236; 17 juin 1911, S. 1912.1.65; 12 janvier 1912, S. 1912.1.417; 3 août 1912, S. 1913.1.337. Adde, Rouart, *La publicité frauduleuse et le droit pénal*, broch. in-4°, Paris, 1912.

5. La circonstance, en effet, qu'une hypothèse était ignorée du législateur au temps de la rédaction de la loi, ne l'exclut pas de son application, si elle rentre dans ses termes.

6. V. Cass., 24 février 1809, S. chr.

pothèse sous l'empire de la règle, et que le droit pénal doit avoir un caractère légal, non pas d'une façon équivoque, mais d'une manière certaine.

De plus, il est admis que le juge peut réparer les simples erreurs matérielles qui se sont glissées dans le texte de la loi pénale<sup>7</sup>.

*Reconnaissance de principes supérieurs.*

Malgré les règles d'interprétation qui précèdent, il y a lieu d'admettre des principes supérieurs d'équité, qui régissent les théories du droit pénal, non pas sans doute en l'absence de toute disposition législative, mais au delà des termes des applications qui en sont faites, et dont la présence dans la législation en suppose la reconnaissance implicite.

C'est ainsi qu'en dépit du silence de la loi, la solution de l'article 64 du Code pénal, décidant qu'il n'y a ni crime ni délit, quand le prévenu est en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force irrésistible, a été étendue à la matière des contraventions de police<sup>8</sup>.

C'est ainsi que l'article 66 du Code pénal, qui veut que l'accusé de moins de seize ans (actuellement de moins de dix-huit ans) soit acquitté, lorsqu'il est décidé qu'il a agi sans discernement, a été reconnu applicable, par identité de raison, aux contraventions de simple police, bien que, par sa place dans le Code pénal, il soit spécial aux crimes et aux délits<sup>9</sup>.

C'est ainsi également que, malgré les termes des articles 327 et 328 du Code pénal, n'admettant la justification qu'en cas d'homicide, de blessures ou de coups, la théorie des faits justificatifs a été appliquée à n'importe quel crime ou délit, commandé par l'autorité légitime, ou nécessité pour la défense de soi-même et d'autrui.

C'est ainsi encore que de quelques textes particuliers on a déduit le principe de la rétroactivité de la loi pénale la plus douce; et que, par voie d'induction, on a dégagé de l'autorité de la chose jugée le principe *non bis in idem*.

Il existe donc, à n'en pas douter, non pas un droit pénal coutumier à proprement parler, mais un droit pénal non

7. V. Cass., 30 décembre 1922, S. 1924.1.283.

8. V. Cass., 1<sup>er</sup> mars 1855, S. 1855.1.318; 7 décembre 1855, S. 1856.1.276; 28 février 1861, S. 1861.1.671; 7 décembre 1906, S. 1910.1.49.

9. V. Cass., 20 janvier 1837, S. 1838.1.906; 24 mai 1855, S. 1855.1.619; 21 mars 1863, S. 1869.1.368; 7 janvier 1876, S. 1876.1.96.

écrit<sup>10</sup>, conséquence de la technique insuffisante du Code pénal<sup>11</sup>.

La règle « *nullum delictum sine lege nulla* » n'est pas un obstacle à son admission, puisque précisément sa reconnaissance dans le domaine qui lui est assigné a pour effet, non de créer un délit ou une peine, mais d'enlever à un fait commis son caractère délictuel.

D'un autre côté, l'article 65 du Code pénal, d'après lequel nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse, n'élève pas davantage une objection, puisque ce texte, limité aux faits d'excuse, est étranger aux causes de justification ou d'irresponsabilité pénale<sup>12</sup>.

10. En dernière analyse, cette expression est préférable à celle qui figure dans S. 1914.1.51, col. 1<sup>o</sup>.

11. Ce qui est dit ici du droit pénal est, d'ailleurs, également vrai de la procédure, où, en l'absence des dispositions particulières, la jurisprudence a élaboré l'importante théorie des nullités substantielles.

12. Le caractère restreint de l'article 65 du Code pénal ressort de sa lettre et de son esprit. D'une part, en effet, il ne vise que les excuses, c'est-à-dire les faits, qui, tout en entraînant suppression ou atténuation de la peine, laissent subsister la nature délictuelle de l'acte accompli. Dans sa lettre, il est donc inapplicable aux causes de justification ou d'irresponsabilité pénale, qui suppriment dans le fait commis tout caractère délictuel. D'autre part, ce texte a été considéré par les rédacteurs du Code pénal comme la reproduction du principe consacré par l'article 339 du Code d'instruction criminelle. V. Loché, XXIV, p. 264. Or, ce texte est spécial aux faits d'excuses, et ne concerne pas les causes d'irresponsabilité, qui ne donnent pas lieu à la position d'une question particulière, et doivent librement s'examiner dans la question générale de culpabilité. Enfin, et surtout, ainsi que le déclare le conseiller Faure (Loché, XXIX, p. 264), l'article 65 a pour but de « prévenir l'arbitraire qui substitue les passions, toujours mobiles et souvent aveugles, de l'homme à la volonté ferme et constante de la loi ». Dans son esprit, il est donc encore étranger à des causes générales de justification, qui, échappant aux considérations d'espèces, et ayant d'ailleurs leur fondement dans une reconnaissance implicite du législateur, écartent le reproche de substituer à la volonté du législateur le sentiment mobile du juge. Comp. Chauveau et F. Hélie, I, n° 337.

## DEUXIÈME PARTIE

### ÉTUDE DE L'INFRACTION PÉNALE

#### PRÉLIMINAIRES

##### Notions générales.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n°s 559 et suiv.; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n°s 72-74 bis; — Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, n°s 19-21; — Garraud, *Traité du droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ XVI et XVII; — Villey, note dans S. 1881.1.385; — Roux, note dans S. 1925.1.329.

#### § 20.

##### *Définition de l'infraction.*

D'après le droit positif, l'infraction est l'acte contraire au droit, auquel la loi attache une peine comme conséquence de son accomplissement<sup>1</sup>.

Destiné à sanctionner les droits reconnus par la loi et à régir les rapports sociaux, le droit pénal limite la notion de l'infraction aux actions de la volonté humaine, parce que seules elles sont nuisibles, susceptibles de porter atteinte aux droits privés ou publics, ou à leur exercice paisible; et que la signification d'une peine peut seulement être comprise d'un être humain. Arg. Déclaration des Droits de l'homme de 1789, art. 5.

Si on analyse la notion qui précède, on aperçoit :

1<sup>o</sup> Que l'infraction est la manifestation d'une activité humaine.

Les individus peuvent souffrir un dommage des forces de la nature, d'objets inanimés, d'êtres animés autres que l'homme.

1. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n°s 98 et 223 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n°s 63 et suiv.

Mais, il n'y a pas là matière pour un délit, parce que l'auteur ou la cause du mal n'est pas soumis à l'empire du droit.

2° Que l'infraction suppose une manifestation extérieure de la volonté humaine 2.

Cela implique d'abord que les mouvements intérieurs de l'âme échappent au droit pénal; et ensuite que parmi les mouvements extérieurs, ceux qui sont indépendants de la volonté, sont également insusceptibles d'être retenus par le droit pénal. Ce qui est, par exemple, le cas des conséquences produites par une activité, qui est soustraite, comme dans l'hypothèse de contrainte, au commandement de la volonté.

3° Que l'infraction suppose la *lésion* ou tout au moins un *danger* couru par un droit. Car le droit pénal a le caractère de droit sanctionnateur.

4° Que l'infraction ne comprend que les actes qui sont contraires au droit.

Le droit pénal, en effet, ne peut pas punir ce que lui-même, ou un autre droit, commande ou autorise.

5° Enfin, que l'infraction est constituée par la circonstance que la loi prononce contre l'accomplissement de cet acte une sanction de nature pénale 3.

Ce qui distingue les infractions des délits civils (C. civ., art. 1382), qui ne comportent que des sanctions réparatrices (*dommages et intérêts*), et des délits disciplinaires, plus voisins des délits du droit pénal, mais s'en séparant encore, parce qu'ils comportent des sanctions répressives, qui n'ont pas un caractère pleinement pénal 4.

Les diverses propositions qui précèdent peuvent se résumer dans la règle suivante : *l'infraction est la manifestation fautive d'une volonté, agissant contre le droit et sanctionnée par la loi au moyen d'une peine.*

2. Comp. Trébutien, I, n° 488; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 99, I, et 224.

3. Si l'existence d'une sanction pénale est nécessaire pour caractériser l'infraction, par contre la nature de la juridiction (civile ou administrative) qui prononce celle-ci est indifférente. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 8; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 99, III.

4. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 11 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 64 bis. Il est à remarquer, qu'à raison de la diversité des sanctions, le même fait pourra être envisagé par la loi civile, comme un délit civil, par le droit disciplinaire, comme un délit disciplinaire, et par le droit pénal, comme une infraction. Poursuivant des buts différents, ces sanctions pourront se cumuler. V. Garçon, *loc. cit.*, n° 14; Loaré, XXIX, p. 202.

## § 21.

*Division des infractions.*

Toutes les manifestations de la volonté ne présentent pas la même gravité, soit quant aux conséquences qu'elles entraînent, soit quant à l'immoralité qu'elles supposent chez leur auteur.

Aussi, le Code pénal les a-t-il distinguées, d'après leur importance, en trois catégories différentes :

1° Les *crimes*, qui sont les infractions que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante (art. 6, 7 et 8);

2° Les *délits*, qui sont les infractions que les lois punissent de peines correctionnelles (art. 9);

3° Et les *contraventions*, qui sont les infractions que les lois punissent de peines de police (art. 464, 465 et 466). V. article 1<sup>er</sup>.

On a souvent critiqué cette classification.

On a dit d'abord que ce n'était pas la peine qui devait déterminer l'infraction, mais celle-ci qui devait servir à fixer la première 1. En réalité, le reproche n'est pas mérité. Le législateur n'a pas procédé autrement : il n'a indiqué la peine qu'après avoir examiné la gravité intrinsèque de chaque infraction; et l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal pose une règle d'ordre, qui sert à reconnaître la qualification que la loi attribue aux diverses infractions, mais non pas une théorie 2.

Avec plus d'exactitude, on a prétendu qu'il n'y avait pas de différence de nature entre le crime et le délit, mais seulement une différence de gravité; et que dès lors il convenait de ne séparer que deux sortes d'infractions : les crimes et les délits d'une part, les contraventions de police d'autre part 3.

Mais, ceux qui font cette critique paraissent avoir perdu de vue la signification que les auteurs du Code ont attachée à cette classification des infractions. Bien loin d'admettre une distinction de nature entre les crimes et les délits, ils leur ont au contraire reconnu la même essence, puisque, à la différence des Codes révolutionnaires, ils les ont réunis dans la même exposition, et que le Code pénal leur applique, dans sa partie générale, les mêmes règles 4.

1. V. Rossi, *Droit pénal*, I, p. 56; Trébutien, I, n° 174 et suiv.

2. V. Laborde, n° 55; Chauveau et F. Hélie, I, n° 19.

3. Comp. Chauveau et F. Hélie, I, n° 20; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 103 et suiv. Voy. aussi Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 74 et suiv.

4. On aurait évité cette critique, si on avait pris soin de se reporter aux

Il serait donc, au fond, plus conforme à la vérité de parler de division bipartite que de division tripartite des infractions. Et ceci explique d'une part que dans certains cas, notamment en cas d'excuse légale, ou d'admission de circonstances atténuantes, une infraction criminelle puisse n'être punie que d'une peine d'emprisonnement, qui est une peine correctionnelle (Arg. art. 67 et art. 463 et 401 combinés); et d'autre part, ce qui est peut-être moins rationnel, que dans les mêmes établissements pénitentiaires, dans les maisons centrales, on fasse subir à la fois la peine criminelle de réclusion et la peine correctionnelle d'emprisonnement.

*Importance de cette classification.*

La division des infractions en crimes, délits et contraventions est importante à un double point de vue.

Elle l'est d'abord, parce qu'elle a un caractère général, et qu'elle s'applique à toutes les infractions, quelle que soit la loi qui les ait prévues<sup>5</sup>.

Elle offre de l'intérêt ensuite et surtout à cause des conséquences pratiques très nombreuses qu'elle produit, du moins quand il s'agit d'infractions de droit commun<sup>6</sup>.

On rencontre, en effet, celles-ci :

1° Au point de vue de la *juridiction* : les crimes sont déférés à la cour d'assises, juridiction départementale où siège le jury; les délits aux tribunaux correctionnels, juridictions en principe d'arrondissement, composées de magistrats au nombre de trois; et les contraventions de police aux tribunaux de simple police, juridictions cantonales constituées par un magistrat unique. V. Code d'instruction criminelle, art. 138, 179, et 251 cbn. avec l'art. 234.

2° Au point de vue de la *procédure* : au cas de crime, la procédure se divise obligatoirement en deux parties, qui s'accomplissent devant des juridictions différentes, en *procédure d'ins-*

travaux préparatoires du Code pénal. Ceux-ci sont formels pour n'attacher à la distinction des crimes et des délits aucune différence de nature. V. Loché, XXIX, p. 423-424.

5. On a vu, en effet, précédemment, qu'il convenait d'écarter une prétendue quatrième catégorie d'infractions, les délits contraventionnels, tenant à la fois des délits et des contraventions, parce que l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal ne la mentionnait pas. V. Villey, dans la *France judiciaire*, 1886, p. 365 et suiv.; Garçon, *Code pén. ann.* sous l'article 1<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 28 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 109; Cass. 14 avril 1883, S. 1886.1.233; 13 juin 1885, S. 1886.1.234. V. *suprà*, § 9, note 7.

6. Il convient de faire cette réserve, parce que les indications données au texte ne s'appliquent pas toujours aux infractions spéciales.

*truction*, destinée à rechercher s'il existe des charges suffisantes de culpabilité contre l'auteur présumé du crime (*juridictions d'instruction*), et en *procédure de jugement*, ayant pour but d'établir la réalité de l'infraction et d'en convaincre l'accusé, ou de le décharger des présomptions existant contre lui (*juridictions de jugement*); au cas de délit, cette division de la procédure est facultative, et le prévenu peut être traduit directement devant la juridiction de jugement; en cas de contravention, la procédure d'instruction n'a pas lieu. V. Code d'instruction criminelle, art. 145, 182 et 251.

3° Au point de vue de la *poursuite* : les crimes se prescrivent par dix ans, les délits par trois ans, et les contraventions de police par un an. V. Code d'instruction criminelle, art. 637, 638 et 640.

4° Au point de vue des *règles du fond* :

α. la *tentative* de crime en principe est toujours punie, celle de contravention ne l'est jamais, et la tentative de délit ne l'est que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. V. art. 2 et 3.

β. la *complicité* est punie en matière de crimes et de délits; elle ne l'est pas en matière de contraventions de police. V. art. 59.

γ. la *révision*, qui poursuit la réparation des erreurs judiciaires, existe en matière de crimes et de délits; elle ne se rencontre pas en matière de contraventions de police. V. Code d'instruction criminelle, art. 443.

δ. la *réhabilitation* est admise pour les condamnés pour crimes ou délits; elle est absente pour les condamnés à une peine de police. V. Code d'instruction criminelle, art. 619.

ε. en cas de *conviction de plusieurs crimes ou délits*, une seule peine est prononcée, la plus forte; les peines au contraire se cumulent en cas de concours de contraventions. V. Code d'instruction criminelle, art. 365, alinéa 2.

ζ. la théorie des *excuses atténuantes légales* s'applique aux matières criminelles et correctionnelles; elle est étrangère à celles des contraventions. V. art. 67 et 321.

η. le délai de *prescription de la peine* varie suivant qu'il s'agit de crimes, délits ou de contraventions : il est de vingt ans, pour les crimes, cinq ans pour les délits, et deux ans pour les contraventions. V. Code d'instruction criminelle, art. 635, 636 et 639.

θ. également, les conditions de la *récidive*, ainsi que les effets de l'admission de *circonstances atténuantes*, diffèrent suivant

qu'on est en présence de crimes, délits ou contraventions. V. art. 56, 57, 58, 463, et 484.

Ainsi, le simple fait de savoir qu'une infraction est une contravention, un délit ou un crime, éclaire immédiatement les juges qui sont chargés d'appliquer la loi pénale sur les règles à suivre, soit en matière de procédure soit quant au fond. Là est la grande supériorité de la classification adoptée par les rédacteurs du Code<sup>7</sup>.

*Détermination de la peine qui fixe la nature des infractions.*

La classification des infractions étant l'œuvre de la loi, basée sur la gravité matérielle du fait commis, et la solution qu'elle comporte dominant l'ensemble de la procédure, c'est logiquement à la peine légale, et non pas à la peine que prononcent les juges, qu'à moins d'indication législative contraire, il convient de s'attacher pour fixer la nature d'une infraction.

On ne saurait, en effet, attendre l'issue du procès pour déterminer la compétence, qualifier le fait poursuivi, et savoir si on peut encore le poursuivre<sup>8</sup>.

Il en résulte qu'une infraction conserve, relativement aux différents points de vue mentionnés plus haut, la nature que lui assigne la peine indiquée dans la loi, lorsque par l'effet de l'admission de circonstances atténuantes le délinquant

7. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 106, II; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 72.

8. Au reste, c'est le système qui ressort de l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal. Ce texte ne déclare-t-il pas que l'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention, celle que les lois punissent des peines correctionnelles est un délit, celle que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime? Il y a là une insistance qui est significative. V. Berauld, *Cours de dr. pén.*, p. 621-622; Le Sellyer, *Actions publique et privée*, II, n° 644; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 36 et suiv.; et surtout, M. Villey, note dans S. 1881.1.385. Ceux qui, comme F. Hélie (*Instr. crim.*, II, n° 1057), ou Vidal et Magnol (n° 73), s'attachent dans tous les cas à la peine prononcée dans le jugement prétendant se conformer à la disposition de l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal, parce que, après l'admission d'une déclaration de circonstances atténuantes ou d'une excuse légale, c'est la loi elle-même qui modifie la peine primitivement indiquée. Mais, il est visible que ce syllogisme repose sur une équivoque, puisque ce n'est pas la loi qui a apprécié la gravité de l'infraction, mais le juge, en tenant compte souvent de circonstances personnelles à l'auteur, étrangères au fait. La jurisprudence, après de vives hésitations, paraît se rallier maintenant à l'opinion indiquée au texte. V. les notes qui suivent. Au fond, lorsqu'on porte cette controverse non plus sur le terrain du droit positif, où elle ne paraît pas devoir comporter d'autre solution que celle adoptée en pratique, mais dans le domaine des principes, il apparaît que le débat n'est pas autre que celui de savoir si pour la qualification d'une incrimination il convient de s'attacher plutôt au délinquant qu'au délit. Or, à la question ainsi posée, il semble bien qu'il convienne de répondre : au délinquant.

est condamné à une peine inférieure de nature différente<sup>9</sup>.

Mais, on doit encore donner cette solution, même au cas où le changement de pénalité est le résultat d'une excuse légale, celle-ci étant sans effet sur la gravité matérielle de l'infraction<sup>10</sup>.

*Sens des mots « délit » et « contravention ».*

Devant l'importance de la classification des infractions, il est à regretter que le législateur ne se soit pas toujours exactement tenu à la terminologie, qu'il a lui-même donnée dans l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal.

On trouve, en effet, parfois le mot *délit*, pris tantôt dans le sens de crime<sup>11</sup> et tantôt comme synonyme de crime et de délit<sup>12</sup>; et le mot *contravention*, appliqué quelquefois dans le Code pénal (plus souvent dans les lois spéciales) à des infractions punies de peines correctionnelles. V. art. 200.

En pareil cas, c'est d'après la nature de la peine, et non d'après la dénomination employée, qu'il convient d'apprécier la qualité de l'infraction<sup>13</sup>.

9. V. Cass., 1<sup>er</sup> mars 1855, S. 1855.1.319.

10. Pendant longtemps, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire, en matière d'excuse de minorité notamment. V. Cass., 25 août 1864, S. 1865.1.101; 12 août 1880, S. 1881.1.355. Mais, elle a depuis abandonné cette opinion, pour déclarer que le tempérament exceptionnel, dont jouit le mineur à raison de son âge, ne saurait transformer le caractère du fait incriminé dont les éléments substantiels ne sont pas modifiés. V. Cass. 9 juill. 1891, S. 1891.1.432. De même en matière d'excuse de provocation, après avoir d'abord adopté la solution donnée au texte (Cass., 17 janv. 1831, S. 1833.1.413), elle s'est ralliée à la solution inverse (Cass., 7 avr. 1887, S. 1889.1.133); finalement, elle est revenue à sa première théorie. V. Cass., 24 avril 1925, S. 1925.1.329. *Contrà*, Garraud, I, 3<sup>e</sup> éd., n° 107.

11. Il en est ainsi dans la locution flagrant délit de l'article 32 du Code d'instruction criminelle.

12. V. article 11.

13. Ces variations dans la terminologie tiennent surtout à ce que c'est seulement à partir du Code pénal que s'est faite dans la langue juridique la distinction définitive des délits et des crimes : de là un certain flottement dans les lois antérieures et dans le Code d'instruction criminelle rédigé avant le Code pénal, et à cause de sa nouveauté, quoique plus rarement, même dans ce dernier. C'est ainsi que dans le Code du 3 brumaire an IV, intitulé « des délits et des peines », le mot *délit* y est pris comme synonyme d'infraction; que dans les articles 226 et 227 du Code d'instruction criminelle, l'expression *délits connexes* veut dire crimes ou délits connexes (les contraventions ne donnant pas lieu, régulièrement du moins, à un renvoi devant la chambre des mises en accusation); que dans l'article 229 du même Code, le mot *délit* signifie contravention de police; et enfin que dans l'article 11 du Code pénal, la locution *corps du délit* est relative aux crimes et aux délits, ce texte ne visant que les peines communes aux matières criminelles et correctionnelles (en sens contraire, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 101, qui lui attribue un sens général). Chez les auteurs le mot *délit* est couramment pris comme synonyme du mot *infraction*. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 2.

## SECTION PREMIÈRE

## LES ÉLÉMENTS SIMPLES DE L'INFRACTION

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 597, 608; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XVI; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 79.<sup>3</sup> et suiv.; — Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'art. 295, n° 14 et suiv.; — Hémar, note dans S. 1902.2.305; — Roux, note dans S. 1914.1.225; — Maurice Gand, *Du délit de commission par omission*, th. Paris, 1900.

## § 22.

*De l'acte punissable.*

En définissant l'infraction la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit, il appert que toute infraction exige, pour être constituée, un acte extérieur.

La volonté, qui demeure dans le for intérieur, échappe à la répression pénale. Elle est, en effet, impuissante à entraîner, comme conséquence de son existence, un changement quelque dans l'ordre juridique; et le droit positif reste construit sur ce principe, que formulait déjà au XVI<sup>e</sup> siècle le jurisconsulte Tib. Decianus († en 1582) : « *Jus civile et jus gentium exitum rei spectant, nec malis cogitationibus poenas statuunt, quippe quod finis eorum sit humanæ societatis conservatio, quæ nisi facto lædatur, nil ei oberit prava cogitatio* »<sup>1</sup>.

La simple pensée, le silence ne peuvent donc être incriminés. Cette solution a été toujours enseignée, en droit romain<sup>2</sup>, en droit canonique : *Cogitationis poenam nemo patitur*<sup>3</sup>. S'il en a été autrement, c'est uniquement aux époques de tyrannie, quand un monarque voyait une rébellion dans le mutisme de ses sujets.

Il ne conviendrait pas cependant d'attacher au mot *acte* la signification d'une activité positive, caractérisée par un mouvement physique du corps. Cette expression doit être prise dans son acception la plus large, aussi bien positive que négative.

Toutefois, la plupart des infractions sont des *délits de commission*, supposant de la part du délinquant l'accomplissement

(*commission*) d'un fait, parce que la loi généralement se borne à défendre. Mais, il peut en être autrement; et parfois la loi impose l'obligation d'agir : comme d'obéir à un ordre, de venir au secours d'autrui, ou de ne pas laisser arriver un événement. Le délit sera alors constitué par l'abstention, par l'inexécution fautive de ce devoir : ce sont les *délits d'omission* (*omettre, négliger de faire*<sup>4</sup>). Arg. Code du 3 brumaire an VI, art. 1<sup>er</sup>.

On ne rencontre pas simplement ceux-ci dans les droits spéciaux (Code de justice militaire : crime de refus d'obéissance, délit d'insoumission). Le Code pénal en contient aussi des exemples, surtout en matière de contraventions. V. art. 474, n° 1, 3, 4, 5 et 8, et 475, n° 2.

C'est la définition de l'infraction, qui par la détermination de la prescription légale à laquelle le délinquant a désobéi, de ne pas faire ou de faire, permet de la ranger parmi les délits de commission ou d'omission. La règle est générale.

*Des délits de commission par omission.*

On s'est demandé, cependant, si un délit de commission ne pourrait pas résulter d'une omission.

Ainsi, le meurtre est un délit de commission; il suppose un coup porté avec l'intention de donner la mort, et ayant ôté la vie. Ne pourrait-il pas être accompli par une abstention volontaire, ayant entraîné la même conséquence, la mort d'un individu?

L'hypothèse est assez difficile à dégager.

Il faut, en effet, d'abord prouver l'intention criminelle; ce qui sera généralement fort difficile à établir devant une abstention.

Il faut, ensuite, ne trouver, à la charge de celui que l'on inculpe de meurtre, aucun fait positif d'activité criminelle. Ce n'est donc pas un délit de commission par omission que d'enfermer quelqu'un dans un réduit, d'où il ne peut sortir, et où il meurt de faim. Mais, le cas pourra se présenter, lorsque la victime, placée dans un danger de mort par son propre fait, sa faiblesse ou des circonstances auxquelles l'inculpé est étranger, vient à périr, parce que celui-ci la laisse volontairement en proie à ce péril, en ne lui portant pas secours<sup>5</sup>.

1. Decianus, IX, cap. 28, n° 3.

2. V. loi 18 Dig., *De poenis*, liv. XLVIII, tit. 19.

3. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 239; Trébutien, I, n° 488; Laborde, n° 95.

4. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 1<sup>er</sup>, n° 7.

5. Plusieurs systèmes ont été proposés pour résoudre en théorie ce problème. D'après une première opinion absolue, on peut aussi bien accomplir une infraction

Dans une hypothèse de ce genre, le droit romain considérait comme un meurtrier, non seulement celui qui tue un nouveau-né, mais aussi celui qui le laisse périr, en lui refusant des aliments<sup>6</sup>. Le droit canonique estimait de même que celui-là était meurtrier, qui, pouvant sauver un homme de la mort, ne l'avait pas fait<sup>7</sup>. Et cette solution était encore suivie dans notre ancien droit<sup>8</sup>.

Mais, on doit décider, pour le droit moderne, que l'absten-

tion volontaire de secourir une personne, en péril de mort, a cessé d'être un meurtre<sup>9</sup>. L'article 328 du Code pénal justifie bien, en effet, l'homicide commis pour la légitime défense d'autrui; il n'impose dans aucun cas l'obligation de défendre la vie d'une personne attaquée, même s'il s'agit d'un proche. Une solution différente était possible dans l'ancien droit, parce que l'interprétation par voie d'analogie était permise aux interprètes, et que les juges pouvaient créer des peines arbitraires. Il pouvait donc paraître équitable d'assimiler au meurtrier qui porte un coup mortel, celui qui assiste volontairement aux souffrances d'une lente agonie qu'il pourrait empêcher. Mais, on a vu que l'interprétation par voie d'analogie est maintenant interdite, et que le droit pénal a un caractère légal. C'est donc à la définition du meurtre qu'il convient de s'en tenir strictement; et la loi en ayant fait un délit de commission, il ne peut pas y avoir de meurtre accompli par omission<sup>10</sup>. Arg. art. 295.

Toutefois, la loi peut exceptionnellement admettre l'analogie interdite à l'interprète, et consacrer expressément un meurtre par omission. C'est ce qu'a fait la loi du 19 avril 1898, qui déclare coupable d'assassinat, ou de tentative de meurtre, celui qui cause la mort d'un enfant de moins de quinze ans accomplis, en le privant volontairement d'aliments. V. art. 312. Le meurtre dans ce cas devient un délit d'omission.

Elle peut aussi assimiler l'omission à la commission, dans une circonstance aggravante d'un crime : ainsi, dans le crime de séquestration arbitraire de personnes, l'emploi de tortures corporelles<sup>11</sup>.

Enfin, il peut arriver également que les termes de la définition légale permettent d'embrasser aussi bien des faits négatifs de négligence que des faits positifs d'exécution. Pouvant être accompli par commission ou par omission, le délit sera indifféremment un délit de commission et un délit d'omission. C'est le cas de

par omission que par commission : ainsi, on se rendra coupable d'un homicide soit en tuant, soit en laissant périr la victime, lorsqu'on s'abstient volontairement de lui porter secours. Dans une deuxième opinion également absolue, l'omission ne saurait être assimilée à la commission, parce qu'elle n'est pas causale : quelque chose ne saurait, en effet, être produite par rien : ce qui est l'abstention. Selon certains auteurs qui admettent en principe cette solution, on doit y faire échec, en présence d'un devoir légal ou d'une obligation conventionnelle de porter secours à la victime, qui faute de cette assistance a péri. Enfin, d'autres auteurs ajoutent cette dernière condition que la victime, par ses infirmités ou son âge, soit hors d'état de se secourir elle-même. V. sur ces différentes doctrines, Garçon, sous l'article 295, n° 14 et suiv. V. aussi Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 79<sup>+</sup>.

Mais, à ce qu'il semble, aucune d'elles ne paraît satisfaisante. Les deux dernières d'abord ne satisfont point l'esprit, parce qu'elles sont arbitraires. L'inaccomplissement d'un devoir légal ou d'une obligation conventionnelle, même si la condition particulière de la victime en rend l'inexécution plus odieuse, peut bien engendrer une faute disciplinaire ou une faute civile, entraînant des conséquences disciplinaires ou civiles; il peut même être érigé par le législateur en délit spécial, mais ne justifie pas, en l'absence de texte, l'assimilation que l'on prétendait faire entre la commission et l'omission. La première opinion, ensuite, qui fait cette assimilation en des termes absolus, soulève la même objection, parce qu'elle confond le devoir moral et le devoir plus modéré que la loi positive réprime, et qu'elle n'explique pas comment l'abstention peut être causale, condition essentielle de toute responsabilité pénale. Enfin, la seconde opinion donne lieu à de semblables critiques, en affirmant en termes absolus que l'abstention n'est jamais causale. Lorsqu'on examine, en effet, les circonstances dans lesquelles se rencontre l'état de détresse, on aperçoit que celui-ci peut exister de deux manières différentes : ou bien la victime s'est mise elle-même dans une situation telle que s'il ne lui survient pas du secours, elle doit périr; ou bien, elle y a été mise par l'absence de secours qui ne lui a pas été donné au moment voulu et sur lequel elle pouvait et devait compter. Au premier cas, l'abstention n'est pas causale : et on ne saurait légitimement retenir la responsabilité du délit de commission. Mais, il n'en est plus de même au second cas, c'est-à-dire dans les hypothèses de personnes n'étant point initialement en danger de périr et le devenant par une omission fautive. Ici, il est au contraire juste de retenir cette responsabilité pénale, parce que le résultat produit, s'il est arrivé par le fait de la victime, l'a été aussi par l'abstention de celui qui devait à celle-ci ses soins, sa surveillance ou sa garde. Mais, au point de vue du devoir positif (et non plus en théorie), cette responsabilité pourra être retenue comme punissable que tout autant que la définition de l'infraction donnée par ce droit permet de comprendre aussi bien l'omission que la commission. V. ce qui est dit au texte.

6. V. loi 4 Dig., *De agnosc. et alend liberis*, liv. XXV, tit. 3.

7. Cap. X, *De homicidio*.

8. V. Jousse, III, p. 506; Delamarre, *Traité de la police*, I, p. 15; Loysel (*Institutes coutumières*, liv. VI, tit. 1<sup>er</sup>, n° 5) disait également : « Qui peut et n'empêche, pêche ».

tion volontaire de secourir une personne, en péril de mort, a cessé d'être un meurtre<sup>9</sup>. L'article 328 du Code pénal justifie bien, en effet, l'homicide commis pour la légitime défense d'autrui; il n'impose dans aucun cas l'obligation de défendre la vie d'une personne attaquée, même s'il s'agit d'un proche. Une solution différente était possible dans l'ancien droit, parce que l'interprétation par voie d'analogie était permise aux interprètes, et que les juges pouvaient créer des peines arbitraires. Il pouvait donc paraître équitable d'assimiler au meurtrier qui porte un coup mortel, celui qui assiste volontairement aux souffrances d'une lente agonie qu'il pourrait empêcher. Mais, on a vu que l'interprétation par voie d'analogie est maintenant interdite, et que le droit pénal a un caractère légal. C'est donc à la définition du meurtre qu'il convient de s'en tenir strictement; et la loi en ayant fait un délit de commission, il ne peut pas y avoir de meurtre accompli par omission<sup>10</sup>. Arg. art. 295.

Toutefois, la loi peut exceptionnellement admettre l'analogie interdite à l'interprète, et consacrer expressément un meurtre par omission. C'est ce qu'a fait la loi du 19 avril 1898, qui déclare coupable d'assassinat, ou de tentative de meurtre, celui qui cause la mort d'un enfant de moins de quinze ans accomplis, en le privant volontairement d'aliments. V. art. 312. Le meurtre dans ce cas devient un délit d'omission.

Elle peut aussi assimiler l'omission à la commission, dans une circonstance aggravante d'un crime : ainsi, dans le crime de séquestration arbitraire de personnes, l'emploi de tortures corporelles<sup>11</sup>.

Enfin, il peut arriver également que les termes de la définition légale permettent d'embrasser aussi bien des faits négatifs de négligence que des faits positifs d'exécution. Pouvant être accompli par commission ou par omission, le délit sera indifféremment un délit de commission et un délit d'omission. C'est le cas de

9. V. cependant Rauter, *Droit criminel français*, II, n° 439; Chauveau et F. Hélie, III, n° 1188. — L'arrêt du 7 janvier 1859 (S. 1859.1.274) n'est pas contraire, car l'aubergiste, dont l'incurie volontaire amena la mort du voyageur, avait aidé celui-ci à descendre de voiture et l'avait accueilli dans son auberge. On n'était donc pas précisément dans l'hypothèse d'un délit de commission par omission. Au surplus, l'abstention coupable de soins n'a été considérée par la jurisprudence que comme constitutive d'un homicide involontaire, en vertu de l'article 319 du Code pénal, qui réprime aussi bien l'omission que la commission.

10. V. notamment Ortolan, I, n° 604 et 605; Garçon, sous l'article 295, n° 14 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 79<sup>+</sup>. V. aussi pour le délit de coups et de blessures, Poitiers, 20 novembre 1901, S. 1902.2.365.

11. Arg. art. 354. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 79<sup>+</sup>.

l'homicide involontaire<sup>12</sup>, du crime de désertion<sup>13</sup>, ainsi que de la complicité par assistance<sup>14</sup>.

Mais, dans toutes ces hypothèses, c'est à la définition de l'infraction que l'on revient toujours : *il n'y a pas véritablement de délits de commission par omission.*

*Sens des mots « action, acte et fait ».*

Ordinairement, ces trois expressions sont prises comme synonymes, sans qu'on leur donne un sens précis particulier. Cependant, il peut être quelquefois utile de leur donner leur signification propre : il en est ainsi notamment dans les infractions complexes, et parfois aussi dans les infractions simples.

C'est ainsi que le terme *action* exprime plus spécialement la manifestation de la volonté criminelle. L'action a son unité dans la volonté qu'elle représente, et qu'elle réalise extérieurement. En ce sens, elle peut être constituée par un ou plusieurs *actes*, sans perdre pour cette cause son unité, qui est d'ordre psychologique.

Quand on oppose *action* et *acte*, on entend par ce dernier mot le mouvement du corps, qui a servi à accomplir l'action. Il y aura donc autant d'actes qu'il se produira de manifestations physiques de l'activité du délinquant. Dans ce cas, le mot *acte* est synonyme de fait matériel.

Mais, on donne aussi au mot *fait* la signification de délit : c'est alors l'action criminelle en tant qu'on envisage celle-ci dans son résultat antijuridique, dans la violation de la loi pénale.

En ce sens, le fait, comme l'action, peut être composé de plusieurs actes. V. art. 65, 174, alinéa 6, 450, alinéas 2 et 3, et 457, alinéa 2.

Par exemple, l'assassin qui tire plusieurs coups de feu sur sa victime, commet plusieurs actes criminels, mais n'accomplit qu'une seule action; et son fait, c'est-à-dire son crime, demeure unique. Inversement, le meurtrier qui, rencontrant celui qu'il veut tuer, entouré d'amis, tire sur lui un coup de feu unique, qui blesse ou tue plusieurs personnes, ne commet

12. V. article 319.

13. Généralement la désertion s'accomplit par une commission (départ du corps dont fait partie le déserteur); mais elle peut aussi résulter d'une omission (non retour au corps du militaire, à l'issue d'une permission régulière).

14. Il n'est pas, en effet, impossible de trouver des circonstances où la complicité par assistance pourra résulter d'une attitude purement passive, conservée par le témoin d'un délit. La jurisprudence est toute fois en sens contraire. V. Cass., 26 octobre 1912, S. 1914.1.225.

qu'un seul acte criminel; il accomplit cependant plusieurs actions, et peut se rendre coupable de plusieurs faits ou délits distincts<sup>15</sup>.

Il en résulte que ce qu'il est nécessaire de préciser, pour l'application de la loi pénale, c'est l'unité d'action ou l'unité de fait.

### § 23.

#### *La manifestation de la volonté criminelle.*

Lorsqu'on considère, avec raison d'ailleurs, que dans la lutte contre la criminalité c'est la volonté criminelle qu'il convient de combattre, parce que c'est elle qui constitue le danger pour la paix et l'ordre public, il pourrait paraître naturel d'en dégager comme conséquence que les sanctions pénales doivent intervenir dès que la volonté de commettre un délit s'est manifestée extérieurement. Il suffirait pour qu'elle soit punissable, qu'elle se présente avec assez de netteté pour qu'il n'y ait pas de doute sur son existence.

Une pareille opinion, quoiqu'on l'ait parfois développée, ne répond ni à l'intérêt social, ni au droit positif.

L'intérêt de la société veut, en effet, qu'on donne jusqu'à la limite extrême un motif au délinquant de suspendre l'exécution de ce qu'il médite. Si dès le premier pas, le malfaiteur a encouru les sévérités de la loi pénale, il est clair, qu'au lieu de le retenir dans la voie criminelle dans laquelle il s'est engagé, on le pousse en quelque sorte, on l'incite imprudemment, à persévérer jusqu'au bout. Et, ainsi on perd de vue que la prévention, tout autant que la répression, doit servir à garantir l'ordre social.

Quant au droit positif, posant le principe que seules les peines nécessaires sont légitimes, il a pensé que les sanctions pénales ne devaient être encourues que devant un trouble causé à l'ordre et à la paix publique. Il a craint, de plus, que les premières manifestations de la volonté criminelle soient souvent équivoques et imprécises, et ne permettent pas, sans danger d'erreur judiciaire, la prononciation de condamnations pénales méritées. Il a estimé, surtout, que le criminel n'était

15. De même, un acte peut être le commencement d'exécution d'un crime et être aussi considéré comme le commencement d'exécution d'un autre, quand les deux crimes sont exécutés de telle manière que non seulement ils doivent être simultanés, mais que le premier est le moyen de parvenir à perpétrer le second. V. Cass., 18 août 1871, *Bull. crim.*, n° 94; 17 juin 1875, D. P. 1876.1. 41.

pas à considérer comme un malade, dont on doit soigner la maladie dès ses premiers prodromes, mais qu'on devait voir en lui un citoyen, agissant librement et volontairement, dont il fallait attendre une action, suffisamment caractérisée et suffisamment grave, pour le traiter en rebelle et ennemi de la loi<sup>1</sup>.

Il ressort de là, que si toute infraction suppose une manifestation extérieure de volonté criminelle, la réciproque n'est pas exacte : toute manifestation extérieure de la volonté criminelle n'a pas été retenue et punie.

Ordinairement, en effet, la volonté criminelle ne passe pas d'un seul jet de la forme interne, où elle est à l'état de pensée ou de dessein, à sa réalisation externe complète sous forme d'action. Elle traversera plusieurs étapes successives, prenant plus de force et présentant plus de danger, à mesure qu'elle quitte une phase pour pénétrer dans la suivante. Logiquement, dans ce *processus* criminel, quatre moments différents peuvent être aperçus :

- 1° la phase oratoire;
- 2° la phase des actes préparatoires;
- 3° la phase de la tentative ou du commencement d'exécution;
- 4° enfin la phase de la consommation<sup>2</sup>.

Chacune d'elles demande à être examinée séparément, pour savoir à quel instant commence l'emprise de la loi pénale.

### I. La phase oratoire.

BIBLIOGRAPHIE : Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XLI; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 91-92.

#### § 24.

La phase oratoire est constituée par l'exposition que fait le délinquant de son dessein soit à d'autres, soit à la victime elle-même.

C'est la première manifestation extérieure, la plus simple, en même temps que la moins équivoque de la pensée criminelle, qui a cessé d'être enfermée dans la conscience, et qui s'exprime librement.

1. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 229.

2. Le système du droit positif est indiqué avec beaucoup de netteté par Monseignat dans son *Rapport* au Corps législatif (Loché, XXX, p. 502-503).

Elle/se se rencontre pas toujours; car le plus souvent c'est dans le secret et le silence que le malfaiteur prépare l'exécution de son crime : il n'a pas la naïveté de l'annoncer à l'avance.

Il en est cependant différemment dans trois cas :

1° Quand, au lieu d'être l'œuvre d'un seul, le délit doit être accompli par plusieurs individus : il est alors nécessaire que ceux-ci se communiquent leurs projets, s'accordent, et se concertent sur les moyens à employer et les rôles à se partager (*complot*);

2° Quand il est dans le dessein du délinquant, même agissant seul, de troubler sa victime, et de l'effrayer pour la torturer (*menaces*);

3° Quand, au lieu d'accomplir soi-même le délit projeté, on donne mandat à un tiers de l'accomplir.

Bien que la volonté criminelle, surtout dans cette dernière hypothèse, puisse revêtir une grande précision, il n'a pas paru opportun au législateur, qui a exactement analysé le cœur humain, de faire intervenir les sanctions de la loi pénale. Il y a loin, en effet, de la menace à sa réalisation, ou du complot à son exécution; et tel qui est chaud en paroles, devient plus prudent, quand il faut passer aux actes. C'est donc l'impunité qui est maintenue, comme dans la phase intérieure de la pensée criminelle<sup>1</sup>.

On conçoit toutefois qu'exceptionnellement, dans certaines hypothèses, il puisse en être autrement, à raison de la gravité de la révélation.

1° En matière de complot, il en est ainsi d'abord, quand il s'agit d'un complot contre la sûreté intérieure de l'État : la résolution d'agir, concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes, et même la simple proposition faite et non agréée de former un complot pour arriver aux crimes mentionnés dans les articles 86, 87 et 91, sont punissables. V. art. 89, alinéas 3 et 4, et art. 91.

Il en est de même, quand il s'agit d'entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés. V. art. 265.

Et il en est ainsi encore en cas de concert de mesures contraires aux lois, pratiquées soit par la réunion d'individus ou de

1. « Sauvegarde, disait Loisel (*Institutes coutumières*, liv. VI, tit. 1<sup>er</sup>, règle 8), n'est pas enfreinte par parole, mais par fait ». V. Trébutien, I, n<sup>o</sup> 490; Laborde, n<sup>o</sup> 95. V. en matière de mandat donné pour commettre une infraction, Cass., 13 juillet 1837, D. P. 1837.1.456; Amiens, 2 avril 1840, S. 1840.2.272.

corps dépositaires de quelque parcelle de l'autorité publique, soit par la coalition de fonctionnaires publics. V. art. 123 et suiv.

2° En matière de menaces, la loi pénale intervient également quand il s'agit de menace par écrit de crimes contre les personnes punissables d'une peine perpétuelle, de menace verbale de ces mêmes crimes faite avec ordre ou sous condition, ou de menace, verbale ou par écrit, de voies de fait ou violences faite avec ordre ou sous condition. V. art. 305 à 308.

Mais, il convient d'observer, d'une part, que ces solutions étant des tempéraments apportés à l'impunité dont bénéficie le prévenu, il y a lieu de les interpréter restrictivement. Par conséquent, toute espèce qui ne rentre pas exactement dans les termes des textes qui précèdent, échappe à la répression pénale. Il en est ainsi notamment de l'entente en vue de commettre un crime contre les personnes ou la propriété, ou des menaces, qui ne sont pas comprises dans un des cas qui viennent d'être mentionnés.

D'autre part, il est également à remarquer que la loi ne punit pas la manifestation de la volonté criminelle en tant qu'elle s'est exprimée, c'est-à-dire le crime proposé ou projeté, mais seulement ce qui a été fait et ce qui est déjà réalisé. Elle demeure donc fidèle à son principe général et, malgré l'application de sanctions pénales, donne encore au délinquant un motif de s'arrêter, et de ne pas persévérer dans l'accomplissement de son dessein criminel<sup>2</sup>. Arg. art. 89, alinéa 2, 91, 305 et suiv.

## II. La phase des actes préparatoires.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments du droit pénal*, I, n° 981 et suiv.; — Garraud, *Traité du droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XL1; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 93-94.

### § 25.

Cette seconde phase est caractérisée par la circonstance que le délinquant passe de la détermination ou des paroles aux actes, non pas encore aux actes qui consomment l'infraction, mais à ceux qui la préparent, et en permettent l'exécution, tels que achat des armes, du poison, qui doivent servir à la perpétration

<sup>2</sup>: V. Trébutien, I, n° 490 et 491.

du délit projeté, recherches de renseignements sur les habitudes de la victime, etc.

Cette phase peut être parfois fort longue, durer des semaines, plusieurs mois; car les délinquants, du moins ceux qui s'attaquent aux propriétés, agissent rarement à la légère, et, avant de rien entreprendre, s'entourent minutieusement de toutes les indications nécessaires au succès de leurs desseins.

Il n'est pas douteux que la persistance de la volonté criminelle donne à celle-ci une gravité plus grande, et que la résolution, qui se livre à des préparatifs, ne peut plus être considérée comme un propos en l'air.

Néanmoins, la loi pénale a estimé qu'il valait mieux attendre encore, non pas seulement parce que les actes préparatoires, susceptibles d'interprétations diverses, sont souvent de nature équivoque, et qu'ils ne donnent pas la certitude qu'une volonté criminelle existe, mais aussi, et plutôt, parce qu'ils ne produisent aucun dommage à un droit ou à une personne déterminée. Elle demeure attachée au principe de Tib. Decianus : « *Jus civile et jus gentium exitum rei spectant* »<sup>1</sup>.

Toutefois, de même que dans la phase précédente, la loi pénale a jugé utile d'intervenir dans des cas exceptionnels, pour frapper, à titre de délits spéciaux achevés et consommés, les actes préparatoires du crime ou délit projeté par le délinquant<sup>2</sup>.

Il en est ainsi, notamment, en matière de complot ayant pour but les crimes mentionnés aux articles 86, 87 et 91, quand celui-ci a été suivi d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution. V. art. 89, alinéa 1<sup>er</sup>, 90 et 91.

La même solution est également donnée en matière de fabrication de fausse monnaie française ou étrangère, ainsi que de

<sup>1</sup>. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 216; Trébutien, I, n° 492; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 229; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 152. Cpr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 93.

<sup>2</sup>. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 246; Laborde, n° 102. Mais, si on abandonne le droit pénal général pour examiner le droit pénal spécial, on apercevra que dans un certain nombre de matières, pour prévenir le délit qu'il a en vue de réprimer, le législateur élargit le domaine de la loi pénale et retient souvent comme délictuels des faits qui dans leur essence ne constituent que la préparation de ce délit. En particulier, la loi du 1<sup>er</sup> août 1905, sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises, en fournit plusieurs exemples, soit qu'elle punisse la simple détention de denrées alimentaires ou de boissons falsifiées, soit qu'elle frappe la détention par le marchand de produits propres à effectuer la falsification de ces marchandises, soit surtout qu'elle réprime la vente faite en connaissance de cause à un marchand de produits destinés à opérer la falsification des boissons. V. loi du 1<sup>er</sup> août 1905, articles 3 et 4. Cfr. notre *Traité de la fraude dans la vente des marchandises*, n° 520.

fabrication de fausses clefs. V. art. 132 et suiv. et art. 399.

Mais, il est toujours à observer que la loi punit, non pas ce qu'il était dans l'intention du criminel d'accomplir, c'est-à-dire le crime ou le délit qu'il préparait, mais ce qu'il a fait et réellement accompli. Il n'est donc pas dérogé à la règle « *cogitationis poenam nemo patitur* ».

### III. La phase de la tentative ou du commencement d'exécution.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, II, p. 637 ; — Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, n° 981-1052 ; — Trébutien, *Cours de droit criminel*, I, n° 494-507 ; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ XL, XLII XLIV ; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 95-99 ; — Saleilles, *Essai sur la tentative* (*Revue pénitentiaire*, 1897, p. 53 et suiv., cap. 321 et suiv.) ; — Villey, notes dans S. 1880.1.233 et 1887.1.489 ; — Roux, notes dans S. 1904.1.105 et 1913.1.284 ; — H. Gallet, *La notion de la tentative punissable*, th. Paris, 1899.

#### § 26.

Dans cette troisième phase, la volonté criminelle, poursuivant son dessein, se manifeste extérieurement avec une intensité supérieure. L'agent en arrive, en effet, à mettre en œuvre et à employer les moyens qu'il a préparés ou réunis dans la phase précédente. Il entre dans la période d'action du crime, qu'il a projeté et combiné : il commence son attaque contre le droit d'autrui. Arg. art. 2.

La phase de la tentative peut être, suivant les circonstances et les crimes, à peine saisissable dans le temps, ou fort longue : elle peut même manquer dans un certain nombre d'infractions, notamment dans les délits d'imprudence, et, dans les délits, *qui unico actu perficiuntur*, comme les injures<sup>1</sup>.

Ce qui la caractérise, c'est l'incertitude du résultat<sup>2</sup>.

1. V. Trébutien, I, n° 493 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 35 et suiv. ; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 99.

2. Certains auteurs, et aussi la jurisprudence, rangent dans ce cas l'attentat à la pudeur, qui ne comporterait pas de délit imparfait. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1574 ; Blanche, V, n° 88 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 236, III, Cass., 20 septembre 1822, S. chr. Mais, il est difficile de se rallier à cette opinion, qui se heurte au texte des articles 331 et 332, lesquels ont prévu l'attentat à la pudeur « consommé ou tenté ». En fait, on peut séparer de la consommation le commencement d'exécution, du moment surtout que la tentative peut porter sur un autre fait que le délit. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous les articles 331 et suiv., n° 83 et 84. En droit, l'importance de cette solution se manifeste à un double point de vue : elle

Dans cette période, on ne sait pas, en effet, si le délinquant réussira à atteindre le but qu'il poursuit ; on ignore même s'il continuera l'effort nécessaire pour l'obtenir. Tenter une chose, c'est essayer de se la procurer ; ce n'est pas encore l'avoir, ni être certain qu'on l'aura ou qu'on ne l'aura pas<sup>3</sup>.

*Ce qu'il faut entendre par commencement d'exécution.*

La tentative est un effort ; elle est constituée par un commencement d'exécution.

Dans l'opinion qui a prévalu, ce commencement d'exécution ne s'entend pas nécessairement de l'acte, dont la loi défend l'accomplissement, et qui forme l'objet du délit : ce serait trop retarder l'intervention de la loi pénale que de s'en tenir là, et d'ailleurs interpréter incomplètement le Code pénal.

En n'indiquant pas, en effet, sur quoi doit porter le commencement d'exécution, celui-ci permet de comprendre, dans la notion de la tentative, des faits qui sont en dehors du délit, lorsque du moins ils manifestent, d'après l'intention de l'auteur qui les accomplit, que ce dernier est en action pour commettre l'infraction qu'il a projetée<sup>4</sup>. Arg. art. 2.

maintient dans cette infraction la même notion de la tentative que pour les autres crimes ; elle subordonne la responsabilité pénale du délinquant à l'absence de désistement volontaire de sa part.

3. Comp. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 144.

4. C'est en ce sens qu'est le rapport de Pastoret au Conseil des Cinq-Cents sur la loi du 22 prairial an IV. — De l'aveu de tous les auteurs, la notion de la tentative est une des plus obscures du droit pénal. Il n'en devrait pas être ainsi, puisque les rédacteurs du Code se sont précisément proposés, en définissant la tentative, de faire cesser l'arbitraire qui régnait dans l'ancien droit. Il en est malheureusement ainsi, parce qu'ils n'ont pas, avec une suffisante netteté, spécifié dans l'article 2 le commencement d'exécution, dont l'accomplissement constituerait la tentative punissable.

Il paraît néanmoins certain, bien qu'on attache peut-être une attention trop grande au texte de la loi, que c'est retarder trop l'arrivée de la tentative, que d'en voir seulement le moment dans le commencement d'exécution du fait constitutif de l'infraction, par exemple, en matière de vol, dans la main jetée par le voleur sur les choses qu'il désire soustraire. Si cette opinion a été autrefois soutenue (Carnot, *Comment. sur le Code pén.*, sous l'article 2, n° 9 ; Chauveau et F. Hélie, I, n° 247), elle est aujourd'hui complètement abandonnée : la tentative n'a pas nécessairement le même élément matériel que le délit consommé. Entre elle et les actes préparatoires, il n'y a pas une différence de nature.

Mais, ce point acquis, la distinction des actes préparatoires non punissables et de l'acte constitutif d'une tentative punissable n'en devient que plus délicate.

Il y a lieu d'abord de rejeter, sans hésiter, des explications qui n'en sont pas. Lorsque Rossi (*Dr. pén.*, II, p. 218) déclare par exemple : « L'auteur d'une tentative peut se dire : je veux cesser ; l'auteur de simples actes préparatoires : je ne veux pas commencer », ce savant criminaliste indique un critérium qui ne peut guère être suivi ; car il laisse régner la plus complète incertitude sur le moment où un individu peut tenir l'un ou l'autre langage. Lorsque M. Villey (notes dans

Il est clair que dans cette opinion, on tend à rapprocher les faits de tentative des actes simplement préparatoires : les uns et les autres ne font pas partie intégrante du délit ; et une différence de nature ne les sépare plus.

Néanmoins la distinction persiste. Dans la période de la préparation, l'agent dispose ses forces ; dans la tentative, il les met en œuvre et les utilise : décidé à agir, il exécute ; il brûle derrière lui les ponts, et franchit le pas décisif, qui le fait pénétrer dans la sphère d'activité de son voisin.

C'est ainsi qu'on doit considérer, non comme des actes préparatoires, mais comme une tentative de vol, le fait d'un individu d'être surpris la nuit dans une maison habitée, sans chaussures,

S. 1875.1.535 et 1880.1.233) propose la définition suivante : « *L'acte préparatoire est en dehors de l'infraction ; il n'en fait pas partie ; l'acte d'exécution est le commencement de l'infraction ; il en fait partie intégrante* », l'explication n'est pas plus satisfaisante ; car, de l'avis même de cet auteur, la tentative peut porter sur un autre fait matériel que celui qui constitue le délit, comme une escalade ou une effraction dans un vol ; et il n'apparaît pas que ces faits soient plus inséparables du délit, que l'achat d'une échelle ou d'une pince, qui étaient nécessaires à l'escalade ou à l'effraction, et qui ne sont que des actes préparatoires. V. cependant, en sens opposé, Laborde, n° 97 et 98. Lorsqu'enfin M. Degois (2<sup>e</sup> éd., n° 165) définit le commencement d'exécution « *l'acte par lequel l'agent a, subjectivement, conscience de commencer l'exécution de l'infraction qu'il a projetée* », il est clair encore que cette définition ne détermine rien ; car cette conscience, l'agent la possède, dès qu'il sort de la phase purement interne de la résolution et qu'il aborde les actes extérieurs.

Aussi, pendant longtemps, dans l'opinion dominante, on s'en est tenu à cette formule que « *l'acte de tentative est celui qui tend directement et immédiatement à la perpétration du délit* », ou à cette autre, « *qu'il convient de retenir, comme constituant la tentative, tous les actes qui impliquent la manifestation d'une volonté criminelle certaine et irrévocable* ». V. Trébutien, I, n° 495 ; Garraud, I, n° 232 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 51 ; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 27.

Mais, soit sous l'une, soit sous l'autre de ces deux formes, la théorie ne paraît pas satisfaisante. Sous la première, elle suppose, contrairement à ce qu'enseignent ceux-là mêmes qui la proposent, que la tentative est tout entière constituée par le dernier acte matériel qui précède l'exécution du délit (*directement*), et qu'elle n'est séparée de celui-ci que par un trait de temps très court (*immédiatement*) : ce qui ne répond ni à la réalité, ni aux solutions de la pratique, ni même aux termes de la loi. Sous la seconde, elle pose une condition irréalisable ; car on ne peut pas parler avec certitude de volonté criminelle « certaine » et surtout « irrévocable », lorsque la consommation du délit n'étant pas un fait accompli, il y a place au désistement possible du délinquant. Avec plus de raison, on doit donc rattacher, comme il est proposé au texte, le commencement d'exécution du délit à l'acte du délinquant pénétrant dans la sphère des intérêts juridiquement protégés d'un tiers, si l'on observe la tentative au point de vue de la victime menacée par elle, ou à son entrée dans l'action (et non pas l'acte) du crime ou délit qu'il projette, si on la considère au point de vue de l'agent : ce sont ces deux entrées caractérisées par une crise psychique, dénouée dans un sens préjudiciable à l'ordre public, qui justifient l'intervention de la loi pénale. Sous une autre forme, la tentative est à placer au moment où les actes de l'agent cessent d'être ceux d'un honnête homme et blessent le droit d'un tiers.

lorsqu'il est constaté en fait qu'il était entré dans ce lieu pour commettre un vol <sup>4 bis</sup> ;

Qu'il en est de même du fait de l'individu, trouvé la nuit dans l'escalier d'une maison, essayant de brûler avec une bougie la porte d'un magasin, arrachant le bois de la porte avec un outil, et muni d'un attirail de voleur, alors que son intention était de pénétrer dans ce magasin pour voler <sup>5</sup> ;

Qu'il en est encore ainsi du guet-apens, quand la personne qui s'est embusquée pour attendre un individu déterminé, est trouvée munie d'armes et d'instruments qui ne laissent aucun doute sur son dessein <sup>6</sup>.

Au contraire, on ne doit pas voir une tentative d'empoisonnement, manifestée par un commencement d'exécution, mais de simples actes préparatoires dans le fait de jeter le poison dans les aliments destinés à la personne que l'on veut empoisonner, tant que ceux-ci ne sont pas mis à la disposition de la victime <sup>7</sup> ; et à plus forte raison dans la remise du flacon renfermant le liquide empoisonné à un tiers chargé d'administrer un médicament <sup>8</sup>.

4. bis V. Cass., 1<sup>er</sup> mai 1879, S. 1880.1.233. *Contrà*, Laborde, n° 98.

5. V. Cass., 19 décembre 1879, S. 1880.1.336. V. aussi Cass., 10 août 1906, D. P. 1906.1.392. Sur les difficultés auxquelles ont donné lieu l'escalade et l'effraction, voy. Chauveau et F. Hélie, I, n° 256 ; Laborde, 2<sup>e</sup> éd., n° 98. V. également Cass., 29 mai 1902, *Bull. crim.*, n° 195. Mais, la solution de cet arrêt est contestable : il y a plutôt délit consommé qu'une tentative. *Quid* de l'acte de palper les poches d'une personne, sans les fouiller ni y introduire la main ? Dans un arrêt du 12 août 1899 (S. 1899.2.312), la cour de Chambéry y a vu, non un commencement d'exécution d'un vol, mais un acte préparatoire au vol, destiné à déterminer la victime au préjudice de laquelle ultérieurement le vol sera commis. A ce qu'il semble, la solution opposée paraît préférable. Palper les poches d'un tiers, c'est faire, en effet, un geste que réproouve l'honnêteté et qui constitue déjà une atteinte à la jouissance paisible de l'individu. Et il n'y a aucune analogie entre ce geste agressif et la recherche que ferait un malfaiteur, qui veut dévaliser une habitation, quelle est celle qui est la mieux garnie et la moins bien gardée. *Contrà*, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 154, note 6. ;

6. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 74. Cass., 3 janvier 1913, S. 1913.1.281. La doctrine de cet arrêt est irrévocable. On peut seulement se demander si elle s'appliquait aux faits de l'espèce.

7. V. Chauveau et F. Hélie, III, n° 1286 ; Bertauld, *Cours de dr. pénal*, p. 210 ; Villey, note dans S. 1875.1.385 ; Laborde, n° 100 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 301, n° 18 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., V, n° 1909. Il n'y a pas encore, en effet, atteinte à la jouissance paisible d'un droit. *Contrà*, Cass., 17 décembre 1874, S. 1875.1.385. Comp. Rossi, *Droit pénal*, II, p. 145.

8. *Contrà*, Cass., 2 juillet 1886, S. 1887.1.489. V. aussi la note de M. Villey, sous cet arrêt ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 301, n° 23 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., V, n° 1909, note 16. La circonstance que l'empoisonnement devait être consommé sans autre intervention active du délinquant, nous paraît inopérante pour constituer le commencement d'exécution, lequel dépend, non du moment où s'arrête l'activité malfaisante de l'agent, mais du moment où se produit l'atteinte portée

Pareillement, n'est pas à comprendre dans la tentative et ne constitue qu'un acte préparatoire le fait de quitter son domicile et de se rendre au lieu où le délit doit être accompli, dans le dessein de l'exécuter<sup>9</sup>.

Il en est de même, à plus forte raison, de l'offre faite à un tiers de commettre un délit<sup>10</sup>.

De ce qui précède, il résulte nettement que l'objet sur lequel porte le commencement d'exécution peut être autre (*aliud*) que le corps du délit. Il y a donc lieu de remarquer :

1° que, si pour chaque espèce de délits l'élément matériel est le même, dans la tentative d'un délit déterminé, l'élément matériel peut varier : celui-ci dépend des circonstances, des modalités des espèces, ou des obstacles que le délinquant rencontre sur son chemin ;

2° que le délit impossible, qui, dans une conception différente et plus étroite, était non punissable, soit comme délit consommé soit comme tentative, pourra désormais être punissable comme délit tenté ; car il comporte un commencement d'exécution possible ;

3° qu'un fait matériel unique pourra être considéré comme la tentative d'un double crime. Il en est ainsi, notamment, lorsque les deux crimes ont été commis de telle manière que non seulement ils doivent être simultanés, mais que le premier doit être le moyen de parvenir à la perpétration du second, qui est le but du délinquant. Le commencement d'exécution de l'un est alors en même temps le commencement d'exécution de l'autre, s'il est établi en fait que son exécution n'a été abandonnée que par les circonstances qui ont empêché son auteur de consommer le premier<sup>11</sup> ;

à la jouissance du droit d'autrui. Comp. Amiens, 2 avril 1840, S. 1840.272. V. cependant Cass., 20 juillet 1861, S. 1861.1.1020.

9. *Ambulare cum telo*. V. Rossi, *Droit pén.*, II, p. 118 ; Douai, 18 mai 1903, S. 1904.1.105.

10. *Contrà*, Cass., 4 juillet 1903, S. 1904.1.105. Comme règle générale, la solution de cet arrêt est évidemment exagérée : l'offre de tuer ou de voler quelqu'un, faite à un tiers, ne comporte pas un commencement d'exécution du délit proposé ; celui qui fait cette proposition n'a pas encore dépassé la phase oratoire du délit. En l'espèce toutefois, s'agissant de l'offre de divulguer un secret de fabrication, la solution peut être admise ; car, un secret dont on révèle l'existence, est un secret menacé, bien près d'être perdu. Il n'en est donc pas de cette offre comme de celle de tuer ou de voler. Celle-ci ne nuit pas à la vie ou à la propriété ; celle-là entame l'existence du secret, et lui enlève quelque chose de lui-même, le caractère caché de son existence, qui faisait sa sécurité.

11. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 41 et 42 ; Cass., 18 août 1871, *Bull. crim.*, n° 94 ; 17 juin 1875, D. P. 1876. 1.41.

4° qu'un même fait peut être constitutif de la tentative de délits différents (par exemple, une escalade peut être la tentative d'un vol, d'un meurtre, d'un viol...), et que pour déterminer l'infraction, dont il en fait le commencement d'exécution, il y a lieu de préciser l'intention de l'agent qui l'a exécuté<sup>12</sup>.

On observera enfin que le commencement d'exécution constituant une condition légale de la tentative punissable, sa détermination soulève une question, dont les éléments doivent être indiqués par les juges du fond dans leur arrêt, afin de permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la solution qu'ils ont donnée<sup>13</sup>.

### § 26 bis.

#### *Continuation. — Intervention de la loi pénale.*

La société ne peut plus rester indifférente, quand l'exécution du délit a commencé. S'il n'y a pas encore de dommage causé au droit d'autrui, il y a déjà un trouble qui est apporté à sa jouissance ; et ce trouble justifie l'intervention de la loi pénale.

On comprendrait mal qu'elle continue à s'abstenir, à cause de la nature équivoque, que, par lui-même, peut posséder dans certains cas le fait qui constitue la tentative, et en présence du manque de certitude que l'on a de l'achèvement par le délinquant de l'exécution de son délit. La protection de l'ordre juridique ne serait ni complète ni en général efficace, si la tentative restait en dehors de l'empire de la loi pénale.

12. *Contrà*, Laborde, n° 98.

13. La jurisprudence a varié sur ce point. Elle a d'abord vu dans cette question, une question de droit, soumise au contrôle de la Cour suprême. V. Cass., 29 octobre 1813, S. chr. Elle l'a ensuite envisagée comme une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. V. Cass., 11 juin 1818, S. chr. ; 29 avril 1824, S. chr. ; 4 octobre 1827, S. chr. Finalement, elle est revenue après 1830 à sa première interprétation, qui semble plus exacte. V. Cass., 13 juillet 1837, P. 1843.1.12 ; 14 octobre 1854, S. 1854.1.825 ; 20 juillet 1861, S. 1861.1.1020 ; 12 avril 1877, S. 1877.1.329 ; 5 mai 1892, *Bull. crim.*, n° 121 ; 7 décembre 1892, *Bull. crim.*, n° 267 ; 10 avril 1906, *Bull. crim.*, n° 333 ; 9 février 1907, *Bull. crim.*, n° 77 ; 3 avril 1909, *Bull. crim.*, n° 208. V. cep. Cass., 17 septembre 1874, S. 1875.1.385 ; 2 juillet 1886, S. 1887.1.489. Il paraît bien, en effet, que l'autre solution reposait sur une confusion entre la constatation des faits, qui rentre dans le pouvoir souverain du juge du fond, et leur qualification ou interprétation juridique, qui, supposant l'application de la loi pénale aux faits reconnus constants, soulève une question de droit, dont la Cour de cassation a naturellement le devoir de vérifier le mérite. V. Trébutien, I, n° 496 ; Blanche, I, n° 12 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 138 et suiv. ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 232 ; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 97-3 ; Villey, note dans *Instr. crim.*, S. 1875.1.489. *Contrà*, Ortolan, I, n° 1023 ; Chauveau et P. Hélie, I, n° 255 ; F. Hélie, VIII, n° 4002.

Mais, tenant compte cependant de l'absence de dommage matériel porté au droit lui-même, on devait prendre en considération la gravité des infractions projetées. La répression de la tentative pouvait donc ne pas être nécessaire dans tous les cas.

De là, ces règles différentes :

1° en matière de crimes, la tentative est considérée comme le crime lui-même, quand elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur<sup>1</sup> ;

2° en matière de délits, la tentative n'est considérée comme délit que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi<sup>2</sup>. V. art. 2 et 3 ;

3° enfin, du silence de la loi, et par application de l'article 4 du Code pénal, il ressort qu'en matière de contraventions de police, la tentative n'est jamais punie<sup>3</sup>. Arg. art. 4 cbn. avec les art. 2 et 3.

Quelque naturelles que paraissent les dispositions qui précèdent, elles n'ont pas été cependant élaborées sans difficulté ; et la conception du rôle attribué au droit pénal les a tantôt élargies, et tantôt restreintes.

Dans l'ancien droit, où l'on admettait qu'en tous méfaits la volonté est réputée pour le fait<sup>4</sup>, la tentative de crime ou de délit était punie, sans qu'on donnât une définition précise de ses conditions. Tenant compte toutefois de l'absence d'effet, on la frappait, non pas de la peine de l'infraction consommée, mais d'une peine moindre, laissée à l'arbitraire du juge. Quelques cas seuls étaient exceptés : c'étaient la tentative d'assassinat, celle de parricide, et celle d'empoisonnement<sup>5</sup>.

1. En principe donc la tentative de crime est toujours punissable. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la loi le dise formellement. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 263. Toutefois, sans texte, la doctrine et la jurisprudence déclarent non punissable la tentative de faux témoignage. V. Laborde, n° 109, b ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 361, n° 106 ; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1800 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 246, III. Les controverses qui s'élevaient sur la tentative d'avortement (art. 317) ont cessé depuis la loi du 27 mars 1923.

2. V. sur cette limitation, Loqué, XXIX, p. 134 ; Chauveau et F. Hélie, I, n° 266 ; Trébutien, I, n° 501. De ce que la tentative est assimilée au crime et au délit, on doit conclure que le complice d'une tentative de crime ou de délit est punissable. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 263.

3. N'étant pas compris dans le livre 1<sup>er</sup> du Code pénal, les articles 1<sup>er</sup> à 5 sont communs aux crimes, délits et contraventions. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 269.

4. V. Loisel, *Institutes coutumières*, livre VI, titre 1<sup>er</sup>, règle 3. Sur la formation historique de la théorie de la tentative, voy. Chauveau et F. Hélie, I, n° 240 et suiv., Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 225 et suiv.

5. V. sur tous ces points, Jousse, II, p. 637-638. V. également comme résumé, Ortolan, I, n° 1014 et suiv.

La Révolution abrogea cette théorie. Le manque de certitude dans la culpabilité de l'agent, faute de consommation du délit d'une part, et d'autre part la crainte d'arbitraire chez les juges, faute d'une notion précise de la tentative, firent écarter celle-ci de l'empire de la loi pénale, et la laissèrent complètement impunie, sauf dans deux cas, celui d'assassinat et celui d'empoisonnement, où la tentative fut frappée de la peine du crime, comme sous l'ancien droit. V. Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> partie, titre 2, section 1<sup>re</sup>, art. 13 et 15.

Mais, on ne tarda pas à apercevoir l'erreur d'une solution aussi étroite. On avait fait la part trop large aux malfaiteurs, et accru imprudemment leurs chances d'impunité, au détriment de l'ordre public, en ne réprimant que les infractions achevées. Afin de remédier à ce danger, le législateur imagina d'abord des *fictions de consommation de délit*<sup>6</sup> ; puis, devant la nécessité, il revint partiellement à la doctrine de l'ancien droit, dont il prévint les abus en définissant la tentative, et admit celle-ci en matière de crimes. V. loi du 22 prairial an IV, article unique.

Plus tard, quand la loi du 25 frimaire an VIII correctionnalisa un certain nombre de crimes, la solution de la loi de l'an IV fut maintenue pour eux ; et on profita de la circonstance pour l'étendre à certaines infractions qui avaient toujours eu le caractère de délit. La répression de la tentative se trouva ainsi partiellement rétablie en matière de délits<sup>7</sup>. V. loi du 25 frimaire an VIII, art. 17.

Le Code pénal de 1810 a conservé ce système<sup>8</sup>.

#### *Effet du désistement volontaire du délinquant.*

Le caractère, en somme heureux, de ces mesures, s'atteste encore dans une disposition importante, dont l'origine semble remonter au Code pénal de 1791<sup>9</sup>, et dont la généralisation fut

6. Par exemple dans la loi du 17 mai 1792, en matière de désertion, articles 1<sup>er</sup> et 4. Il semble également que la doctrine ait aidé cette action législative par l'*amplification* de la notion du délit consommé, en réputant celui-ci accompli, dès que l'exécution du fait principal et caractéristique en a été commencée. V. Merlin, *Rép.*, v° *Tentative de crime ou de délit*, n° 3.

7. Sur les raisons du législateur à ne pas étendre généralement à tous les délits de police correctionnelle, ou de simple police, l'application de la théorie de la tentative, voy. Merlin, *Rép.*, v° *Tentative de crime ou de délit*, n° 2.

8. Sur l'histoire de la rédaction du Code pénal, voy. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 3 et suiv.

9. Déjà cependant au XIII<sup>e</sup> siècle, Albert de Gandino déclarait *venia dignus* celui qui, pouvant et ne le voulant pas (*qui noluit et potuit*), n'avait pas achevé son dessein criminel. V. aussi Farinacius, question 124, n° 150 ; Julius Clarus, question 60, n° 15 ; Jousse, II, p. 634.

l'œuvre de la loi du 22 prairial an IV : c'est que la tentative cesse d'être punissable, quand elle a été volontairement suspendue par le prévenu (*potuit et noluit*).

Ce qui peut se produire de deux façons :

- 1° soit que l'agent n'achève pas l'exécution qu'il a commencé,
- 2° ou qu'il empêche l'arrivée du résultat qui devait régulièrement découler de son acte.

En même temps qu'on donnait un motif puissant au délinquant de s'arrêter dans l'accomplissement de son dessein criminel, on tenait compte, dans une mesure légitime, de l'objection qu'il paraissait excessif de faire intervenir les sanctions pénales, quand il n'y avait encore eu aucun dommage causé au droit d'autrui. L'application de la loi pénale n'était pas irrévocable : elle était conditionnelle; et l'on se trouvait désormais plus à l'aise pour frapper le délinquant, quand la non-consommation du délit était due à des circonstances indépendantes de sa volonté<sup>10</sup>. V. art. 2.

Comme il s'agit d'une disposition favorable aux inculpés, on doit l'interpréter largement.

Par conséquent, il convient de l'appliquer en matière de tentative de délit, comme en cas de tentative de crime<sup>11</sup>.

Par suite encore, quel que soit le mobile, honorable ou non, qui a arrêté le délinquant dans l'achèvement de l'infraction, que ce soit le repentir, la peur du châtement, ou l'approche de gendarmes dont il a entendu le pas, qu'il y ait renonciation définitive ou seulement remise de l'exécution, la tentative cesse d'être punie, du moment qu'elle est suspendue par la volonté de son auteur<sup>12</sup>.

10. V. Trébutien, I, n° 494; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 89; Degois, 2° éd., n° 155.

11. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 267; Ortolan, I, n° 1031; Blanche, I, n° 20; Laborde, n° 110; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 95 et suiv. Cass., 23 décembre 1882, *Bull. crim.*, n° 290; 4 janvier 1895, S. 1895.1.108; 13 juillet 1895, *Bull. crim.*, n° 205; 24 décembre 1897, *Bull. crim.*, n° 406; 29 mai 1902, *Bull. crim.*, n° 195; 3 avril 1909, *Bull. crim.*, n° 208. — Une solution différente a été pendant longtemps suivie en jurisprudence. V. Cass., 26 septembre 1828, S. 1855.1.306 *ad notam*; 6 octobre 1854, S. 1855.1.306; 1<sup>er</sup> juillet 1880, S. 1881.1.237. Mais, celle-ci ne tenait pas un compte suffisant de l'article 17 de la loi du 25 frimaire an VIII, et de l'intention des auteurs du Code pénal de reproduire le système consacré par le droit intermédiaire. Elle aboutissait de plus à supprimer toute définition légale de la tentative en matière de délit.

12. Garraud, 3° éd., I, n° 234. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 91. Comp. Laborde, n° 107. Cour d'assises de la Seine, 11 mai 1811, S. chr.; Amiens, 2 avril 1840, S. 1840.2.272. On observera que la condition légale est non la *spontanéité* du désistement, mais la qualité *volontaire* de celui-ci : ce qui est plus large. Comp. Vidal et Magnol, 6° éd., n° 98.

Mais, ce n'est pas une tentative volontairement arrêtée par le délinquant, que celle qui a été empêchée par une contrainte exercée sur son esprit. Pour l'irresponsabilité pénale, comme pour la responsabilité pénale, la loi entend par volonté une volonté libre<sup>13</sup>. Arg. art. 64.

De plus, il convient d'observer que, si le commencement d'exécution échappe par l'effet du désistement de l'agent à la répression pénale comme tentative, il peut rester soumis à celle-ci comme délit spécial consommé. C'est ainsi que, dans une tentative de vol, l'effraction accomplie sera retenue comme bris de clôture, et l'escalade comme une violation de domicile<sup>14</sup>.

Enfin, il est encore à remarquer que l'impunité, accordée à celui qui s'est volontairement désisté d'une tentative, étant fondée sur une raison de prévention, n'enlève pas au commencement d'exécution, qui a été commis, son caractère délictuel<sup>15</sup>.

Il s'ensuit dès lors, qu'au cas où plusieurs délinquants ont participé à la même tentative, le désistement de l'un d'eux ne libère pas les autres coauteurs de la responsabilité, qu'ils ont assumée, et qu'ils continuent à encourir.

Il s'ensuit également que l'impunité, dont bénéficie l'auteur ne s'étend pas aux complices<sup>16</sup>.

Mais, le désistement, n'ayant été admis par le législateur, qu'en matière de tentative, ne saurait plus profiter à l'agent,

13. V. Loaré, XXX, p. 503, n° 6; Garraud, 3° éd., n° 434 c.

14. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 247; Garraud, 3° éd., I, n° 234 d; Degois, 2° éd., n° 158.

15. Le désistement de l'auteur de la tentative a été entendu de deux manières différentes. Tantôt, en effet, on y a vu la suppression d'une condition matérielle, qui, empêchant la tentative d'être punissable, opère *in rem*; tantôt, au contraire, on l'a analysé comme une excuse personnelle, qui profite exclusivement à l'auteur qui s'est désisté. En faveur de la première interprétation, on peut alléguer la rédaction de l'article 2 qui exige comme condition de la tentative punissable, que celle-ci n'a pas été suspendue par une circonstance dépendante de la volonté de son auteur. Mais, à l'appui de l'autre opinion, on invoque les paroles de l'un des rapporteurs du Code pénal, Monseignat, qui parle formellement de *remission de peine* ou de *grâce* accordée au repentir : toutes expressions qui supposent une faveur personnelle. V. Loaré, XXX, p. 503. Au surplus, on comprendrait peu en raison l'extension du pardon appliquée à des tiers, complices ou coauteurs, qui sont demeurés étrangers à la nouvelle attitude, prise par l'auteur du délit tenté.

16. V. la note qui précède. Arg. article 60, alinéa 3 *in fine*. Comp. Chauveau et F. Hélie, I, n° 265. Mais, *quid* du désistement personnel du complice? A ce qu'il semble, celui-ci ne saurait bénéficier de la disposition de l'article 2, lequel ne vise que la non-consommation de l'infraction. Mais, si le désistement du complice a eu pour effet d'annihiler sa coopération au délit de l'auteur principal, on ne pourrait plus légitimement poursuivre celui-ci, faute d'un acte de complicité légale. Un simple désaveu de sa part serait au contraire insuffisant.

une fois qu'il est parvenu à la période de la consommation de l'infraction<sup>17</sup>.

*Assimilation pour la peine de la tentative au délit consommé.*

La loi frappe la tentative punissable de la peine du délit. V. art. 2 et 3.

Il en est ainsi en principe du moins<sup>18</sup>. Mais, quelque certaine que soit cette solution, elle n'en est pas moins très contestable en raison.

Historiquement, elle peut trouver une explication dans l'application qui fut d'abord faite, sous la Révolution, de la théorie de la tentative, en matière d'assassinat et d'empoisonnement, où, conformément à la tradition, la tentative était punie comme le crime lui-même<sup>19</sup>.

Rationnellement, elle n'en trouve pas dans ce motif spécieux, que le délinquant, qui a tout fait pour faire réussir son crime, n'a aucun droit à bénéficier des circonstances indépendantes de sa volonté, qui l'ont fait échouer. La règle « *Jus civile et jus gentium exitum rei spectant* », pour vieille qu'elle soit, demeure toujours vraie. Entre la tentative de meurtre et un meurtre, il y a une différence, la vie de la victime, que l'une respecte encore, et que l'autre a détruite. Jamais, on n'obtiendra d'un jury, ou même de juges, que par leur verdict, ils fassent dresser l'échafaud à l'égard de l'auteur d'une tentative d'assassinat. S'ils ne le font pas, pourquoi alors l'écrire dans la loi<sup>20</sup>?

17. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 253, et V. n° 1901; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 26 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 236 b; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 157; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 106. Cass., 6 septembre 1811, S. chr.; 4 avril 1839, S. 1839.1.700; 10 juin 1842, S. 1842.1.853; 3 juin 1846, S. 1846.1.652; 28 août 1899, S. 1902.1.302; 27 octobre 1916, S. 1918.1.105. V. aussi en droit romain, Loi 65 Dig., *De furtis*, livre XLVII, titre 2; et *contrà*, Paul, *Sent.*, livre II, titre 1<sup>er</sup>, n° 34; et dans l'ancien droit, Farinacius, *Quest.*, n° 172 et 190; Jousse II, p. 634. Il importe donc de déterminer avec soin quand a lieu le passage de la phase attentatoire au délit à sa phase consummatoire. La solution donnée au texte doit cependant s'entendre sous réserve de ce qui sera dit plus loin du délit manqué, assimilé dans l'article 2 au délit tenté. V. *infra*, § 27, note 7.

18. Sur les cas où la tentative n'est pas punie comme le crime lui-même, voy. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 17 et suiv.

19. Comp. Ortolan, I, n° 1018.

20. V. sur les controverses auxquelles a donné lieu l'adoption de l'article 2, Loaré, XXIX, p. 103 et suiv. *Addé*, Chauveau et F. Hélie, I, n° 249 et suiv.; Rossi, *Traité de dr. pén.*, II, p. 321; Ortolan, I, n° 992; Trébutien, I, n° 506 et 507. *Contrà*, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 135; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 248; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 175.

#### IV. La phase du délit consommé.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, n° 1001 et suiv.; — Garçon, *Code pénal annoté*, sous les articles 2 et 3, n° 109 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ XLII et XLIII; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 100 à 102; — Villey, note dans S. 1877.1.329; — Sateilles, *Essai sur la tentative (Revue pénitentiaire, 1897, p. 53 et suiv.)*; — Roux, note dans S. 1921.1.233.

#### § 27.

Le délit est consommé quand est achevé l'emploi des moyens que le délinquant a préparés, pour atteindre le résultat qu'il en attendait.

Généralement, la consommation du délit suppose l'intervention matérielle de l'activité du délinquant; mais cette condition n'est pas cependant indispensable; et l'achèvement du délit peut être accompli, notamment dans les crimes d'empoisonnement, d'incendie ou de meurtre, par la victime elle-même tombant dans le piège préparé, ou par l'acte d'un tiers ignorant la machination et la faisant éclater<sup>1</sup>. Arg. art. 435, alinéa 2.

Cette phase du délit, suivant les infractions et les circonstances, peut être instantanée, ou au contraire se prolonger pendant un temps assez long (*délits instantanés* et *délits continus*).

Au point de vue du résultat obtenu, la consommation du délit peut ou bien procurer au délinquant l'objet qu'il convoitait (*délict réussi*), ou bien ne pas le lui donner (*délict non réussi*).

Du délict réussi, il n'y a rien à dire de plus.

Il tombe sous l'empire de la loi pénale; et les sanctions de celle-ci sont naturellement encourues : l'ordre public a été troublé, le droit d'autrui lésé, l'individu, en exécutant son dessein criminel, est devenu un rebelle à la loi<sup>2</sup>.

Le délict non réussi soulève, au contraire, plus de difficultés.

1<sup>o</sup> Ou bien, en effet, l'absence de résultat est la conséquence d'une circonstance, qui n'aurait pas empêché une autre personne, ou le délinquant lui-même opérant avec plus de soin, de réussir : le délict a manqué; mais, il était possible (*délict manqué*).

1. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 97-2.

2. V. Trébutien, I, n° 500; Laborde, n° 103.

2° Ou bien, l'absence de résultat est la conséquence d'une circonstance, qui aurait empêché toute personne, placée dans les mêmes conditions, d'obtenir un autre effet : le délit n'était pas possible (*délit impossible*).

Ces deux hypothèses méritent d'être examinées séparément.

#### 1. Délit manqué.

Ainsi qu'il vient d'être dit, le délit manqué est un délit possible, qui n'est pas suivi d'effet par une circonstance accidentelle, personnelle au délinquant, comme, par exemple, sa maladresse à se servir d'une arme à feu.

Il ne peut se rencontrer que dans les infractions qui exigent pour leur consommation la réalisation d'un dommage, comme le meurtre, l'incendie (*délits matériels*), à l'exclusion de celles qui consistent dans la simple violation de l'ordre légal, indépendamment de tout préjudice, comme l'empoisonnement ou le faux (*délits formels*)<sup>3</sup>.

Logiquement, le délit manqué apparaît comme un délit achevé, en ce sens que le délinquant a épuisé les moyens sur lesquels il comptait et qu'il avait préparés, pour obtenir le résultat cherché; et que s'il les renouvelle, c'est en réalité un nouveau délit qu'il commettra.

Mais, juridiquement le délit manqué diffère du délit achevé, en ce point qu'il ne comporte aucune lésion du droit d'autrui, et qu'à proprement parler, il ne renferme pas d'infraction à la défense légale : car celui-là ne peut pas être dit meurtrier, qui n'a pas tué, ni incendiaire, qui n'a pas brûlé la chose d'autrui.

Au point de vue d'une technique plus précise, il semble donc préférable d'analyser le délit manqué, non comme un délit achevé, mais comme un délit parvenu à la phase de tentative<sup>4</sup>, ce qui a suivi celle-ci n'ayant pas de valeur au regard de la loi pénale.

Cette opinion paraît exacte, si on considère simplement la matérialité du fait accompli; mais, si on examine la moralité de l'agent, il n'en est plus ainsi; car, dans le délit manqué, il n'y a pas, comme dans le délit tenté, l'incertitude de savoir si le délinquant persévéra dans l'exécution de son dessein :

3. Comp. Laborde, n° 106.

4. Certains auteurs disent une tentative achevée. V. Ortolan, I, n° 995 et suiv.

il a fait librement tout ce qui dépendait de lui pour réussir<sup>5</sup>.

Le délit manqué est donc en réalité à mettre dans une catégorie spéciale : au-dessus du délit tenté et au-dessous du délit réussi<sup>5 bis</sup>.

Le droit positif l'a simplement confondu avec la tentative, en y voyant une tentative qui a manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur<sup>6</sup>. V. art. 2.

Il en résulte que le délit manqué n'est punissable qu'en matière de crimes, et exceptionnellement en matière de délits; et d'autre part qu'il cesse d'être puni dans les mêmes circonstances que la tentative<sup>7</sup>.

Il n'en est ainsi toutefois du désistement de l'agent que lorsque celui-ci n'a pas obtenu le résultat qu'il poursuivait : s'il l'a acquis, ne serait-ce qu'un instant, la réparation qu'il opérerait serait sans valeur; car on n'a plus en face de soi un délit manqué, mais un délit réussi.

#### 2. Délit impossible.

Le délit impossible est un délit qui n'est pas suivi d'effet, parce que celui-ci était matériellement impossible à obtenir.

Ce qui peut se produire de deux manières différentes :

1° temporairement, par l'absence momentanée de l'objet du délit, l'insuffisance, erronée ou fortuite, ou la non-idonéité des moyens employés par l'agent;

2° d'une manière permanente, par l'inexistence de l'objet du délit.

Au premier cas, l'impossibilité est dite relative, ou mieux *de fait* : accomplie dans d'autres circonstances de temps, de lieu ou de moyens, l'exécution du délit deviendrait possible; il y a de plus un droit menacé par l'acte injuste commis par le délinquant<sup>8</sup>. Au second cas, l'impossibilité est absolue, radicale, ou

5. V. Loqué, XXX, p. 503; Trébutien, I, n° 505.

5 bis. Comp. Rossi, *Dr. pén.*, III, p. 10. V. cependant Chauveau et F. Hélie, I, n° 252. Le droit romain assimilait également le délit manqué au délit réussi. V. loi I, § 3, Dig., *Ad legem Corneliam*, livre XLVIII, titre 8.

6. Ces mots, qui ne figuraient pas dans la définition de la tentative de la loi du 22 prairial an IV, et de la loi du 25 frimaire an VIII, semblent, en effet, avoir été ajoutés par les auteurs du Code pénal pour comprendre le délit manqué. V. Loqué, XXX, p. 447; Trébutien, I, n° 498. — Sur la peine du délit manqué, v. Ortolan, I, n° 996 et suiv.

7. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 93; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 234 d. V. cependant Cass., 27 mars 1902, S. 1906.1.534. *Adde*, Laborde, n° 104.

8. V. Ortolan, I, n° 100.

mieux de droit, indépendante de toute condition de temps, de lieu et de moyens : l'inexistence de l'objet fait en outre qu'aucun acte dangereux n'a été dirigé contre un droit<sup>9</sup>.

Bien qu'on ait souvent prétendu que le délit impossible échappait dans tous les cas à l'empire de la loi pénale, comme délit achevé, faute de consommation, et comme délit tenté, parce qu'il ne pouvait pas y avoir de commencement d'exécution là où une exécution complète n'est pas possible, il semble néanmoins préférable, du moins quand l'impossibilité est simplement de fait, d'envisager ce délit comme une forme de la tentative.

D'une part, en effet, l'opinion différente, qui pouvait être suivie lorsqu'on limitait le commencement d'exécution, caractérisant la tentative, aux faits portant sur les éléments constitutifs de l'infraction, a cessé d'être exacte avec la théorie élargie de la tentative, qui a permis d'englober des actes distincts de ceux-ci. Le délit impossible est devenu susceptible d'un commencement d'exécution comme les délits ordinaires : par exemple, le fait d'introduire dans un tronc d'église une baguette avec de la glu, dans l'intention de le dévaliser, est une tentative manifestée par un commencement d'exécution, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas des pièces de monnaie dans ce tronc.

D'autre part, la circonstance que la tentative ne doit pas être suivie d'effet, n'a ici pas plus d'importance, au point de vue de la loi pénale et de la nécessité de la protection des droits juridiques, que dans le délit manqué le fait que l'exécution a été également sans résultat.

Le délit impossible est donc punissable à titre de délit tenté, et dans les mêmes conditions qu'une tentative<sup>10</sup>. Arg. art. 2.

9. V. Ortolan, I, n° 100 et suiv. Sur la distinction de l'impossibilité de fait et de l'impossibilité de droit, voy. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 242.

10. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 241. La théorie du délit impossible est, parmi les matières du droit pénal, une de celles qui sont le plus discutées. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 109 et suiv. En dehors de l'opinion indiquée au texte, on en rencontre, en effet, trois autres. 1<sup>o</sup> Dans une première, qui a pour elle la majorité des auteurs français, le délit impossible n'est, dans aucun cas, punissable, parce qu'il n'est pas par hypothèse un délit consommé, ni par définition un délit tenté, la tentative impliquant un commencement d'exécution, et le commencement d'exécution supposant la possibilité d'atteindre la fin par une application plus ou moins prolongée des moyens. V. Rauter, *Droit crim.*, I, n° 94 et 96; Rossi, *Cours de dr. pén.*, II, p. 152 et 153; Chauveau et F. Hélie, I, p. 400 et 401; Blanche, I, n° 8; Trébutien, I, n° 499; Bertauld, *Lec. de dr. pén.*, p. 202; Villey, *Précis de dr. crim.*, n° 94; Laborde, n° 108. — 2<sup>o</sup> Dans une seconde, complètement opposée, on réprime dans tous les cas (ou à peu près) le délit impossible. Ce qui compte, en effet, en droit pénal, c'est essentiellement la volonté cri-

Par suite, cette solution doit être considérée comme cessant, lorsqu'il s'agit d'une impossibilité de droit, comme de frapper une personne que l'on croit endormie, et qui est morte, si du moins cette circonstance se rencontrait déjà quand l'agent est entré dans la phase de la tentative. S'il y a, en effet, manifestation d'une volonté criminelle, il n'y a pas, à la différence du cas précédent, d'acte commis contre un droit; et le délinquant n'a pas pénétré dans la sphère d'activité de quelqu'un<sup>11</sup>.

On décidera pour les mêmes raisons, que le *délit putatif*, c'est-à-dire l'acte licite qu'a commis le délinquant qui croyait

minelle, parce que c'est elle qui renferme le danger. Il suffit donc qu'il y ait manifestation d'une volonté criminelle dangereuse, indépendamment du résultat possible ou impossible où elle tend, pour qu'il y ait lieu à l'application d'une peine. V. Saleilles, *Revue pénitent.* de 1897, p. 53 et suiv.; Gallet, *La notion de la tentative punissable*, p. 106; G. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 402; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 2, n° 133 et 134. — 3<sup>o</sup> Enfin, dans un dernier système, auquel s'est attachée la jurisprudence, on distingue suivant que l'impossibilité est radicale ou absolue, ou simplement accidentelle ou temporaire, pour écarter toute répression pénale au premier cas, et l'admettre au contraire au second. V. Ortolan, I, n° 1101; Haus, *Princ. de dr. pén. belge*, II, n° 159 et suiv. Cass., 6 janvier 1859, S. 1859.1.362; 4 novembre 1875, S. 1877.1.48; 12 avril 1877, S. 1877.1.329; 4 janvier 1895, S. 1895.1.408; 20 mars 1919, S. 1921.1.233.

Mais, il est visible d'abord que cette dernière opinion pèche par illogisme. L'impossibilité, en effet, est ou n'est pas, existe ou n'existe pas; elle ne comporte pas de degré. De plus, pour apprécier, au point de vue de la loi pénale, la moralité d'un acte, c'est à l'instant de son accomplissement qu'il convient de se placer, et non pas avant ou après ce moment, hier ou demain. Or, à cet instant, l'impossibilité relative est aussi radicale que l'impossibilité absolue : elle conduit, avec la même intensité qu'elle, à l'absence du résultat cherché par l'agent. Comp. Laborde, n° 108. D'un autre côté, c'est par excès que pèche la seconde théorie. Se contentant de la manifestation d'une volonté criminelle, elle en arrive, en effet, à punir, contrairement au caractère de droit sanctionneur que possède le droit pénal, dans des cas où aucun droit particulier n'a été lésé ou menacé, comme celui du voleur qui se vole lui-même, du meurtrier qui frappe une personne déjà morte, ou de l'amant donnant un breuvage abortif à une femme non enceinte. Dans ces hypothèses, où est le droit qui a été menacé dans son existence? Il n'y a que des fantômes de droits. Mais les sanctions pénales sont trop réelles pour servir de protection à des fantômes. Quant à la première théorie, acceptable avec une notion de tentative limitant celle-ci au commencement d'exécution de l'élément constitutif du délit, elle a cessé de l'être avec la notion élargie qui lui a été reconnue. V. *supra*, § 26. Il est clair que pouvant avoir un objet autre que celui du délit, la tentative peut être possible quand le délit ne l'est pas; et ainsi le délit impossible s'analyse dans la perpétration d'une tentative possible et punissable. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 239 et suiv. Au reste, pour savoir si un danger menace un droit, il faut apprécier l'acte commis d'après l'ensemble des circonstances connues au moment de son accomplissement (*ex ante*), et non pas d'après la connaissance de celles qui peuvent se présenter après son accomplissement (*ex post*). C'est ce qui explique qu'il ne doit pas être fait de distinction entre la tentative d'un délit possible et la tentative d'un délit impossible.

11. V. loi 18, § 4, Dig., *De injuriis*, liv. XLVII, tit. 10.

accomplir un acte illicite, ne tombe pas davantage sous l'empire de la loi pénale<sup>12</sup>.

Mais ce n'est pas un délit putatif que la soustraction frauduleuse d'une chose, dont on est simplement copropriétaire<sup>13</sup>.

## SECTION DEUXIÈME

### LES MODALITÉS COMPLEXES DE L'INFRACTION

#### § 28.

##### *Sources de ces complexités.*

L'exécution d'une infraction ne suppose pas toujours l'accomplissement d'un acte matériel unique.

Elle ne se présente pas, en effet, dans tous les cas, avec la simplicité qui vient d'être examinée : généralement, les machinations des malfaiteurs sont plus enchevêtrées. D'un autre côté, la loi pénale, qui frappe à regret, peut dans certains cas exiger plus qu'une manifestation isolée de la volonté criminelle, et subordonner l'existence de ses sanctions à une répétition d'actes, qui, en imprimant à la volonté criminelle plus de persistance, lui donne plus de gravité.

De là, des complications qui peuvent être assez nombreuses. Les principales d'entre elles se répartissent dans les trois catégories suivantes :

- 1° complexités tenant à la naissance de l'infraction ;
- 2° complexités tenant à son exécution ;
- 3° complexités tenant à son achèvement.

#### A

##### *Complexités tenant à la naissance de l'infraction.*

BIBLIOGRAPHIE : Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 78 et 79 ; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n<sup>os</sup> 761-764.

#### § 29.

C'est de la loi que proviennent ces complexités, qui, modifiant

12. V. Cass., 17 octobre 1806, S. chr.

13. V. Chauveau et F. Hélie, V, n<sup>o</sup> 1924 ; Blanche, V, n<sup>o</sup> 466 ; Garrand, 2<sup>e</sup> éd., V, n<sup>o</sup> 80. Cass., 14 mars 1818, S. chr. ; 29 mai 1828, S. chr. ; 3 mars 1894, S. 1895. 1.157. Contrà, Rauter, *Dr. crim.*, II, n<sup>o</sup> 507.

la naissance de l'infraction, dérivent directement de la définition légale qui a été donnée à certains délits.

Au lieu, en effet, d'être attachée à la manifestation isolée de la volonté criminelle, l'application des sanctions pénales a été subordonnée, dans un certain nombre de cas, tantôt à la présence de machinations, qui confèrent à cette volonté une gravité plus grande (*délits complexes*)<sup>1</sup>, tantôt à la condition de sa répétition, qui produit un effet analogue (*délits d'habitude*).

Dans les deux hypothèses, la perpétration de l'infraction, au lieu de comporter un acte unique, suppose deux ou plusieurs actes matériels, qui, pris isolément, ne sont pas punissables, et dont la réunion seule est délictuelle.

#### 1. Des délits complexes.

Sous ce terme, on entend les infractions formées par l'accomplissement de plusieurs actes matériels de nature différente. Un exemple est donné par le délit d'escroquerie, qui est constitué par deux éléments, l'emploi de moyens frauduleux (notamment de manœuvres frauduleuses), pour se faire remettre tout ou partie de la fortune d'autrui, et la remise, en vue de se les approprier, de fonds ou valeurs appartenant à autrui. V. art. 405.

Dans les délits complexes<sup>2</sup>, et spécialement dans le délit d'escroquerie, l'infraction n'existe pas, tant que tous les éléments constitutifs ne se trouvent pas réunis. Jusque-là, il ne peut être question de poursuite pénale ; et il ne saurait être évidemment parlé de prescription.

Pareillement, ces actes matériels prenant leur caractère délictuel de leur réunion, et seulement à ce moment, c'est la loi applicable dans le temps à cette époque, qui les saisit, quoique les machinations aient pu être accomplies sous l'empire d'une loi antérieure, et sans qu'il y ait à distinguer quelle est la loi la plus douce. Ce n'est pas, en effet, faire rétroagir la loi pénale, que de l'appliquer à un délit, qui, n'existant qu'à partir de l'accomplissement de son dernier élément, n'a jamais été soumis à l'empire de la loi ancienne.

1. On a quelquefois donné à cette expression une signification plus large, comprenant tout délit qui est composé de plusieurs actes, licites ou illicites, comme le vol avec violence, l'usure réunie à l'escroquerie, etc. Mais, si on s'attache à une technique précise, il convient, sauf à multiplier les expressions, de réserver à chacune d'elles un sens, qui ne renferme pas des modalités différentes de perpétration.

2. V. la note qui précède.

Toutefois, en ce qui concerne la loi applicable dans l'espace, on décide communément que le délit complexe peut être poursuivi dans les différents lieux, où se sont accomplis ses divers éléments, ceux-ci concourant également à sa constitution, et élargissant son théâtre d'exécution. On peut donc poursuivre devant les tribunaux français un délit d'escroquerie, dont les manœuvres frauduleuses ont été accomplies à l'étranger, et la remise de fonds effectuée en France, ou *vice versa* <sup>3</sup>.

### 2. Des délits d'habitude.

Dans un certain nombre d'infractions, la loi ne punit pas un acte isolé demeuré unique, mais seulement l'habitude de les accomplir.

Il en est ainsi, notamment, d'après l'article 61 du Code pénal, du recel habituel de malfaiteurs; suivant l'article 334 du Code pénal, de l'excitation habituelle de mineurs à la débauche; en vertu des lois du 3 septembre 1807 et du 15 décembre 1850, du délit d'usure; et depuis la loi du 30 novembre 1892, de l'exercice illégal de la médecine.

La loi n'ayant pas défini ce qu'il fallait entendre par habitude, c'est au juge qu'il appartient de décider si en fait cette circonstance se rencontre dans l'ensemble des actes reprochés à un prévenu <sup>4</sup>. Mais, si cette liberté était autrefois absolue, il convient d'observer que la loi, en exigeant en matière de récidive la répétition des infractions dans un laps de cinq années, a donné une notion légale de l'habitude, qui mérite d'être suivie partout où il n'en aura pas été autrement disposé <sup>5</sup>. Arg. art. 57 et 58.

Le délit d'habitude n'existant que par la répétition de plu-

3. V. Cass., 6 janvier 1872, S. 1872.1.255; 11 mars 1880, S. 1881.1.329. *Contra*, F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 688.

4. V. Ortolan, I, n° 762; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, II, a; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 62.

5. Il serait, en effet, contradictoire, que la condition d'habitude se perdît au bout d'une interruption de cinq ans, quand il y a eu condamnation, et se conservât indéfiniment, lorsque cette circonstance vient à manquer. Ce qu'on peut se demander, c'est si le délai de cinq ans n'est pas trop long dans ce cas. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1862 (*Bull. crim.*, n° 247), rendu en matière d'usure, semble le prétendre, en exigeant entre les faits d'usure à retenir, qu'à aucune époque un intervalle de plus de trois ans ne soit venu les séparer. Mais, cette opinion, qui paraît admettre la possibilité de prescrire des actes isolés d'usure (v. la note 7 qui suit) est fort douteuse. Il ne faut donc y voir, semble-t-il, qu'une tentative faite pour limiter l'arbitraire du juge, et donner, en l'absence de texte, une définition légale de l'habitude.

sieurs faits de même nature <sup>6</sup>, il s'ensuit, comme pour le délit complexe, qu'il ne peut pas y avoir de poursuite pénale avant l'existence de l'habitude; et que la prescription, ne pouvant pas s'appliquer à des faits, qui isolément ne sont pas délictuels, ne commence à courir que du dernier fait, dont la réunion aux faits antérieurs constitue le délit <sup>7</sup>.

Egalement, la loi applicable dans le temps est celle qui est en vigueur, quand se produit le caractère habituel qui autorise la répression des faits accomplis <sup>8</sup>.

Pareillement, il paraît préférable de décider qu'au point de vue de la compétence territoriale, le délit d'habitude peut être poursuivi, comme le délit complexe, dans les différents endroits où ont été accomplis les faits qui le consomment.

Enfin, il est à observer que, la loi frappant dans ces délits l'habitude, la condamnation, qui est prononcée, réprime tous les faits antérieurs, qui composent cette habitude, même ceux qui ne sont pas relevés dans le jugement qui est intervenu <sup>9</sup>.

## B

### Complexités tenant à l'exécution de l'infraction.

BIBLIOGRAPHIE : F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, V, n° 4353-4384; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n° 758-760; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XIX; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 79; — Villey, notes dans S. 1875.1.481 et 1884.1.137; — Roux, notes dans S. 1894.1.403; 1902.1.297; 1904.1.297; 1906.1.153; 1909.1.409; 1910.1.273 et 1923.1.89; — R. Rougier, *D'une application de la théorie du concours idéal (Journal des Parquets)*, 1905.1.92 et suiv.).

## § 30.

Les complexités qui tiennent à l'exécution des infractions ont deux sources différentes.

Elles proviennent :

1<sup>o</sup> tantôt du délinquant, qui, pour obtenir le but qu'il s'est pro-

6. Si la répétition de faits de même nature est nécessaire pour constituer le délit d'habitude, par contre la pluralité de victimes n'est pas exigée. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 63; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, II, a.

7. V. Cass., 21 octobre 1841, S. 1842.1.984; 17 mai 1851, S. 1851.1.557; 30 décembre 1853, S. 1854.1.404.

8. V. Cass., 23 décembre 1853, S. 1854.1.405.

9. V. Jousse, III, p. 20; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1006; Mangin, *Act. publ. et act. civ.*, II, n° 405 et 406. Cass., 25 août 1836, S. 1837.1.410. *Contra*, Cass., 5 août 1826, S. chr.

posé, enfreint, par un ou plusieurs actes matériels, soit la même disposition légale, soit plusieurs dispositions légales (*unité ou pluralité de délits*);

2° et tantôt de la loi, qui, pour arriver à une meilleure administration de la justice, rapproche et réunit, dans la même poursuite, des infractions distinctes, présentant entre elles une connexion plus ou moins intime (*délits connexes et indivisibles*).

A la différence des complexités examinées dans le paragraphe précédent, ces nouvelles complications ne sont pas particulières à certaines infractions, elles sont susceptibles de se rencontrer dans tous les délits. De plus, elles portent sur des actes, qui sont délictueux par eux-mêmes, et non pas seulement dans leur ensemble.

#### 1. Unité et pluralité de délits.

Lorsque des actes matériels, qui, pris isolément, sont des délits, concourent à l'exécution d'un même dessein criminel, il est nécessaire de déterminer, tant au point de vue de la pénalité et de la chose jugée qu'au point de vue des règles de compétence et de procédure si ces actes constituent un délit unique (*délict composé*) ou s'ils continuent à former des infractions séparées<sup>1</sup>.

A cet égard, il convient de remarquer que dans cette détermination doivent logiquement intervenir, non seulement l'intention, qui a dirigé le délinquant dans l'accomplissement de la série des faits qui lui sont reprochés, mais aussi la loi, qui est naturellement appelée à se prononcer, puisque c'est elle qui a la charge de maintenir l'ordre public<sup>2</sup>.

Il peut donc y avoir une unité morale et une unité légale, qui ne se confondent pas forcément, alors que dans les délits simples elles sont au contraire nécessairement réunies.

De là, les deux règles suivantes :

1° La loi pénale punissant dans le délit la volonté criminelle qui s'est manifestée extérieurement, c'est à l'examen de cette volonté que l'on doit d'abord demander la solution de la question de l'unité ou de la pluralité de délits.

Là où l'unité d'action ne se rencontre pas, il y aura évidemment pluralité de délits<sup>3</sup>. Arg. art. 304.

Au contraire, là où l'unité d'action existe, il y aura, malgré

1. Sur l'unité ou la pluralité de délits, comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 115 et suiv.

2. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, II, c. Mais, cet auteur n'envisage l'unité de délit qu'à propos des *délits continués*. Ce qui est une conception certainement trop étroite.

3. V. Cass., 6 novembre 1874, S. 1875.1.481.

la pluralité d'actes accomplis, unité de fait, c'est-à-dire, unité de délit<sup>4</sup>. Arg. art. 303, 309 et 314.

De plus, l'unité d'action étant susceptible de persister dans le temps et d'englober plusieurs victimes, il n'est pas indispensable, pour l'admettre, que les actes matériels se soient produits dans le même trait de temps, ni qu'ils aient été dirigés contre la même personne, pourvu toutefois qu'ils se rattachent à l'exécution du même dessein, ou soient la suite du même état. Arg. art. 402.

C'est ainsi, par exemple, que le voleur, qui, dans le but de dévaliser un grenier, fait plusieurs voyages, ou l'amant, qui entretient un commerce adultère avec une femme mariée, ne commettent pas autant d'infractions, que le premier fait de soustractions dans le grenier du volé, et que le second a de rapprochements avec sa complice, mais n'exécutent, malgré l'intervalle de temps qui sépare leurs différents actes, qu'un seul délit (*délict continué ou successif*)<sup>5</sup>.

C'est ainsi encore que l'anarchiste, qui jette une bombe dans une salle remplie d'individus, et qui tue plusieurs personnes, ne commet qu'un crime unique, malgré la pluralité des victimes<sup>6</sup>.

4. V. Villey, note dans S. 1884.1.137. Sur la signification des mots « action, acte et fait », voy. *suprà*, § 22.

5. « *Ex iterata rei furtivæ contractatione, unum tantum, non plura esse furta* », disait la loi 9 Dig., *De furtis*, livre XLVII, titre 2. « *Ex continuatione adulterii unum esse adulterium* », portait la loi 29, § 5, Dig., *Ad legem Juliam de adulteriis*, livre XLVIII, titre 5. V. Farinacius, quest. 167, n° 74 et 75; Jousse, III, p. 19; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1006; Ortolan, I, n° 758; Vidal et Magnol, n° 79, p. 134; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116. La pratique, en considérant comme suffisante la position au jury d'une question unique, alors que la loi du 13 mai 1836 exige la position de questions séparées pour chaque fait principal, a admis la solution indiquée au texte; notamment, à propos d'actes multiples d'attentats à la pudeur commis sur la même personne par le même accusé (Cass., 24 décembre 1840, S. 1841.1.865; 5 mai 1870, S. 1871.1.262); de tentatives répétées d'empoisonnement dans la célèbre aff. Lafarge (Cass., 12 décembre 1840, S. 1840.1.948; et d'une série de détournements ou de vols, accomplis par le même individu au préjudice de la même victime (Cass., 8 novembre 1860, S. 1861.1.474; 7 novembre 1878, S. 1880.1.239). Au contraire, on ne saurait parler de *délict continué*, lorsque le détournement a un objet précis et limité : en pareil cas, il y aura un délit nouveau à chaque répétition de détournement. Il en est ainsi en particulier, en matière de sociétés anonymes, à propos du délit de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, réprimant les souscriptions ou versements obtenus au moyen de simulations frauduleuses. V. Cass., 15 février 1917, *Bull. crim.*, n° 40.

6. V. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1006; Trébutien, II, n° 782; Griolet, *Chose jugée*, p. 256. Cass., 25 janvier 1894, S. 1894.1.297. *Contra*, Jousse, III, p. 19; Mangin, *Act. publ. et act. civ.*, II, n° 404; Bonnier, *Des preuves*, n° 708. Que la pluralité des victimes ne puisse pas fournir de critérium satisfaisant de la distinction de l'unité et de la pluralité d'infractions, c'est ce qui est l'évidence. Il serait,

Enfin, si l'unité d'action apparaît plus visiblement, quand il y a similitude de droits violés, ou, ce qui revient sensiblement au même, unité de disposition légale enfreinte, on doit cependant décider, bien que le cas soit exceptionnel, et qu'il offre plus de difficultés, que l'unité d'action ne disparaît pas nécessairement, quand les droits violés sont différents, et les dispositions de loi enfreintes distinctes.

Il peut en être ainsi, lorsque le délinquant n'a commis une infraction que pour arriver à une autre, qui est la seule qu'il ait cherchée. Arg. article 332, alinéa 3.

2° Toutefois, la loi pénale, gardienne de l'ordre juridique, ne déduit pas de l'unité morale toutes ses conséquences logiques, et, quand l'exige la protection sociale, elle se souvient que les actes matériels commis ont une nature criminelle propre.

Elle agit ainsi d'abord en conservant l'unité du délit, quand les dispositions légales enfreintes sont différentes.

C'est alors dans son expression la plus haute, et avec l'incrimination la plus forte, qu'elle apprécie le délit unique commis, sans qu'il y ait à distinguer si cette gravité supérieure appartient à l'infraction que le délinquant s'est proposée comme fin, ou si elle se rencontre dans l'infraction, qu'il a commise comme moyen de celle-ci 7.

Parfois encore, tout en absorbant l'infraction moindre dans l'infraction la plus élevée, la loi fait de la première une circonstance aggravante de la seconde, et la retient pour augmenter la pénalité de cette dernière 8. Arg. art. 303 et 382.

en effet, illogique, par exemple, que le voleur, qui soustrait deux objets par un seul et même acte matériel, encourût une double responsabilité pénale, lorsqu'il se trouve que ces objets appartiennent à deux propriétaires différents, et une responsabilité pénale unique, quand ils appartiennent au même individu : la pluralité des propriétaires ne saurait changer la nature du vol commis. V. Cass., 17 juin 1869, *Bull. crim.*, n° 144. Mais, suivant les hypothèses, tantôt cette circonstance se rencontrera avec l'unité d'infraction (Cass., 15 mai 1840, *Bull. crim.*, n° 133; 12 octobre 1848, *Bull. crim.*, n° 252; 17 juin 1869, précité; 31 mars 1882, S. 1884.1.137; 25 janvier 1894, S. 1894.1.297); tantôt au contraire, elle existera avec la pluralité de délits (Cass., 31 mai 1867, D. P. 1869.5.104; 6 et 26 novembre 1874, S. 1875.1.481; 20 juillet 1882, *Bull. crim.*, n° 180). Il ne faut pas voir là une hésitation ou une incohérence de la pratique, mais plutôt la solution différente de problèmes distincts.

7. V. Cass., 11 février 1893, S. 1894.1.105. V. cependant en sens opposé, Cass., 29 mars 1900, S. 1902.1.297.

8. Contrairement à l'opinion qui est exprimée au texte, la jurisprudence a admis, en matière de vol commis avec escalade, que ce dernier fait, susceptible de se rattacher comme circonstance aggravante au délit de vol, conservait néanmoins son individualité propre, et pouvait être poursuivi séparément : ce qui semble supposer l'existence matérielle de deux délits. V. Cass., 3 mai 1902, S. 1904.

Enfin, la loi pénale va quelquefois plus loin, et malgré l'unité de dispositions légales enfreintes et la similitude de droits violés, repousse l'unité de délit, pour arriver à une répression plus énergique. Il en est ainsi, mais seulement en présence de textes formels, en matière de contraventions de police, quand il y a pluralité de victimes 9. Arg. Code du travail, livre 2, art. 134.

Au surplus également, la pluralité de délits reparait dans les délits continués ou successifs, dès lors qu'une partie des actes matériels accomplis doit être considérée comme la manifestation d'une nouvelle volonté criminelle.

Cette conséquence se produit obligatoirement, quand une condamnation pénale sépare la série des faits imputés au délinquant.

#### *Du soi-disant concours idéal d'infractions.*

De la circonstance, que des actes matériels concourant à l'exécution d'un même dessein sont susceptibles, lorsqu'ils

1.297. Mais, cette solution, contraire à la théorie de la doctrine (v. F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1005), ne paraît pas exacte. Il ne saurait, en effet, dépendre du ministère public de briser ce qui forme un tout, et d'en poursuivre séparément les parties, en leur ôtant la valeur et la criminalité, que la loi leur a reconnues, et qu'elles tirent de leur réunion. V. d'ailleurs, Cass., 10 septembre 1868, S. 1869.1.334.

9. V. Cass., 31 mars 1898, S. 1899.1.112; 24 février 1900, S. 1903.1.110. On observera, au reste, qu'en dehors des cas qui sont réglés par une disposition législative, la distinction de l'unité et de la pluralité d'infractions soulève, en matière de contraventions de police, de grandes difficultés, qu'il est d'autant plus nécessaire de résoudre que le principe du non-cumul des peines est étranger aux contraventions. A ce qu'il semble, les règles suivantes permettront de les aplanir.

1° S'il s'agit d'actes multiples de même nature, la théorie du délit continué trouvera son application dans l'hypothèse de *contraventions intentionnelles*; elle sera au contraire logiquement exclue des *contraventions non intentionnelles*. Pour ces dernières, on retiendra donc autant de contraventions que seront relevés à la charge du prévenu d'actes matériels distincts, même compris dans une même action (Cass., 16 septembre 1853, S. 1854.1.151; 5 août 1869, S. 1870.1.230). Dans les premières, la pluralité d'infractions ne se rencontrera que tout autant qu'une diversité de volonté délictuelle pourra être séparée (Cass., 15 mars 1861, S. 1867.1.327).

2° S'il s'agit d'actes de nature différente, on demandera pareillement à l'unité ou à la pluralité d'action l'unité ou la pluralité d'infractions dans les contraventions intentionnelles. Par contre, il convient de substituer à ce critérium, pour les contraventions non intentionnelles, l'unité ou la pluralité des obligations, que la loi impose au contrevenant, et que celui-ci a enfreintes ou, en d'autres termes, la *nature simple ou double de la faute* par lui commise, sans qu'on ait à s'attacher nécessairement à l'unité ou à la pluralité des dispositions législatives renfermant ces obligations. Conf. Cass., 9 novembre 1895, S. 1897.1.152; Nancy, 10 mars 1897, S. 1898.2.213; Cass., 8 février 1902, *Bull. crim.*, n° 61; 25 mars 1904 (2 arrêts), S. 1906.1.133 et 155.

sont isolés, de constituer des délits distincts, on a parlé, en réveillant de vieilles discussions scolastiques, d'un concours idéal d'infractions.

En réalité, le problème paraît être différent. Lorsqu'on est en présence de faits, dont l'ensemble compose un délit nouveau unique, la question est simplement de savoir quelle est la loi qui le réprime. Il y a, en effet, aussi peu de motifs à supposer l'application idéale de deux lois pénales, condition nécessaire de l'existence d'un concours idéal d'infractions, qu'à admettre ce cumul entre la loi ancienne et la loi nouvelle, la loi générale et la loi spéciale, la loi et l'arrêté de police, la loi française et la loi étrangère, ou deux dispositions différentes de la même loi. Si le délit est soumis à l'empire de l'une, il échappe à l'emprise de l'autre. La solution de la difficulté soulève donc simplement une question de conflit de lois concurrentes, et relève des règles d'application des lois pénales. L'idée d'un concours idéal d'infractions, sans grand intérêt pratique, n'introduit qu'une complication inutile, comme d'ailleurs toute fiction en droit pénal, et doit être rejetée <sup>10</sup>.

10. *Contrà*, Laborde, n° 568; Garraud, I, n° 118; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 252, p. 395; Rougier, p. 92 et suiv.; et Garçon, *Code pénal annoté, passim*, spécialement sous les articles 30<sup>v</sup> à 341, n° 137 et suiv., 147 et suiv., et 154 et suiv.; sous les articles 331 à 333, n° 182 et suiv.; sous les articles 341 à 344, n° 58 et suiv. La jurisprudence, par contre, semble bien avoir adopté l'opinion indiquée au texte, quand, dans ses arrêts, elle déclare qu'un même fait, autrement qualifié, ne saurait comporter une double déclaration de culpabilité. V. Cass., 2 août 1897, *Bull. crim.*, n° 143; 25 février 1921, S. 1923.1.89. Et, c'est ce qui paraît justifié. A la base de la théorie du concours idéal d'infractions est l'adage *tot delicta quot leges laesae*. Mais, est-ce bien cette maxime qui doit être prise comme critérium de l'unité ou de la pluralité d'infractions? Il ne le semble pas; et il paraît bien au contraire que l'on a pris l'effet pour la cause. La loi n'est, en effet, que la sanction des droits, privés ou publics, dont l'exercice est protégé par la société: elle n'est que leur reconnaissance, leur affirmation sociale. Il faudrait donc, substituer à la sanction ce qui est sanctionné, et, au lieu de parler d'unité ou de pluralité de lois enfreintes, parler d'unité ou de pluralité de droits lésés ou blessés. Mais, lorsqu'on en arrive là, on aboutit à une conséquence inadmissible, qui est généralement rejetée d'ailleurs: c'est que la pluralité des victimes n'est pas le critérium de la multiplication des infractions. V. Cass., 25 janvier 1894, S. 1894.1.297. Et, ce qui doit de plus empêcher de rattacher l'unité ou la pluralité d'infractions à la maxime *tot delicta quot leges laesae*, c'est la théorie du *délit continué*, unanimement acceptée par la doctrine, qui ne voit, malgré la répétition des faits matériels, violant et blessant la loi pénale, qu'une seule et même infraction.

En somme, la théorie du concours idéal d'infractions suppose comme démontré, que les lois pénales, lorsqu'un fait est susceptible de rentrer sous leurs dispositions, s'en emparent toutes ensemble et qu'elles lui sont également applicables. Mais, cette supposition est fragile. Lorsqu'en effet, le législateur définit un fait délictuel et le punit d'une manière particulière, il le sépare du délit plus général qui peut le contenir. Il ne multiplie pas les infractions; mais il restreint le concept de l'infraction générale; et, à côté de lui, il établit la notion d'une autre infrac-

## 2. Délits connexes et délits indivisibles.

Enfin, la loi a jugé utile, en vue d'une meilleure administration de la justice, de renvoyer devant la même juridiction des infractions distinctes, lorsqu'elles ont un rapport de dépendance qui nécessite une appréciation d'ensemble. V. Code d'instruction criminelle, art. 226 et 227.

Cette connexion ne touche qu'aux règles de poursuite et, dans certains cas, à une prorogation de compétence. Elle laisse à chaque infraction commise sa nature, son caractère et sa pénalité <sup>11</sup>.

Elle présente deux degrés différents:

1° Tantôt, le lien, qui unit les crimes et les délits n'est pas tellement étroit que ceux-ci ne puissent pas être poursuivis séparément sans inconvénient sensible; la jonction des procédures est alors laissée à l'arbitraire des tribunaux; elle est facultative: c'est le cas des *délits connexes* <sup>12</sup>. V. Code d'instruction criminelle, art. 226.

2° Tantôt, au contraire, les éléments de la prévention sont dans un rapport mutuel de dépendance tel, et se rattachent entre eux par un lien tellement intime, que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres <sup>13</sup>; la jonction des procédures devient alors obligatoire <sup>14</sup>: c'est l'hypothèse des *délits indivisibles*.

Néanmoins, l'indivisibilité, pas plus que la connexité, ne change la nature des infractions, ni n'en modifie le nombre <sup>15</sup>.

tion. Ainsi, lorsqu'il érige à titre de crime particulier le parricide ou l'infanticide, il les fait sortir de la classe des meurtres et des assassinats; il les soustrait à l'application des articles 295 et 296 du Code pénal pour les soumettre exclusivement à celle des articles 299 et 300. Quand également il définit le viol, il sépare cette forme d'attentat aux mœurs, et en fait un concept particulier, qui échappe à l'article 331 du Code pénal pour rentrer uniquement sous les termes de l'article 332 en vertu de la maxime: *Specialia generalibus derogant*.

11. V. Cass., 19 janvier 1900, S. 1902.1.535. Elle permet toutefois de communiquer, mais en présence de dispositions législatives expresses, le bénéfice de mesures établies, ou accordées, pour une catégorie d'infractions. V. loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, article 3.

12. V. Mangin, *Instr. écrite*, II, n° 205 et suiv.; Laborde, n° 839 et 840

13. V. Cass., 24 juillet 1875, *Bull. crim.*, n° 239.

14. V. Laborde, n° 837. Cela ne veut pas dire cependant qu'elle ne puisse pas en pas avoir lieu, en cas d'empêchement de droit ou de fait à l'accomplir. Arg. article 68. Cela signifie simplement, que lorsqu'elle est possible, le juge ne peut pas se dispenser de la prononcer: en n'ordonnant pas la jonction, il ferait grief à la liberté de la défense, et nuirait à la bonne administration de la justice.

15. Une opinion contraire a été cependant soutenue. D'après celle-ci, l'indivisibilité supposerait, entraînerait, l'unité de délit. V. F. Hélie, *Instr. crim.*, V, n° 2354;

Elle n'a d'effet qu'en ce qui concerne la compétence pour obliger le juge, saisi d'infractions, vis-à-vis desquelles il est compétent pour certaines et incompétent pour les autres, de se dessaisir à l'égard de toutes<sup>16</sup>, tandis qu'au cas de connexité, il ne peut pas se refuser à statuer sur les infractions, qui rentrent dans sa compétence, sous prétexte qu'elles sont liées à d'autres, qui dépassent celle-ci<sup>17</sup>.

Enfin, il convient de décider, que si la connexité et l'indivisibilité autorisent une prorogation de compétence, celle-ci, étant faite dans l'intérêt de la liberté de la défense et pour la bonne administration de la justice, ne peut avoir lieu qu'au profit d'une autre juridiction de même nature, ou d'une juridiction qui a la plénitude de juridiction.

Elle ne saurait en aucun cas profiter à une juridiction d'exception, dont la loi fixe limitativement la compétence, ni avoir pour résultat de modifier l'application extraterritoriale de la loi pénale<sup>18</sup>.

Laborde, n° 837. Mais, si confuse que soit cette expression, que la jurisprudence et les auteurs sont seuls à employer, et que la loi ignore, il est préférable, et cela paraît être également au fond le système de la jurisprudence, de voir dans ces termes de connexité et d'indivisibilité l'expression d'une règle unique de droit (*ne continentia causa dividitur*) avec deux sens différents, ici impératif, là permissif, suivant que « l'indivisibilité de la défense sur l'ensemble des faits, compris dans une même scène, commande (ou non) de les soumettre simultanément à l'appréciation d'un même juge ». V. Cass., 15 juin 1893, S. 1894.1.57. Il est également d'une meilleure technique, ce que n'observe peut-être pas toujours la jurisprudence, de ne pas parler d'indivisibilité, lorsqu'on est en présence d'un délit unique, composé de plusieurs actes matériels, afin de ne pas mêler des hypothèses différentes.

16. V. Cass., 10 septembre 1868, S. 1869.1.334; 15 juin 1893, S. 1894.1.57; 16 novembre 1897, S. 1898.1.207.

17. V. Cass., 1<sup>er</sup> mai 1884, *Bull. crim.*, n° 63; 25 octobre 1894, S. 1895.1.296.

18. Sur ces deux points, la jurisprudence manque de cohésion et d'unité. Si, en effet, elle décide, à propos des tribunaux répressifs algériens, que les tribunaux d'exception, n'existant qu'en vertu d'une dérogation expresse au droit commun, ne peuvent pas, sous prétexte de connexité, étendre leur juridiction (Cass., 16 mars 1907, S. 1908.1.383), par contre, elle déclare couramment : 1<sup>er</sup> que les conseils de guerre, qui sont également des juridictions spéciales, sont compétents pour connaître, en dehors des infractions énumérées dans l'article 8 de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, des infractions qui leur sont connexes (V. Cass., 12 octobre 1871, S. 1871.1.252; 30 mai 1872, *Bull. crim.*, n° 125; 14 novembre 1872, *Bull. crim.*, n° 271); 2<sup>o</sup> que la loi pénale française est applicable aux crimes commis par des étrangers à l'étranger, lorsqu'ils se rattachent, soit par le lien de l'indivisibilité (Cass., 24 août 1876, S. 1877.1.385), soit par celui de la connexité (Cass., 12 mars 1909, S. 1910.1.273), à d'autres infractions, dont la justice française a le droit de connaître. Mais, il convient de voir dans ces dernières solutions du droit prétorien, donc du droit arbitraire. En matière criminelle, la compétence est, en effet, d'ordre public. V. Cass., 2 décembre 1899, S. 1902.1.376. Nul ne peut être distrait de ses juges naturels, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit international. Et

## C

*Complexités tenant à l'achèvement de l'infraction.*

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n° 730 et suiv.; — Garraud, *Traité de l'Instruction criminelle*, II, § XIX; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 77; — Garçon, *Étude sur les délits continus ou successifs*, broch. Paris, 1914; — Roux, notes dans S. 1903.1.377; et 1910.1.521.

## § 31.

Il est de principe que les suites d'un délit ne sont pas le délit<sup>1</sup>; et que, sauf dans certains cas particuliers comme en matière de coups et blessures, elles ne sont pas comprises dans le délit. Arg. art. 301.

Il convient donc, pour fixer les limites de l'infraction (ce qui intéresse notamment la compétence dans le temps ou le lieu, le point de départ de la prescription, l'effet de la chose jugée, la complicité ou le bénéfice d'une loi d'amnistie<sup>2</sup>), de déterminer le moment où s'achève une infraction; car, si on doit comprendre dans celle-ci uniquement ce qui la consomme, on doit y comprendre tout ce qui la constitue.

Un instant de réflexion suffit à montrer que tous les délits n'ont pas le même caractère; et que s'il en est parmi eux qui se terminent immédiatement, en ce sens que le trait de temps de leur exécution est insignifiant (*délits instantanés*), il en est d'autres, dont l'exécution se prolonge, et pour lesquels ce trait de temps est plus long (*délits continus*).

En principe, c'est à la définition que la loi donne de chaque infraction, qu'il faut demander le caractère, instantané ou continu, de celle-ci, comme c'est à elle qu'on a recours également pour distinguer le délit de ses suites. Seulement, tandis que cette seconde règle est absolue, la première souffre un tempérament; et le mode d'exécution de l'infraction peut, anormalement, donner à celle-ci un caractère différent de celui que lui attribue sa définition légale<sup>3</sup>.

ceci est surtout vrai, quand les délits sont réunis entre eux par un lien aussi peu étroit et aussi faible que celui de la connexité.

1. V. Ortolan, I, n° 745.

2. Sur ces différents intérêts, voy. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 48 et suiv. V. aussi, Cass., 28 novembre 1917, S. 1920.1.333.

3. D'après Garçon, *Étude sur les délits continus ou successifs*, le caractère, instantané ou continu, d'un délit ne dépend pas de sa nature et de sa définition

## 1. Délits instantanés et délits continus.

D'après ce qui vient d'être dit, le délit instantané est celui qui se consomme dans un trait de temps fort court, comme le meurtre ou le vol. V. art. 295 et 379.

Les délits instantanés se rencontrent généralement parmi les délits de commission, plus rarement dans les délits d'omission.

Normalement, la définition légale de l'infraction détermine son caractère. Exceptionnellement, on a vu qu'un délit instantané peut, sous la forme de délit continué, se poursuivre pendant un temps plus ou moins prolongé, lorsque la pluralité d'actes qu'il comprend ne constitue qu'un seul et même délit. Dans ce cas, le délit instantané peut donner lieu à plusieurs compétences territoriales *ratione loci*; également, sa prescription ne commencera à courir que du dernier acte d'exécution qu'il renferme.

Par opposition au délit instantané, on appelle *délit continu* l'infraction, dont l'exécution se poursuit pendant un certain

légal, mais de son mode d'exécution. L'idée est parfaitement juste comme règle de fait, puisque, sauf quelques exceptions, la même infraction peut être perpétrée, suivant les circonstances, soit d'une manière instantanée, soit d'une manière continue. Ce qui était d'ailleurs déjà reconnu avec les délits dits *continus*, qui sont des infractions instantanées s'accomplissant dans un temps prolongé. Mais, comme règle de droit, la solution est peut-être moins heureuse. A mettre, en effet, de côté la définition légale des infractions, on a d'abord l'inconvénient d'étendre à tous les délits des questions, qui en réalité ne se posent que pour certains d'entre eux : c'est ainsi que dans un délit continu, la pluralité des actes matériels, d'omission ou de commission, qui le composent, ne constitue nécessairement qu'une infraction unique, tandis que dans les délits instantanés continués, ce résultat ne se produit qu'après examen et sous réserve de certaines conditions. Ce qui prouve que les infractions ne se différencient pas simplement par leur mode d'exécution, mais aussi par leur nature intrinsèque. D'un autre côté, il est à craindre que la distinction nécessaire du délit d'avec ses suites n'arrive à s'obscurcir, si on n'a pas à priori, et d'une manière abstraite, une notion de l'infraction-type, qui ne peut être demandée qu'à sa définition légale. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, I, c; Dequois, 2<sup>e</sup> éd., n° 58.

4. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, I, b. Le terme de délit continu paraît préférable à celui quelquefois employé de *délits successifs*. Ce dernier implique, en effet, une série d'infractions se succédant sans interruption, alors que dans la réalité il y a une infraction unique se prolongeant. V. Ortolan, I, n° 743. Comp. Garçon, *Etude sur les délits continus ou successifs*, p. 5; Trébutien, II, n° 304 et suiv. On a également parfois nié qu'il y ait des infractions continues, sous prétexte qu'une action ne peut être continue, qu'elle ne peut être que successive, l'effort ne pouvant être fourni que pendant un temps très bref. V. P. Esmein, *Y a-t-il des infractions continues?* (*Rev. int. dr. pén.*, I, p. 113 et suiv.). Mais, c'est, à ce qui semble, d'une part, confondre l'action et les actes, lesquels seuls, supposant l'effort musculaire, sont de leur nature nécessairement instantanés, et d'autre part oublier qu'une infraction continue peut être constituée par une inaction, qui ne suppose aucun effort.

temps, comme par exemple le vagabondage, la séquestration de personne, la détention de faux poids ou fausses mesures, la possession de mesures non métriques, etc. V. art. 270 et 341; loi du 1<sup>er</sup> août 1905, art. 4; loi du 4 juillet 1837, art. 4.

Ce qui caractérise le délit continu, c'est la continuation en état de délit du délinquant<sup>5</sup>.

En général, les délits continus sont des délits d'omission, mais non pas nécessairement (exemples : la séquestration de personnes, la détention de faux poids ou de fausses mesures)<sup>6</sup>.

Dans les infractions continues, il convient d'observer :

1<sup>o</sup> que la prescription ne commence à courir qu'à partir de la cessation de la situation contraire au droit<sup>7</sup>;

2<sup>o</sup> qu'il peut y avoir plusieurs juridictions compétentes *ratione loci*;

3<sup>o</sup> qu'une loi nouvelle saisira, sans qu'il soit fait échec au principe de non-rétroactivité, la partie du délit qui s'est continuée depuis sa promulgation<sup>8</sup>;

4<sup>o</sup> que l'amnistie ne s'applique pas à la portion de l'infraction qui persiste après la promulgation de la loi d'amnistie;

5<sup>o</sup> et qu'enfin l'autorité de la chose jugée s'applique à tous les faits qui entrent dans le délit, même à ceux qui n'ont pas été relevés dans le jugement. Mais, celui-ci formant une interruption nécessaire, c'est un nouveau délit qui commence à partir de la condamnation, encore que le délinquant ne commette aucun acte personnel nouveau pour continuer l'état délictueux<sup>9</sup>.

## 2. Délits permanents.

On donne ce nom aux infractions, instantanées ou continues, qui ont des suites permanentes, et dont il appartient au juge

5. Qu'est-ce qui rend, en effet, une infraction continue? Suivant une première opinion, il conviendrait de s'attacher à la nature de l'action illicite; selon une deuxième, à la manière dont l'infraction a été exécutée; enfin, d'après une troisième, à la définition légale de l'infraction. C'est celle-ci qu'il paraît plus exact de suivre. Et, en effet, avec le premier système, on arrive à confondre le délit continu et le délit continué; et avec le second, à nier l'existence de délits continus, pour n'admettre que des délits instantanés et des délits successifs. Or, au point de vue de l'analyse du dessein criminel, les trois expressions de *délit instantané*, de *délit continu* et de *délit continué* ou *réitéré* ne sont certainement pas à identifier : le délit instantané est généralement l'explosion d'un sentiment passager de l'âme; les deux autres sont constitués par des mouvements plus durables, et le dernier par une réitération dans l'action illicite. Législativement ou judiciairement, cette analyse psychologique doit avoir une influence sur la répression.

6. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 57.

7. V. Cass., 22 mars 1902, S. 1903.1.383.

8. V. Cass., 6 novembre 1902, S. 1903.1.377.

9. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 116, I, b.

d'ordonner la suppression pour rétablir l'ordre juridique violé par le délit : tel est le cas, par exemple, d'une besogne mal plantée (c'est-à-dire contrairement à un plan d'alignement), d'un édifice qui excède la hauteur autorisée pour les constructions urbaines, ou d'un embarras de la voie publique <sup>10</sup>. V. art. 471, n° 4.

Au point de vue de la prescription, l'infraction permanente est à considérer comme un délit instantané, si elle a pour origine un fait instantané <sup>11</sup>, et comme un délit continu, si elle est constituée par un état continu <sup>12</sup>, la suite permanente de l'infraction ne pouvant en modifier la nature <sup>13</sup>.

Mais, il est important de remarquer que la prescription de l'infraction ne s'oppose pas à la suppression de la besogne mal plantée, ou à l'enlèvement de l'embarras qui gêne le passage sur la voie publique, sauf à les poursuivre par la voie civile, et non plus pénalement <sup>14</sup>. Arg. Code d'instruction criminelle, art. 161.

On notera aussi que l'infraction permanente ne peut pas donner lieu à des condamnations successives, quand le fait qui la constitue n'a été ni aggravé ni modifié par le contrevenant <sup>15</sup>.

10. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 47. Cass., 3 novembre 1870, S. 1870.1.446; 3 décembre 1891, S. 1892.1.48. Dans l'ancien droit, on entendait différemment cette expression; et on appelait *délits permanents* ceux dont il restait des vestiges, comme l'homicide, l'incendie ou l'effraction, par opposition aux *délits passagers*, qui étaient ceux qui ne laissaient aucune trace, tels que les injures verbales ou le vol sans effraction. Cfr. Jousse, I, p. 8.

11. V. Cass., 2 juin 1865, S. 1865.1.431; 1<sup>er</sup> mars 1867, S. 1867.1.340; 3 novembre 1870, S. 1870.1.416; 3 décembre 1891, S. 1892.1.48; 12 juillet 1912, *Bull. crim.*, n° 398.

12. V. Cass., 27 juillet 1860, *Bull. crim.*, n° 181; 29 août 1867, *Bull. crim.*, n° 208; 1<sup>er</sup> février 1872, S. 1872.1.351; 8 janvier 1885, *Bull. crim.*, n° 17; 28 juin 1912, *Bull. crim.*, n° 353.

13. La terminologie de la jurisprudence est un peu différente : au premier cas, elle parle d'infractions continues et non successives, au second, d'infractions successives et continues.

14. V. Cass., 1<sup>er</sup> août 1856, S. 1857.1.151; 11 août 1864, S. 1864.1.430; 4 juin 1910, S. 1911.1.296.

15. V. Cass., 3 janvier 1885, S. 1885.1.400.

## TROISIÈME PARTIE

### ÉTUDE DU DÉLINQUANT

#### § 32.

##### *Division.*

L'infraction étant, ainsi qu'il a été dit précédemment <sup>1</sup>, la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit, il convient d'étudier maintenant cette volonté dans la personne de son agent, après l'avoir vue dans sa réalisation extérieure, afin de savoir *contre qui et à quelles conditions* elle peut être retenue par le droit positif.

Quoique la conséquence de cette intervention du droit positif soit pareille dans les deux cas, et qu'elle comporte également la reconnaissance de la responsabilité pénale, il est néanmoins préférable de séparer les deux études, et de déterminer d'abord dans quels êtres peut se rencontrer la volonté criminelle, pour chercher ensuite à quelles conditions elle est punissable.

## TITRE PREMIER

### DU SUJET POSSIBLE D'INFRACTIONS

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la Justice criminelle en France*, 1771, I, préface, p. vi; II, p. 704 et suiv., 709 et suiv., et IV, p. 122; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n°s 488 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XLVI; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 65 bis; — Michoud, *La notion de la personne morale* (*Revue de droit public*, 1899, p. 193 et suiv.); — Hauriou, note dans S. 1897.3.113; — Roux, notes dans S. 1901.1.57; 1921.1.89; et 1923.1.95 (non signée); — Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899.

1. V. *suprà*, § 20.

## § 33.

*Détermination du sujet de l'infraction.*

Le droit pénal se proposant, au moyen des peines, de préserver la paix publique et de maintenir l'ordre juridique établi, il n'y a naturellement que les êtres sensibles à l'idée de peine qui puissent former les sujets actifs d'une infraction.

Il n'y a donc que les êtres humains que l'on puisse considérer normalement comme auteurs de délits, parce que seuls ils sont capables de comprendre le caractère social de la peine et d'y conformer leur conduite<sup>1</sup>.

Ce qui exclut du droit pénal :

- 1° les animaux, qui ne sont pas des êtres humains;
- 2° les cadavres, qui ne sont plus des êtres humains;
- 3° les personnes morales, qui sont des êtres fictifs<sup>2</sup>.

Ces solutions paraissent naturelles.

Historiquement, elles n'ont pas cependant été toujours reconnues.

1. *Animaux.*

Dans l'ancien droit français, en effet, les animaux pouvaient être retenus dans les procès criminels à deux points de vue différents : comme auteurs d'infractions, et comme objets du délit dans le crime de bestialité. Au premier cas, on les considérait comme capables de délinquer; au second, on les faisait disparaître, en les brûlant avec les pièces du procès, pour qu'il ne restât aucun vestige du crime puni. Sous cette dernière forme, on trouve encore des procès impliquant des animaux au milieu du xviii<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>.

Très vraisemblablement, à la base de ces exagérations, il y a une déformation du droit canonique, qui, non pas pour punir

1. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 255 et suiv.

2. Et à plus forte raison, les choses inanimées. On trouve toutefois dans certains arrêts la formule suivante : « D'une peine qui affecte un établissement trouvé en délit ». V. Cass., 9 décembre 1915, S. 1916.1.138; 17 février 1916, S. 1918.1.23; 7 mars 1918, S. 1921.1.89; 10 mai 1918, S. 1921.1.91. Mais, ce serait certainement dénaturer la pensée de la jurisprudence, que de lui supposer la conception d'une chose matérielle considérée comme auteur d'une infraction. Sa formule est simplement équivoque.

3. V. B. Chasseneux, *De excommunicatione animalium insectorumque*, Lyon, 1538; Ayrault, *Ordre, formalités et instr. judiciaires*, liv. IV, 1<sup>re</sup> part., n<sup>o</sup> 25 et 26; Jousse, préface, I, p. III et suiv. Comp. Ortolan, I, n<sup>o</sup> 480; Bérriat-Saint-Prix, *Rapports et recherches sur les procès faits aux animaux*, 1829; Brissaud, *Cours. gén. d'hist. du dr. français*, p. 1363 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 17, note 4, et p. 82, note 2.

l'animal, mais pour atteindre le démon qui avait pris possession de son corps, et à titre d'exorcisme, admettait qu'on suppliciat la bête inconsciente.

C'est la Révolution française qui a mis fin à ces pratiques, et restreint le droit pénal aux personnes humaines.

2. *Cadavres.*

Egalement, l'ancien droit permettait, dans quelques crimes particulièrement exorbitants, qu'afin de servir d'exemple aux autres scélérats, et pour les intimider, on punisse, même après leur mort, ceux qui les avaient commis. L'ordonnance criminelle de 1670 renfermait un titre spécial sur la manière de faire le procès à un cadavre, ou à la mémoire du défunt. La peine était ensuite exécutée sur le corps, s'il avait été conservé, et au cas contraire par effigie sur une figure d'homme ou de femme représentant le défunt, ainsi que sur ses biens<sup>4</sup>.

C'est encore la Révolution française qui a fait cesser ces exagérations, qui contenaient une double injustice : inaptitude du châtement appliqué à un être insensible, et inaptitude de la condamnation prononcée contre un délinquant qui n'avait pas pu se défendre personnellement. Rétablissant les vrais principes, elle a proclamé la double règle de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence de l'individu mort avant d'être jugé, qui ont passé dans le droit moderne. V. Code du 3 brumaire an IV, art. 7; Code d'instruction criminelle, art. 1<sup>er</sup> et 2.

3. *Personnes morales.*

Acceptant facilement l'idée de responsabilité collective soit entre les membres de la même famille, soit en dehors de la famille dans les groupements d'individus, l'ancien droit français déclarait que les personnes morales, comme les communautés de villes, collèges, monastères, corps de métiers, ou corps en général, pouvaient être censées délinquer, quand le délit commis avait été précédé d'une assemblée ou délibération, ou qu'il avait été accompli par ceux qui en étaient les directeurs. L'ordonnance criminelle de 1670 avait également un titre particulier sur la manière de faire le procès aux corps et communautés, et sur les peines applicables en pareille matière<sup>5</sup>.

4. V. Ordonnance crim. de 1670, tit. 22; Jousse, II, p. 709.

5. V. Ord. crim. de 1670, titre XXI; Farinacius, quest. 24; Julius Clarus, quest. 16;

On doit encore au droit de la Révolution d'avoir enfermé la responsabilité pénale dans des limites plus étroites.

La peine perd son caractère et son objet, lorsqu'on l'applique à un être fictif, qui ne sent pas, ne comprend pas, et ne veut pas. En frappant une société d'une peine, on frappe en réalité les individus qui la composent. L'avertissement de la répression est pour eux, comme l'est aussi la souffrance. Mais, on punit indistinctement les innocents et les coupables, les individus qui ont désapprouvé l'acte délictuel et ceux qui l'ont conseillé, ceux qui ne l'ont pas voté comme ceux qui l'ont délibéré : la peine cesse donc d'être personnelle aux auteurs du délit <sup>6</sup>.

La solution du droit révolutionnaire a passé dans le droit moderne.

Les personnes morales, qu'elles appartiennent au droit public, ou qu'elles soient du droit privé, comme les sociétés commerciales, ne sont pas pénalement responsables : la peine n'atteint que les personnes physiques, qui les représentent, et chez qui peut se rencontrer la volonté criminelle <sup>7</sup>. Arg. art. 123 et 124.

Cette règle est générale <sup>8</sup>.

Jousse, II, p. 704; Serpillon, II, p. 205; Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France*, p. 677. Dans la solution admise par l'ancien droit, il y a peut-être aussi, en frappant les corps politiques, le souci de reconstituer la notion de l'Etat.

6. V. Ortolan, I, n° 491 et suiv.; Garçon, *Code pén. ann.*, sous la rubrique du liv. I, n° 94; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 65-2. *Contra*, Mestre, *La responsabilité délictuelle des personnes morales*; Hauriou, note dans S. 1911.3.137 sous un arrêt du Conseil d'Etat du 20 janvier 1911 (aff. *Delpech*). Les partisans de la théorie de la réalité des personnes morales qui acceptent la responsabilité pénale de ces personnes feront bien de méditer l'espèce jugée par le Conseil d'Etat, où pendant cinq mois, dans les durs mois d'hiver, un maire refusa obstinément à un instituteur et à sa famille la clef du logement de l'école communale, en sorte que ceux-ci n'eurent pour abri qu'un hangar ouvert à tous les vents. Si, à la suite de cet acte inhumain, l'instituteur ou l'un des siens avait contracté une maladie mortelle, pense-t-on qu'une indemnité pécuniaire infligée à la commune aurait été une répression suffisante, et qu'elle eût répondu au sentiment de la justice? Le besoin de sécurité sociale, dont se préoccupe justement le droit pénal, n'est qu'incomplètement garanti avec la punition de personnes morales, qui, comme celles appartenant au droit public, ne peuvent pas être supprimées et ne sont susceptibles tout au plus que d'être frappées dans leurs biens : il faut de toute nécessité atteindre et punir ceux qui décident et agissent en leur nom. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 263; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 65-3.

7. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous la rubrique du livre I, n° 97 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 258 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 65-2. Cass., 10 mars 1877, S. 1877.1.336; 15 novembre 1894, *Bull. crim.*, n° 278; 24 novembre 1899, S. 1902.1.296; 25 mars 1904, S. 1906.1.104; 2 décembre 1905, S. 1908.1.558; 2 février 1911, *Bull. crim.*, n° 71; 10 août 1916, D. P. 1917.1.118; 30 juin 1922, *Bull. crim.*, n° 287.

8. On a toutefois prétendu qu'il subsistait encore dans le droit moderne quel-

Elle s'applique aux infractions inintentionnelles, appelées, à tort d'ailleurs, matérielles <sup>9</sup>, comme aux infractions intentionnelles <sup>10</sup>; et aussi bien aux délits spéciaux punis d'amendes, qui possèdent partiellement le caractère de réparation civile <sup>11</sup>, qu'aux délits de droit commun <sup>12</sup>.

ques vestiges de poursuite contre les corps ou communautés. En ce sens, on a cité, en matière disciplinaire l'article 14 de la loi du 30 août 1883, sur la réforme de la magistrature, et l'article 12 du décret du 30 janvier 1890, relatif au notariat; et en matière pénale les articles 485, 492, alinéa 3, 494 et 501 du Code d'instruction criminelle, qui supposent un crime commis dans l'exercice des fonctions par un tribunal. Mais, hormis ce qui est dit formellement par l'article 12 du décret du 30 janvier 1890, lequel permet de suspendre et de dissoudre la *Chambre de discipline* de la Chambre notariale, lorsqu'elle a manqué gravement à ses devoirs, il est douteux qu'en matière pénale, sous l'expression de *tribunal*, mentionnée dans les articles précités du Code d'instruction criminelle, il faille admettre une poursuite exercée contre la juridiction envisagée *ut corpus*, et non pas contre ses membres, inculpés *ut singuli*. En faveur de cette dernière opinion, qui a été suivie par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 frimaire an X (S. chr.), et qui respecte les principes fondamentaux du droit pénal moderne, on peut faire valoir une double considération. La première, c'est que toute poursuite contre une personne morale nécessite la nomination d'un syndic, qui représentera en justice l'être moral. Il en était ainsi dans l'ancien droit. V. Ordonn. criminelle de 1670, titre 21, article 2; Jousse, II, p. 705. Or, dans aucun des textes du Code d'instruction criminelle il n'est fait allusion à cette nomination. L'autre considération est fournie par l'article 185 du Code pénal, lequel prévoit, en cas de déni de justice commis par un tribunal, des pénalités qui ne sont applicables qu'à des personnes physiques. Si le législateur n'a pas établi d'autres peines, c'est qu'il n'a pas envisagé comme possible la responsabilité pénale du tribunal *ut corpus*. V. Baudouin, *Le secret du délibéré*, dans le *Journal des Parquets*, 1908, 1<sup>re</sup> partie, p. 58 et suiv.

9. V. Cass., 8 mars 1883, S. 1885.1.470; 17 décembre 1891, S. 1892.1.167; 6 avril 1894, S. 1891.1.376; 2 février 1911, *Bull. crim.*, n° 71. *Addé infra*, § 34, note 3.

10. V. Cass., 24 novembre 1899, S. 1902.1.296.

11. Du moins d'après la jurisprudence. V. Cass., 22 juillet 1911, S. 1912.1.290. Il convient de dire toutefois qu'une jurisprudence plus récente paraît admettre la responsabilité pénale des sociétés commerciales en matière de contraventions aux lois sur les contributions indirectes, en se fondant sur la triple considération, qu'il s'agit d'infractions purement matérielles, que les amendes y ont le caractère moins d'une peine que de réparation du préjudice causé à l'Etat, et que l'article 35 du décret du 1<sup>er</sup> germinal an XIII ne distingue pas les propriétaires selon qu'ils sont des personnes réelles ou des sociétés. V. Cass., 7 mars 1918, S. 1921.1.89; 28 mai 1925, *Bull. crim.*, n° 171; 28 mai 1925, S. 1926.1.95. Mais, il est visible que la première raison repose sur une équivoque; car, si on maintient dans ces infractions l'excuse de force majeure ou du cas fortuit, il est clair qu'on leur conserve l'élément moral comme condition de la responsabilité pénale; et cet élément qui suppose une volonté fautive, est aussi étranger aux personnes morales dans ces contraventions que dans les autres matières. Il est évident, d'autre part, qu'il y a antinomie à parler de responsabilité pénale à raison du fait d'autrui, si l'amende fiscale, comme le prétend la jurisprudence, a un caractère principalement de réparation civile. Et enfin, il est manifeste que le défaut de distinction que l'on relève dans l'article 35 du décret du 1<sup>er</sup> germinal an XIII se rencontrant également dans le Code pénal et la plupart des lois pénales, c'est toute la théorie de l'irresponsabilité pénale des personnes morales qui s'effondre, irresponsabilité cependant que proclame encore la Cour de cassation dans ces mêmes arrêts.

12. V. Cass., 10 mars 1877, S. 1877.1.336; 17 décembre 1891, S. 1892.1.167; 10 août 1916, D. P. 1917.1.118.

Mais, les personnes morales, étant des personnes au regard du droit privé et possédant un patrimoine, peuvent, dans les termes du droit commun, encourir une responsabilité civile à raison des délits commis par leurs administrateurs ou employés<sup>13</sup>. V. Code civil, art. 1384.

Même en droit pénal, elles peuvent être soumises aux mesures de sûreté, qui, à la différence des peines proprement dites, n'exigent pas les conditions de la responsabilité pénale<sup>14</sup>.

Elles peuvent aussi, à titre de cautions légales, mais en vertu de dispositions particulières, être civilement responsables des amendes prononcées contre leurs préposés<sup>15</sup>.

Enfin, la fiction, qui fait attribuer la personnalité à des groupements d'individus, peut exceptionnellement, dans le but d'obtenir une répression plus énergique, avoir fait admettre par le législateur une responsabilité pénale à la charge des corps ou communautés. Il peut, en effet, se présenter telles circonstances, ou tel état social, où, pour mieux atteindre les individus, il paraisse nécessaire d'abandonner le principe de la personnalité

13. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous la rubrique du livre I, n° 109; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 260; Cass., 30 novembre 1878, *Bull. crim.*, n° 232; 6 décembre 1894, *Bull. crim.*, n° 305; 8 février 1901, D. P. 1901.1.485. L'admission de cette responsabilité civile est-elle, dans la théorie que les personnes morales sont des êtres fictifs, contradictoire avec leur absence de responsabilité pénale? On l'a prétendu. A la base de l'une et l'autre responsabilité, a-t-on dit, est une condition semblable de faute; et un être, supposé fictif par définition, est aussi incapable de volonté en droit privé qu'en droit pénal. V. Becqué, *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du fait d'autrui*, p. 42 et suiv. Mais, si on réfléchit, on aperçoit que la contradiction n'est qu'apparente. On ne peut, en effet, nier, d'une part, que le droit civil et le droit pénal poursuivent deux buts distincts, l'un la réparation d'un dommage, l'autre l'intimidation des délinquants; et, d'autre part, que le premier est favorable aux fictions alors que le second y répugne visiblement. Dans ces conditions, il n'y a rien d'illogique à ce que, placés en présence de la reconnaissance juridique des personnes morales, ces deux droits, partant de vues différentes, aient aboutis à des solutions opposées; et que l'un ait compris les personnes morales parmi les sujets possibles d'obligations, tandis que l'autre les excluait du nombre des sujets possibles d'infractions.

14. V. *infra*, 4<sup>e</sup> partie.

15. V. notamment, l'article 20 de la loi du 9 juillet 1836, sur la navigation intérieure, les articles 41 et 42 du décret du 9 janvier 1852, sur la pêche côtière; et l'article 26 de la loi du 2 novembre 1892, sur le travail dans les manufactures. On a parlé, dans les cas de ce genre, d'une responsabilité pénale, et on a prétendu en trouver le fondement tantôt dans une prétendue complicité du commettant avec le préposé (Chauveau et F. Hélie, I, n° 130), tantôt sur une présomption de faute (Garraud, 2<sup>e</sup> éd., II, n° 637). Mais, on n'a pas observé que ni l'une ni l'autre de ces explications ne rendait complètement compte des solutions légales: la première, en effet, n'explique pas que, par dérogation à l'article 59 du Code pénal, la peine du complice soit limitée aux pénalités pécuniaires encourues par l'auteur principal; et la seconde ne justifie pas l'absence de condamnation contre le propriétaire en cas de décès du préposé avant le jugement. Comp. Cass., 4 novembre 1898, S. 1901.1.57.

de la peine, et d'établir une responsabilité collective frappant le corps lui-même<sup>16</sup>.

On trouve des exemples de cette responsabilité pénale dans quelques lois particulières, notamment dans la loi du 10 vendémiaire an VI<sup>17</sup>; — dans les articles 86, 93 et 96 de la loi du 21 avril 1810, sur les mines; — dans les articles 12 et 14 de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer; — dans l'article 8 de la loi du 17 juillet 1874, sur l'Algérie<sup>18</sup>; — et dans un certain nombre d'articles du Code forestier (art. 72, 73, 74, 75, 77, 83 et 85).

## TITRE DEUXIÈME

### DES PERSONNES PUNISSABLES

#### CHAPITRE PREMIER

##### Des éléments simples de la responsabilité pénale.

#### SECTION PREMIÈRE

##### DES CONDITIONS FONDAMENTALES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n°s 220-231; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § XLIX; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n°s 107-118.

### § 34.

#### *Conditions essentielles de la responsabilité pénale.*

S'il n'y a que les êtres humains qui puissent être les sujets des infractions, parce qu'ils sont seuls à comprendre l'idée de peine, il est également manifeste que tout être humain ne peut pas être déclaré pénalement responsable d'un acte, qui léserait le droit d'autrui. L'impropriété et l'inaptitude de la peine, qui écartent celle-ci des animaux et des personnes morales, peuvent, pour des motifs semblables, la faire rejeter à l'égard de certaines personnes physiques<sup>1</sup>.

16. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous la rubrique du livre 1<sup>er</sup>, n°s 113 et suiv.

17. Les articles 106 à 109 de la loi municipale du 5 avril 1884 ont actuellement substitué à cette responsabilité pénale une responsabilité civile.

18. Remplacé par l'article 130 de la loi du 21 février 1903, qui maintient le système des amendes collectives.

1. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 273 et suiv.

Les pages

142-143 sont

manquantes.

Elles seront insérées  
à  
haut.

21 juillet 2007

## § 36.

*De la liberté.*

La liberté, qui est la seconde condition de la responsabilité pénale, consiste dans le pouvoir laissé à l'individu de se décider lui-même, et d'imprimer à ses actes la direction qu'il a choisie.

La liberté que la loi exige, n'est pas simplement la liberté physique, qui réside dans l'absence d'obstacle matériel empêchant l'activité humaine de s'épancher suivant un certain cours. C'est aussi et également la liberté morale, qui suppose l'absence de contrainte exercée sur la volonté de l'individu, pour lui imposer une activité déterminée.

Pour être responsable, l'individu doit donc avoir agi librement, c'est-à-dire avoir voulu spontanément ce qu'il a fait, et avoir pu aussi bien ne pas faire, que faire, ce qu'il a accompli.

Au regard des doctrines positivistes, la croyance en la liberté morale est une illusion. L'homme ne se détermine pas; il est déterminé, poussé vers un but qu'il n'a pas choisi, et que fixe la force, interne ou externe, qui est prépondérante dans son esprit au moment de son acte. Il ne commande pas, il obéit aux multiples impulsions, concordantes ou opposées, qui impressionnent son cerveau, et qui proviennent de son hérédité, de son éducation, du milieu dans lequel il vit, ou des impressions du moment présent. Il est esclave quand il se croit le maître de sa destinée<sup>1</sup>.

Sans poser la question du libre arbitre sur le terrain métaphysique, le droit positif se place à un point de vue plus simple. Il aperçoit une distinction, fondée ou non, peu importe, en tout cas réelle, entre les individus qui vivent en société. Il a vu que les uns obéissent à une force irrésistible, et ne peuvent pas agir autrement qu'ils ont fait, au lieu que les autres auraient pu ne pas faire ce qu'ils ont fait, qu'ils l'avouent, et le reconnaissent eux-mêmes, justifiant leur conduite par des raisons, c'est-à-dire par des motifs auxquels ils ont souscrit, mais qu'ils auraient pu aussi repousser. Aux premiers, le droit positif ne demande pas compte de leur conduite; il retient au contraire les seconds, parce qu'ils avaient la possibilité de résister à leurs suggestions, et qu'ils ne l'ont pas voulu. Il ne cherche pas à

1. « L'homme agit comme il sent et non comme il pense » (E. Ferri, *Sociologie crimin.*, p. 324).

savoir si celle force de résistance, dont ils ont fait un mauvais usage, ils la doivent à eux-mêmes, à leur éducation ou à leur milieu, et s'ils ont accru ou diminué l'héritage paternel; il se borne à examiner s'ils l'ont.

Toute la théorie de la responsabilité pénale est fondée sur cette croyance en la liberté morale que tout homme normal porte en soi, dont chacun se réclame quand il est question de récompenses ou d'honneurs, et qu'il est également juste de conserver, quand il s'agit de démerite et de peines.

## SECTION DEUXIÈME

## DE LA FAUTE

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, II, p. 605 et suiv.; — Garrand, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ L, LI, LII, LIII; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., nos 119-137; — Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, 1907, p. 22 et suiv.

## § 37.

*Pas de responsabilité pénale sans faute.*

C'est un principe certain, que d'après le droit positif, il n'y a pas de responsabilité pénale sans l'existence d'une faute. La peine est considérée comme une sanction morale; elle serait donc une iniquité, si elle était prononcée contre un individu exempt de faute. Arg. art. 64.

Quelque naturelle que paraisse actuellement cette idée, elle n'a été cependant acquise que difficilement et lentement.

Dans le droit frank, comme d'ailleurs dans les législations primitives, le droit pénal était construit sur une responsabilité purement matérielle; il suffisait d'être l'auteur d'un fait défendu par la loi pour en être puni: le dommage remplaçait la culpabilité, et l'idée de risque la condition de faute.

Ces notions, fortement enracinées dans la tradition, n'avaient pas complètement disparu à la fin de l'ancien régime, qui en conservait encore d'importants vestiges. C'est à elles qu'il convient de rattacher, non seulement l'obligation de prendre des lettres de rémission en cas d'homicide commis par cas forsuit ou en état de légitime défense, mais la notion d'infamie, qui atteignait les enfants innocents des crimes de leurs parents, les exceptions au principe de la personnalité des

peines, et même la responsabilité pénale des personnes morales.

Depuis longtemps cependant, grâce à l'influence du droit canonique, fortifiée par l'action du droit romain, la conception de la responsabilité pénale, liée à l'idée de faute, avait pénétré le droit criminel. Dans le délit, l'intention devenait l'élément essentiel, parce que ce que l'on cherchait à punir « c'est l'âme qui a péché, et qu'il faut guérir, purifier, relever par l'expiation »<sup>1</sup>.

Sous l'action des criminalistes italiens du xvi<sup>e</sup> siècle, la doctrine française posa finalement, comme maxime constante, que « là où il n'y a point de dol, il n'y a point de crime, et par conséquent il ne peut pas y avoir de peine, mais seulement des dommages et intérêts contre l'auteur du délit »<sup>2</sup>. Elle ne parvenait toutefois ni à dégager de l'idée de faute toutes les conséquences légitimes, ni à en débarrasser l'étude de la terminologie, un peu creuse et inutile, que les civilistes avaient empruntée au droit romain.

Au contraire, le droit révolutionnaire a fait de la règle « pas de responsabilité pénale sans faute » un dogme général dont il a tiré de nombreuses conséquences, en particulier : le principe de la personnalité des peines, la suppression de la note d'infamie, le caractère légal du droit pénal, et la non-rétroactivité de la loi pénale. V. Déclaration des Droits de l'homme de 1789, art. 8; loi du 21 janvier 1790, art. 2; Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> partie, titre 2, sect. 1<sup>er</sup>, art. 1<sup>er</sup>. — Le droit moderne a suivi cet exemple.

Il convient donc de voir dans l'article 64 du Code pénal, non pas la règle de droit elle-même, mais seulement l'application d'une règle plus générale; car si le défaut d'intelligence ou de liberté est exclusif de toute idée de faute, l'absence de faute peut encore se rencontrer, en dehors de celui-ci, chez un auteur qui, au temps de l'action, n'est ni dément ni contraint. Arg. art. 327 et 328.

Et il faut observer encore que cette règle de droit embrasse toutes les infractions, quelle que soit leur nature, aussi bien les contraventions de police que les crimes et les délits<sup>3</sup>.

#### *Des présomptions de faute.*

Quelque général que soit le principe qui vient d'être indiqué, et quoique le droit pénal répugne justement aux

1. V. Saleilles, *L'indiv. de la peine*, p. 23.

2. V. Jousse, II, p. 306.

3. V. Cass., 12 octobre 1850, S. 1853.1.464; 14 août 1852, S. 1853.1.320.

fictions, il existe cependant un certain nombre de cas où, exceptionnellement, pour obtenir une meilleure incidence de la peine, ou assurer une répression plus énergique, on rencontre une responsabilité pénale, qui repose plus sur une présomption de faute que sur une faute réelle<sup>4</sup>.

Il en est ainsi en matière de *complicité*, où la loi fait supporter au complice les circonstances aggravantes, tenant au fait ou à la personne de l'auteur principal, ignorées de lui. Arg. art. 59. On a beau prétendre que le complice n'a qu'une criminalité d'emprunt, et qu'il a signé un blanc-seing, auquel il doit faire honneur; il n'en est pas moins vrai qu'il n'a pas pu vouloir ce que sa conscience ignorait; et que sa responsabilité dépasse ce qu'il avait l'intention de commettre.

Il en est de même dans les cas de *responsabilité pénale du fait d'autrui*, lorsqu'on impute à un patron, ou à un commettant, le délit commis par son préposé. On voit bien dans les hypothèses où cette responsabilité a été admise, qu'une négligence, un défaut de surveillance, peuvent être reprochés au maître; mais, c'est tout. Lui imputer en outre le délit commis par son ouvrier, et supposer l'infraction accomplie par lui-même (*factum præpositi, factum domini*), c'est lui attribuer une volonté qu'il n'a pas eue.

Une extension semblable se trouve également dans les *délits qualifiés par leurs résultats*, en vertu de l'adage « *vulnera ad*

4. Une présomption d'ailleurs n'est pas une fiction. Entre elles, il n'y a pas seulement une différence de procédé, élargissant dans un cas la règle de droit pour y comprendre des faits primitivement exclus (*fiction*), et ajoutant dans l'autre une qualité à des faits pour les faire rentrer dans la règle de droit maintenue avec sa rigueur ancienne (*présomption*). Il y a aussi une différence de nature. La fiction est l'attribution consciente d'une qualité ou d'une condition que l'on sait positivement ne pas exister : par exemple, en droit civil, la représentation successorale qui fait concourir un héritier d'un degré plus éloigné avec des héritiers plus rapprochés, ou la représentation du mineur par son tuteur qui fait considérer l'acte fait par ce dernier comme accompli par le premier. La présomption est simplement la supposition d'une condition ou d'une qualité, qui peut manquer mais qui peut également se rencontrer : et parce qu'il est plus habituel qu'elle se rencontre, elle dispensera d'en faire la preuve, et quelquefois interdira de faire la preuve du contraire (*présomptions juristantum et présomptions juris et de jure*). On conçoit que le droit pénal, tout en répugnant aux fictions, ait pu cependant accorder une certaine place aux présomptions, voire même aux présomptions irréfragables (mesure de la responsabilité encourue par le complice, et fondement de la responsabilité du gérant de journal). On ne peut même pas dire que toute fiction lui soit étrangère (exemple : responsabilité pénale du fait d'autrui; et admission dans certains cas exceptionnels de la responsabilité pénale des personnes morales). Sur les fictions en droit pénal, v. Roux, dans le volume du Cinquantième de la *Rivista penale*, Citta di Castello, 1925, p. 497 et suiv.

*mensuram non danur* », lorsque celles-ci ont dépassé les prévisions de leur auteur. V. art. 309, 312, 351 et 353.

Enfin, on trouve encore une exception, en matière de *délits de presse*, dans la responsabilité du gérant, considéré comme l'auteur du délit commis par la voie de la presse. V. loi du 29 juillet 1881, art. 42. Bien que le délit de presse consiste dans la publication, et que celle-ci soit imputable au gérant qui l'a ordonnée, il est néanmoins vrai de dire, qu'en laissant imprimer un article diffamatoire, le gérant est ordinairement coupable de négligence, d'imprudence, rarement de dol : c'est cependant une responsabilité intentionnelle que l'on retient contre lui.

Mais il convient d'observer que dans toutes les hypothèses qui précèdent, une faute personnelle peut être reprochée au délinquant (*scire debuisse et potuisse, culpa est*) : le principe « pas de responsabilité sans faute » demeure donc respecté; ce qui est exceptionnel, c'est le caractère donné à la responsabilité pénale, comme conséquence de cette faute.

#### *De la compensation des fautes.*

En droit civil, la responsabilité d'un débiteur peut se trouver atténuée, et même disparaître, lorsqu'une faute peut être également imputée au demandeur : notamment, en matière d'accidents, la faute commise par la victime pourra dispenser l'auteur du fait dommageable de la réparation des conséquences de sa propre faute<sup>5</sup>.

Mais, en ce qui concerne la responsabilité pénale, la compensation des fautes ne s'y applique point : l'acte fautif d'un individu ne saurait justifier et légitimer l'acte fautif d'un autre; les fautes restent distinctes, personnelles et indépendantes.

Il en est ainsi, non seulement quand la faute concurrente est imputable à la victime, parce que l'infraction, outre l'intérêt privé, blesse l'ordre public, mais encore quand cette faute est relevée à la charge des représentants légaux de la société, parce que ceux-ci ne peuvent pas légitimement dispenser de l'exécution de la loi.

C'est par une conséquence de cette idée que dans les délits d'imprudence, l'accident survenu par la faute commune de la victime et de l'auteur de l'acte n'en demeure pas moins punissable à la charge de celui-ci<sup>6</sup>.

5: V. Demolombe, *Des contrats*, VIII, n° 502 et suiv.

6. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1414; Blanche, V, n° 19; Garçon, *Code pén.*

Et c'est par une autre application de la même idée, que la tolérance administrative à ne pas faire exécuter les prescriptions d'une loi ou d'un règlement de police municipale ne supprime pas la responsabilité pénale encourue du fait de cette inobservation<sup>7</sup>.

Exceptionnellement, en matière d'injures verbales, la réciprocité des injures est une cause d'exonération de la responsabilité pénale<sup>8</sup>.

#### § 38.

#### *Définition de la faute.*

On peut définir la faute la qualification injuste donnée à la volonté, à raison de la direction qu'elle a imprimée à l'activité du corps humain<sup>1</sup>.

C'est la loi qui détermine cette qualification; et, par conséquent, la faute a un caractère légal.

La faute peut consister aussi bien dans une abstention, une inaction, qu'en un fait positif. Arg. Code du 3 brumaire an IV, art. 1<sup>er</sup>.

D'un autre côté, étant l'appréciation du démerite de la volonté, la faute comporte logiquement des degrés, suivant l'objet que la volonté a embrassé. Celle-ci peut, en effet, ou bien porter sur l'acte qui est fait et ses conséquences, ou simplement sur cet acte sans ses conséquences<sup>2</sup>.

C'est ainsi d'abord que l'on peut vouloir un acte et ses résultats; et l'on fait l'un parce que l'on désire les seconds. C'est

*ann.*, sous l'article 319, n° 49 et suiv. Cass., 16 juin 1864, S. 1865.1.98; 4 novembre 1865, D. P. (1866.5.242; 21 janvier 1870, S. 1870.1.439; 22 février 1883, S. 1885.1.464; 16 novembre 1888, S. 1891.1.91; 13 novembre et 5 décembre 1890, *Bull. crim.*, n° 225 et 247. Mais le dualisme des fautes peut être retenu comme une cause d'atténuation de la peine par le juge. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 319, n° 50. Cass., 26 février 1903, *Bull. crim.*, n° 87. Comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 135.

7. V. *supra*, § 13, note 5.

8. Mais, ce serait à tort qu'on élargirait cette exception, et qu'on prétendrait expliquer par ce moyen, soit la théorie de la légitime défense, soit l'excuse de provocation. La légitime défense ne suppose pas, en effet, nécessairement une agression fautive (défense contre un fou ou un animal par exemple), et l'excuse de provocation trouve son fondement direct et immédiat dans la colère causée par l'insulte subie.

1. Dans un sens plus étroit, les anciens criminalistes, distinguant le dol (*dolus*) de la faute (*culpa*), entendaient par cette dernière expression toute action ou omission qui se fait par imprudence ou par négligence, au préjudice de quelqu'un. V. Jousse, II, p. 606.

2. V. Ortolan, I, n° 249; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 284.

le cas du meurtrier, du voleur, qui accomplissent l'acte de tuer, de soustraire, parce qu'ils veulent le résultat, la mort de leur victime ou son dépouillement (*délits intentionnels*).

Mais, on peut aussi vouloir un acte sans la conséquence dommageable, que cet acte a entraînée. C'est le cas de l'individu, qui jette d'une fenêtre un objet, dont la chute blesse une personne qui passait dans la rue. L'auteur du fait a voulu l'acte, le jet de l'objet, mais non son résultat, la blessure du passant (*délits par imprudence*).

Aux deux éléments qu'embrasse la volonté, correspondent donc logiquement deux degrés de faute :

1° le plus bas constitué par l'*imprudence* (maladresse, inattention ou négligence) de l'agent (*culpa*);

2° le plus élevé caractérisé par son *dol* (*dolus*).

#### 1. Théorie de l'imprudence et de la négligence.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, III, p. 319 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § LI; — Sauvard, *Le délit d'imprudence*, Paris, 1899; — Morel, note dans S. 1914.1.249.

#### § 39.

L'imprudence et la négligence sont des termes synonymes. Le premier cependant marque plus spécialement une activité fautive, au lieu que le second concerne une abstention ou une possession fautives.

Elles peuvent résulter soit d'un fait licite en soi, soit d'un fait qui est déjà illicite, comme l'inobservation des règlements. V. art. 319.

Dans l'imprudence et la négligence, il y a deux éléments à séparer : le défaut de prévoyance à n'avoir pas prévu le résultat que produirait la manifestation d'activité (*imprévoyance de l'effet*); et le manque de précaution, qui, si elle avait été prise, aurait empêché le résultat dommageable de se produire (*imprévoyance des moyens*).

Le premier élément, supposant l'appréciation de l'intelligence de l'individu, doit être déterminé *in concreto*.

Ainsi, on exigera plus de prudence d'un homme adulte que d'un enfant, d'un homme instruit que d'un individu grossier, d'un professionnel que d'un non-professionnel. Si l'excuse de bonne foi est étrangère aux délits par imprudence, conformé-

ment à l'opinion généralement reçue, il est cependant vrai qu'elle trouve une certaine admission dans l'ignorance de l'effet produit.

L'autre élément au contraire, le manque de précaution, doit être apprécié *in abstracto*.

Et, en effet, une fois que l'attention est éveillée sur les suites possibles de l'activité que l'on désire réaliser, c'est la diligence qu'eût déployée en pareille circonstance un homme prudent, que l'on doit également avoir. La loi fait un devoir de s'abstenir à celui qui est incapable de la tenir; car elle cherche, par la répression des délits d'imprudence, à fortifier le sens moral des individus, et à introduire dans les rapports sociaux plus d'attention, d'exactitude et de soins <sup>1</sup>.

Lorsqu'un accident est survenu, sans que celui qui l'a produit par son fait soit descendu au-dessous du minimum de prévoyance et de précaution, exigé par la loi, on dit que l'accident est *casuel*; il est l'effet de circonstances malheureuses et fortuites, qui dépassaient les prévisions humaines légalement imposées : il n'y a dans ce cas ni crime, ni délit, ni contravention <sup>2</sup>.

C'est le cas, par exemple, du maçon ou du couvreur, qui réparent le toit d'un bâtiment, et en laissent tomber des matériaux qui blessent un passant; ou encore du bûcheron qui, en élaguant un arbre, tue quelqu'un. S'ils ont pris la précaution de mettre un signal pour avertir les passants, ou de crier au moment de la chute des pierres ou des branches, l'homicide ou les blessures seront casuels. Mais, s'ils n'ont pas pris ces précautions, l'homicide et les blessures constitueront un délit par imprudence <sup>3</sup>.

Il en est de même de celui qui a causé un accident en conduisant une voiture ou un cheval. S'il mène son véhicule ou son animal à une allure modérée, avec la prudence et le soin d'un conducteur habitué à conduire un attelage, et en tenant compte des circonstances de lieu et de temps où il se trouve,

1. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 296, et V, n° 2050 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 128 et suiv. V. en droit romain, loi 31 Dig., *Ad legem Aquilianam*, livre IX, titre 2 : « *Culpam autem esse, quod, cum a diligentibus provideri possit, non esset provisum, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non possit* ». Les anciens criminalistes, tels que Farinacius (quest. 88), Jousse (II, p. 606), distinguaient trois sortes de fautes ou de négligences : la *faute grossière*, la *faute légère* et la *faute très légère*. Il est visible que cette classification, empruntée aux civilistes, est aussi peu fondée en droit pénal qu'en droit civil. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 112.

2. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 296.

3. V. loi 31 Dig., *Ad legem Aquilianam*, livre IX, titre 2.

l'accident est casuel, et ne lui est pas imputable<sup>4</sup>. Mais, sa responsabilité est au contraire engagée, s'il allait à une allure désordonnée, à une vitesse excessive, ou s'il était incapable de conduire l'attelage qu'il dirigeait, ou s'il était oublieux des conditions de temps et de lieu dans lesquelles il se trouve<sup>5</sup>.

L'imprudence s'apprécie en tenant compte de ces éléments divers.

Elle suppose donc pour être constituée une double condition :

1° d'abord que l'agent matériel du délit n'ait pas prévu ce qu'il pouvait et devait prévoir (*prévisibilité de l'événement*);

2° ensuite, que la faute à n'avoir pas prévu ce qui devait être prévu ait une certaine gravité (*gravité de l'omission*)<sup>6</sup>.

#### *Des variétés de l'imprudence.*

L'imprudence ne se présente pas toujours de la même façon : elle peut être *inconsciente* ou *consciente*<sup>7</sup>.

Celui qui la commet peut, en effet, ou bien n'avoir ni prévu ni cru qu'un résultat dommageable se produirait, ou bien avoir prévu sa possibilité, mais cru qu'il ne se réaliserait pas.

Au premier cas, son imprudence est *inconsciente* : elle est involontaire. C'est l'hypothèse fournie par le chasseur, qui, voyant confusément quelque chose remuer dans un fourré et croyant à la présence d'un gibier, blesse une personne qui se trouve à cet endroit.

Dans l'autre cas, l'imprudence est *consciente* : elle est volontaire. Il en est ainsi du chasseur, qui apercevant un gibier s'enfuir dans la direction de laboureurs qui travaillent dans un champ, se fie à son adresse, et tire, malgré le danger auquel il expose volontairement ceux-ci, qu'il atteint de son coup de feu.

L'imprudence volontaire est incontestablement plus lourde que l'imprudence involontaire; la faute qu'elle suppose est plus grave, et sera à apprécier plus sévèrement par le juge. Mais, elle ne transforme pas l'infraction en délit intentionnel,

4. V. Cass., 25 novembre 1916, S. 1917.1.97.

5. V. Cass., 7 novembre 1873, D. P. 1874.1.95.

6. L'absence de la première condition constituerait, en effet, au délit d'imprudence un délit casuel; et, à défaut de la seconde, la responsabilité pénale disparaîtrait, pour faire place, le cas échéant, à une simple responsabilité civile. V. *infra*, § 40.

7. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 319, n° 17.

parce que son auteur ne voulait pas l'accident qui est arrivé; il est coupable de grande légèreté et de maladresse, mais reste exempt de dol.

C'est ce que décidait l'ancien droit, qui admettait que la faute grossière, assimilée au point de vue civil au dol, ne l'était pas en matière criminelle, quand il s'agissait de crimes punis corporellement, et ne donnait lieu qu'à une peine moindre dans les délits punis pécuniairement<sup>8</sup>.

On sort au contraire du domaine de l'imprudence, quand l'auteur de l'acte voulait le résultat de celui-ci, quoique ce ne soit pas ce résultat qui se soit produit, mais un autre qu'il ne cherchait pas.

C'est le cas de l'individu, qui, voulant tuer quelqu'un, le manque et tue une autre personne *aberratione ictus*. Au regard de la victime, l'homicide est par imprudence, puisqu'il n'était pas dans la volonté du meurtrier de la tuer; mais, au regard de celui-ci, l'homicide est intentionnel, parce qu'il avait le dessein de tuer, et qu'il voulait l'acte et le résultat de son acte<sup>9</sup>.

#### § 40.

#### *Faute pénale et faute civile.*

Bien que ce soit une opinion assez répandue que dans l'imprudence rentre toute faute, quelle qu'en soit la légèreté (*culpa levissima*), il est préférable de décider que la faute d'imprudence, pour engendrer une responsabilité pénale, doit présenter une certaine gravité. Sanctionnant, en effet, une obligation légale d'attention et de précaution, elle ne peut concerner qu'un devoir facile à remplir : en d'autres termes, de cette faute est exclue l'extrême prudence, qui ne peut servir à fonder qu'une responsabilité civile<sup>1</sup>.

8. V. Farinacius, quest. 87; Jousse, II, p. 607 et suiv.

9. V. Cass., 31 janvier 1835, S. 1835.1.564; 8 décembre 1853, S. 1854.1.283; 12 juin 1879, S. 1881.1.185. V. dans l'ancien droit, Jousse, II, p. 378. V. également Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 295, n° 60 à 74.

1. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 136. Il est sans doute exact de penser que, malgré la différence des formules de la loi civile et de la loi pénale, — ici une énumération de faits concrets (C. pén., art. 319), là une expression générale (C. civ., art. 1382), — la *faute pénale non intentionnelle ne repose pas sur des faits autres que ceux qui servent de fondement à la faute civile* : la loi civile a englobé dans un mot ce que la loi pénale a détaillé. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 319, n° 11; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., V, n° 2065. Mais, ceci posé, il n'est plus légitime de dire que l'identité persiste entre les deux fautes *au point de vue de la mesure de la gravité*, alors qu'entre elles tout diffère, les intérêts en conflit comme la sanc-

Il s'ensuit qu'après un acquittement prononcé en matière de délit d'imprudance, pour absence de faute, par la juridiction répressive, il peut y avoir place à une condamnation à des dommages et intérêts prononcée par la juridiction civile.

## 2. Théorie du dol et de l'intention.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, II, p. 605 et suiv.; — Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, n° 377 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, § LI; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 122-127; — Villey, notes dans S. 1887.1.137, et 1891.1.41; — A. Lepoittevin, note dans S. 1898.1.153; — Roux, notes dans S. 1905.1.537, et 1922.1.329; — Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 67 et suiv.

### § 41.

#### *Du dol.*

Le degré supérieur de la faute est caractérisé par la circon-

tion à appliquer. Au regard de la loi civile, il s'agit, en effet, de savoir qui doit supporter une perte, et si le dommage éprouvé par un droit sera ou ne sera pas réparé : dans ce conflit entre deux patrimoines, la loi civile doit s'attacher à la plus légère différence, et pour décider prendre en considération la moindre faute (*levissima culpa*). Au regard de la loi pénale, au contraire, il s'agit de déterminer si l'ordre social exige une répression, et si l'infamie d'une condamnation doit être infligée à un individu. Comment supposer que les deux législations répondront toujours uniformément, quand leurs préoccupations sont différentes, quand leurs sanctions sont opposées, et quand l'une d'elles, la loi pénale, part de ce principe que seules les peines nécessaires sont légitimes? Ce n'est donc pas assez dire que la légèreté de la faute commise ne peut avoir d'autre effet que celui de diminuer la peine; car c'est oublier cette autre règle du droit pénal, qui est étrangère au droit civil, que les sanctions pénales ne doivent intervenir qu'en toute dernière analyse et devant l'insuffisance démontrée des autres sanctions. Et dès lors, comment prétendre que les deux droits, civil et pénal, apprécient la faute sous le même angle, avec la même rigueur, et en exigent le même degré? Ne sait-on pas, par exemple, que le mineur irresponsable pénalement, parce que son non-discernement le rend exempt de faute, n'en est pas moins tenu de réparer civilement son délit? Est-ce qu'on n'admet pas également que la démence peut être assez grande pour exclure la responsabilité pénale, et laisser subsister une lueur de raison qui expliquera la responsabilité civile? V. Ortolan, *Revue pratique*, XVII, p. 385. Ce qui est vrai dans le domaine de la faute intentionnelle, ne le serait pas aussi dans celui de la faute non-intentionnelle? Cela paraît bien invraisemblable. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 194, note 3; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ.*, 4<sup>e</sup> éd., IV, § 447, p. 767, et VIII, § 769 bis, p. 410; Demolombe, *Contr. et oblig.*, VII, n° 427; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, 5<sup>e</sup> éd., IV, n° 2937. Cass., 29 novembre 1841, S. 1842.1.94; 13 juillet 1874, S. 1876.1.469; 16 mai 1887, S. 1888.1.73; 15 avril 1889, S. 1891.1.292; 31 mai 1892, S. 1892.1.292; 10 janvier 1893, S. 1893.1.200; 30 novemb. 1898, S. 1902.1.31; 8 mars 1899, S. 1903.1.133; 4 mars 1919, S. 1921.1.17. *Contrà*, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., V, n° 2056; Morel, notes dans S. 1914.1.249 et 1921.1.17. Cass., 18 décembre 1912, S. 1914.1.249; 12 juin 1914, S. 1915.1.70; 28 mars et 23 mai 1916, S. 1918.1.36; 12 juillet et 13 novembre 1917, S. 1918.1.212; 22 octobre 1919, S. 1921.1.17; 5 mai 1920, S. 1920.1.360.

tance, que l'auteur du fait qui engendre le délit, a, non seulement voulu ce fait, mais aussi son résultat. On n'est plus en présence d'un homme léger ou imprudent, mais d'un individu malintentionné, d'un scélérat.

La loi dit dans ce cas que l'agent a agi « sciemment »<sup>1</sup>, « à dessein »<sup>2</sup>, « en connaissance de cause »<sup>3</sup>, « volontairement »<sup>4</sup>, « au mépris des lois et des règlements »<sup>5</sup>, « frauduleusement »<sup>6</sup>, « méchamment »<sup>7</sup>, « dans la vue de nuire »<sup>8</sup>.

Toutes ces expressions ne sont pas synonymes; mais toutes expriment l'idée que l'auteur du fait a agi de mauvaise foi, par dol, sachant ce qu'il faisait, et voulant les conséquences anti-juridiques de son acte.

Les anciens criminalistes définissaient le *dol*, dont ils empruntaient la notion aux lois romaines, « toute ruse, complot ou mauvais dessein, que l'on emploie pour tromper quelqu'un, ou dans le dessein de lui nuire »<sup>9</sup>.

Il n'y a pas de motif à croire que cette définition traditionnelle ait perdu de sa valeur dans le droit moderne.

Il convient également de conserver au mot *fraude* son ancienne signification, et d'entendre par là une ruse que l'on emploie pour tromper quelqu'un. La fraude diffère du dol, en ce que le dol comprend toujours la fraude, comme le genre contient l'espèce, au lieu que la fraude ne comprend pas le dol<sup>10</sup>.

Tous les termes que l'on trouve dans la loi peuvent donc se résumer en un seul, qui les renferme tous : celui de dol. L'individu qui a agi dans un mauvais dessein (*malum consilium*) se rend, en effet, coupable de dol.

### § 42.

#### *De l'intention.*

Au lieu de s'en tenir à la terminologie du Code, ou de conserver le langage de l'ancienne pratique française, la doctrine

1. V. articles 62, 118, 142, 283, 400, 445 et 449.
2. V. articles 251 et 449.
3. V. articles 83 et 99.
4. V. articles 295, 309, 312, 431, 435, 437, 439, 443, 475, n° 8, et 479, n° 1.
5. V. articles 425, 427 et 460.
6. V. articles 146, 354, 379, 402, 403, 405, 407, 414, 424 et 433.
7. V. article 479, n° 9.
8. V. article 417.
9. V. Jousse, II, p. 605. V. en droit romain la loi 1, § 2, Dig., *De dolo malo*, livre IV, titre 2.
10. V. Jousse, II, p. 606.

moderne et la jurisprudence ont employé une autre expression, qui a passé depuis dans la législation <sup>1</sup>.

C'est le mot *intention*, dont il a fallu préciser le sens; ce qui n'a pas été sans un certain nombre de difficultés.

A ce qu'il semble, l'intention (*tendere in*) peut être définie la volonté de violer la loi, ou, sous une autre forme, la recherche de la lésion du droit protégé par la loi <sup>2</sup>.

L'intention est donc à distinguer de la volonté : celle-ci porte sur l'acte; celle-là sur le caractère illicite de l'acte. Un fait non intentionnel ne cesse pas, pour ce motif, d'être un fait volontaire, s'il a été librement voulu par son auteur. L'individu, qui laisse imprudemment tomber une branche, et par là blesse un passant, accomplit un acte volontaire; il ne commet pas un acte intentionnel, s'il n'a pas le dessein de blesser quelqu'un <sup>3</sup>.

La volonté se rencontre dans toutes les infractions intentionnelles ou non intentionnelles; l'intention ne se rencontre, au contraire, que dans les premières.

L'intention n'est pas davantage à confondre avec le motif ou le mobile, qui détermine le délinquant à agir. Le motif varie d'une espèce à une autre : il est spécial à chaque individu, et fort divers, généralement inspiré par un sentiment égoïste, cupide ou ignoble, mais parfois issu d'un sentiment désintéressé, élevé, et même louable <sup>4</sup>. L'intention, au contraire, con-

1. V. notamment, article 435, alinéa 2 (disposition ajoutée par la loi du 2 avr. 1892).

2. V. Ortolan, I, n° 377; Villey, dans *La France judiciaire*, I, p. 1, et notes dans S. 1885.7.137; 1887.2.121 et 1891.1.41; Laborde, n° 156; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., n° 287 et 290; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 48; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 126. — D'après d'autres auteurs, l'intention serait simplement la conscience chez l'agent coupable d'enfreindre les prohibitions légales, ou la connaissance que l'agent a du caractère délictueux de l'acte qu'il accomplit. V. Normand, *Traité élém. de dr. crim.*, n° 716; Garçon, *C. pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 77, et sous l'article 209, n° 101. Agir intentionnellement, c'est donc agir sachant que l'acte que l'on fait est défendu par la loi. Mais, cette opinion, en ne relevant pas l'idée de but, que marque le mot intention (*tendere in*), et en ne tenant pas compte du dessein qui anime l'auteur de cet acte, conduit à des conséquences qui sont difficilement acceptables. Elle peut, en effet, en arriver à imputer au délinquant une infraction, que celui-ci n'a pas eu le dessein d'accomplir, et ne pas retenir contre lui celle qu'il était dans sa pensée de commettre. V. Cass.; 11 décembre 1924, S. 1925.1.334. Elle aboutit également à ranger le dol éventuel parmi les hypothèses de dol, et à punir l'auteur d'une imprudence consciente comme ayant accompli une infraction intentionnelle.

3. V. Ortolan, I, n° 249; Garçon, *Code p. n. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 69.

4. V. Ortolan, I, n° 379; Laborde, n° 151; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 70; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 49, 4<sup>e</sup> Cass., 15 juin 1871, D. P. 1871.1.363; 19 décembre 1885, S. 1886.1.86 avec le rapport du conseiller Tanon; 9 novembre 1901, S. 1904.1.202. — On a quelquefois distingué le mobile éloigné et le mobile

sistant dans la conscience de commettre un fait illicite, est uniforme, quelles que soient les espèces, pareille dans un délit, quel que soit le délinquant, et présente toujours le même caractère, de comporter le mépris de la loi.

En principe, dans les infractions intentionnelles, l'intention est seule retenue comme élément constitutif de l'infraction : le motif ou le mobile n'est pas pris en considération pour caractériser celle-ci <sup>5</sup>.

Il en est toutefois différemment, et le motif devient un élément de l'infraction, lorsque le législateur fait entrer le *but* poursuivi par l'agent dans la notion du délit <sup>6</sup>.

*Sens des mots « volontaire » et « volontairement ».*

Les mots « volontaire » et « volontairement », que l'on trouve dans différents textes du Code pénal, sont par eux-mêmes équivoques, puisqu'ils peuvent s'appliquer aussi à la liberté de l'agent. Arg. art. 336.

Mais, il est à remarquer qu'ils ont reçu traditionnellement, dans le langage juridique, la même signification que les mots « à dessein », par suite d'une assimilation faite entre la volonté et l'action de la volonté : c'est ainsi que couramment, on appelait homicide volontaire celui qui renfermait la volonté de tuer <sup>7</sup>. Dès lors, à défaut de signification différente résultant

proche, le mobile immédiat et le mobile médiat, le mobile-moyen et le mobile-but. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 71 et 72. Mais, toute cette terminologie ne peut que contribuer à obscurcir la notion de l'intention; et il convient de la laisser de côté, comme la distinction entre l'intention directe et l'intention indirecte ou finale. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 290.

5. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 290, 1<sup>er</sup>; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 73. Cass., 15 juin 1871, D. P. 1871.1.363. Il faut voir dans cette solution l'influence de la prépondérance attachée par l'ancienne doctrine au délit sur le délinquant, que condamne aujourd'hui la théorie de l'individualisation de la peine. Il n'est pas plus possible, en effet, de confondre deux délinquants que d'assimiler deux délits. Mais, à ne tenir compte du motif qui a déterminé un individu à délinquer que dans l'appréciation par le juge de sa culpabilité, c'est rendre impossible l'établissement dans la loi d'un système de *peines parallèles*, qui, en s'inspirant du caractère dangereux ou moins dangereux de l'auteur d'une infraction, permet une meilleure préservation de l'ordre social. Comp. Garçon, *Revue pénitentiaire*, 1896, p. 829 et suiv., et 1914, p. 863 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 290, 2<sup>e</sup>; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 124 et 125.

6. V. notamment les lois du 28 juillet 1894 (art. 1 et 2) sur la répression des menées anarchistes; du 20 avril 1919 (art. 10) et 23 octobre 1919 (art. 6) sur la spéculation illicite; — du 31 juillet 1920 (art. 3) sur la provocation à l'avortement; — du 12 février 1924 (art. 2) sur les atteintes portées au crédit de l'Etat. Cfr. Laborde-Lacoste, *Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction*, dans la *Revue intern. de dr. pénal*, 1926, p. 125.

7. V. Josse, III, p. 481. V. aussi Ortolan, I, n° 250.

clairement de la loi, c'est dans ce sens qu'il convient encore de les prendre. V. notamment art. 295 et 309.

### § 43.

#### *Des variétés du dol.*

Comme l'imprudence, le second degré de la faute criminelle, le dol peut également présenter des différences de gravité, suivant qu'il comporte simplement le dessein d'accomplir un acte illicite, ou que le dessein, qu'il contient, renferme l'intention de nuire à quelqu'un : dans ce dernier cas, le dol se transforme en méchanceté.

C'est la loi, qui, en définissant chaque infraction, détermine le degré de gravité ou de spécialité que doit posséder le dol, pour que le fait commis devienne punissable<sup>1</sup>.

Généralement, elle se contente du dol simple; plus exceptionnellement, elle exige la méchanceté, la volonté de nuire. V. art. 417 et 479, n° 9.

Parfois aussi, cette détermination découle implicitement de la nature de l'infraction : il en est ainsi spécialement en matière de diffamation, où la volonté de nuire est un élément constitutif du délit, dont la disparition supprime la responsabilité pénale<sup>2</sup>.

D'un autre côté, au point de vue de son objet, le dol peut être de deux sortes : il peut être *déterminé* ou *indéterminé*.

On dit que le dol est *déterminé*, quand le dessein du délinquant porte sur un objet précis, comme de tuer une certaine personne; et qu'il est *indéterminé*, quand il n'est pas dans la pensée de son auteur d'agir contre une personne plutôt que contre une autre : ce qui est le cas de l'individu qui tire dans un dessein homicide sur une foule. Le dol indéterminé se détermine par l'événement : l'agent veut, sous une alternative, les diverses conséquences dommageables que produira son acte illicite.

En principe, au point de vue de leurs conséquences juridiques, il n'y a pas à distinguer entre le dol déterminé et le dol indéterminé<sup>3</sup>. Arg. article 297.

1. A ce point de vue, on distingue parfois le *dol général* et le *dol spécial*. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 81.

2. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 79. V. Cass., 10 novembre 1876, S. 1877.1.137; 30 décembre 1904, S. 1905.1.537.

3. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 291. C'est, qu'en effet, l'auteur du dol indéterminé

*L'error in personam* et *l'aberratio ictus*, qui sont des hypothèses de dol indéterminé, ne suppriment donc pas l'intention criminelle<sup>4</sup>.

*De la maxime « qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu ».*

Dans l'ancien droit, on formulait comme règle générale que celui qui est l'auteur d'une action illicite était tenu de tout ce qui arrivait en conséquence de cette action, quoique contre son intention, et sans son consentement<sup>5</sup>.

C'est ainsi que l'auteur d'une rixe ou de violences devait répondre de tout ce qui était arrivé, en suite de la rixe ou des voies de fait. On restreignait seulement la règle aux conséquences qui avaient leur cause immédiate et prochaine dans le fait illicite accompli par le délinquant.

Quoique le Code pénal suive généralement la tradition, il paraît néanmoins préférable de décider qu'il s'en est écarté ici<sup>6</sup>.

La règle ancienne n'était, en effet, pratiquement admissible, pour ne pas conduire à des résultats absurdes, qu'avec le système des peines arbitraires. D'un autre côté, en punissant d'une peine moindre, dans l'hypothèse la plus favorable de son appli-

a voulu son acte et les conséquences de son acte; et que si celles qui sont arrivées ne sont point celles qu'il attendait (délit manqué à ce point de vue), c'est en vertu d'une circonstance fortuite et indépendante de sa volonté, qui est étrangère à son dessein de commettre un certain délit.

4. V. loi 18, § 3, Dig., *De injur.*, liv. XLVII, titre 10; Julius Clarus, *De homicidiis*, n° 31; Farinacius, quest. 125, n° 136; Jousse, III, p. 508; Chauveau et F. Hélie, III, n° 1227 et suiv.; Laborde, n° 161; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 295, n° 60 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 302, et V, n° 1855. Cass., 31 janvier 1835, S. 1835.1.564; 12 juin 1879, S. 1881.1.185; 18 février 1922, S. 1922.1.329. Deux explications ont été présentées pour justifier cette solution : l'une qui s'attache à la victime de l'infraction, laquelle a droit à la même protection légale que si elle avait été personnellement en butte à l'attaque du délinquant; l'autre qui cherche simplement dans le dessein de ce dernier la qualification de son acte. À ce qui semble, cette seconde justification est meilleure; car, la première, si quelque qualité particulière se rencontrait dans la personne de la victime offensée, conduirait à retenir une infraction (parricide, régicide) qu'il n'était pas dans la pensée du délinquant de commettre.

5. Jousse, III, p. 521. V. aussi Loysel, *Institutes coutumières*, livre VI, titre 1, n° 5.

6. V. conf. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 317, n° 16 et 17; Vidal et Magnoil, 6<sup>e</sup> éd., n° 127 et 136 bis. Cass., 27 mars 1902, *Bull. crim.*, n° 128. Antérieurement à la revision du Code pénal de 1832, la jurisprudence décidait, par application de l'idée « *vulnera non dantur ad mensuram* », que les peines du meurtre étaient encourues par l'auteur de blessures volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner. V. Cass., 14 février 1812, S. chr.; 2 juillet 1819, S. chr.; 18 septembre 1828, S. chr. Mais cette jurisprudence, qui pouvait déjà être critiquée, a été condamnée par la modification apportée en 1832 à l'article 309, alinéa 3.

cation, les coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner, le législateur a formellement affirmé sa volonté de rejeter une maxime excessive, qui disproportionnait manifestement les peines et les délits. Arg. art. 309, alinéa 3, et 353, alinéa 2.

*Du dol éventuel.*

Il faut en dire autant du dol éventuel, qui pose une autre question.

Ce dol, en effet, suppose, à la différence de l'hypothèse précédente, non pas l'imprévoyance inconsciente de l'agent sur les conséquences possibles de son fait illicite, mais la circonstance qu'il les a perçues, et que néanmoins, tout en ne les voulant pas, il a passé outre et commis l'acte qui les a produites.

Mais, cette particularité, quelque grave qu'elle puisse paraître moralement, ne suffit pas pour rendre le délinquant coupable de dol, et entraîner à sa charge les sanctions que la loi attache aux infractions intentionnelles. Courir un risque, ce n'est pas vouloir que ce risque se résolve en préjudice pour autrui; et d'un autre côté, la faute grossière, même celle qui blesse le sens commun, a toujours été considérée comme une imprudence, non assimilée au dol <sup>6 bis</sup>.

Toutefois, il pourrait en être autrement, s'il s'agissait de conséquences tellement nécessaires, et tellement liées au fait accompli par le délinquant, que ce dernier n'a pas pu vouloir celui-ci, sans vouloir en même temps les autres <sup>7</sup>. Arg. art. 351, alinéa 4, et 434, alinéa 7.

Exceptionnellement, il en sera encore de même, sans cette condition d'indivisibilité, mais en vertu de dispositions expresses du législateur, lorsque celui-ci, pour chercher une répression rigoureuse de faits dangereux par les suites qu'ils peuvent entraîner, considère plus le résultat qui est arrivé, que l'intention qui l'a produit <sup>8</sup>. V. art. 316, alinéa 2, et 434, alinéa 8.

<sup>6 bis</sup>. On doit donc rejeter l'opinion des auteurs qui fait rentrer le dol éventuel (quelquefois appelé aussi *dol indirect*) dans la théorie générale du dol. C'est par un pur abus de mot que cette solution a été donnée. Cfr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 186, texte et note 1. V. *supra*, § 39, note 9.

<sup>7</sup>. V. Ortolan, I, n<sup>o</sup> 389 et suiv.

<sup>8</sup>. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 301. Ce auteur distingue selon que la conséquence produite était *nécessaire, ordinaire ou accidentelle*, et range, mais en exagérant des dispositions exceptionnelles, les deux premières hypothèses dans la faute intentionnelle. C'est oublier le principe qu'il pose lui-même (n<sup>o</sup> 291) : *voluntas spectator, non exitus*.

*Infractions intentionnelles et infractions non intentionnelles.*

Les infractions se divisent en infractions intentionnelles et en infractions non intentionnelles, suivant que la loi exige, pour les constituer, l'intention, c'est-à-dire le dol, ou seulement l'imprudence.

C'est d'après la définition légale que le classement d'une infraction doit donc se faire <sup>9</sup>.

A titre d'indication, on peut dire que les crimes, sauf de très rares exceptions, sont des infractions intentionnelles <sup>10</sup>; que les délits le sont généralement avec des exceptions plus nombreuses <sup>11</sup>; et que les contraventions de police sont ordinairement des infractions non intentionnelles <sup>12</sup>.

SECTION TROISIÈME

DES FAITS QUI SUPPRIMENT LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

§ 44.

*Division générale.*

Si la responsabilité pénale exige, pour son admission, la réunion des trois conditions qui viennent d'être examinées, il s'ensuit, par voie de conséquence, que l'absence de l'une d'elles l'empêche de naître.

La loi, en particulier, serait contradictoire, si elle punissait ce qu'elle commande, légitime ou excuse.

La responsabilité pénale peut donc manquer d'abord, parce

<sup>9</sup>. V. Ortolan, I, n<sup>o</sup> 401; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 114.

<sup>10</sup>. On cite comme punissant des crimes non intentionnels les articles 84 et 430 du Code pénal. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 116 et suiv.

<sup>11</sup>. Comme exemples de délits non intentionnels, voy. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 120. Il est toujours délicat, en matière de délits correctionnels, prévus par une loi spéciale, de dire si une infraction est intentionnelle ou non intentionnelle, lorsque les mots « par fraude, frauduleusement, volontairement », ou autres similaires ne figurent pas dans sa définition. Ce qu'il y a de certain, c'est que leur absence n'est point un indice assuré que l'infraction n'a pas un caractère intentionnel. Ce qui paraît préférable, c'est de s'attacher autant que possible, à défaut d'autre indication, au but poursuivi par le législateur et à la nature et importance de la peine. Si le législateur a voulu une application intégrale de ses prescriptions, s'il a fait de celles-ci une obligation d'une profession, s'il les a sanctionnées d'une pénalité légère, surtout si celle-ci est une peine modérée d'amende, on croira plutôt qu'il n'a pas exclu la bonne foi du délinquant, et que par conséquent l'infraction qu'il frappe est non intentionnelle. Il en sera pareillement, quoique ce ne soit pas toujours exact, des délits d'omission.

<sup>12</sup>. Comme exemples de contraventions intentionnelles, voy. articles 471, n<sup>o</sup> 11, 475, n<sup>o</sup> 8, et 479, n<sup>o</sup> 9. Cfr. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 122 et suiv.

que l'auteur du fait poursuivi, l'a accompli étant privé d'intelligence ou de liberté (*causes d'irresponsabilité pénale*).

Elle peut ne pas se rencontrer ensuite, parce que l'auteur du fait, bien qu'intelligent et libre, a agi sans faute (*faits justificatifs*).

A ces deux catégories de non-responsabilité pénale vient s'ajouter une troisième catégorie de faits d'impunité, lorsque la loi, dans une pensée de politique criminelle, pardonne la faute commise et absout le coupable (*excuses absolutoires*).

Différentes dans les causes qui les produisent, ainsi que dans leurs effets, ces trois séries de faits doivent être examinées séparément<sup>1</sup>.

Mais, dès à présent, il convient d'observer, que si l'article 65 du Code pénal s'oppose, d'une manière formelle, à l'extension des excuses absolutoires, parce que, les conditions de la responsabilité pénale étant réunies, il ne peut appartenir au juge de faire remise d'une peine qui est légalement encourue, il n'en est pas de même soit des causes d'irresponsabilité soit des faits de justification, qui peuvent au contraire être complétés par l'application de principes supérieurs de droit. Il s'agit, en effet, de subordonner la responsabilité pénale aux conditions que la loi a elle-même établies pour en admettre l'existence, et de maintenir dans celles-ci une uniformité, qui est logiquement nécessaire<sup>2</sup>.

1. La plus grande confusion règne, à cet égard, parmi les auteurs. Ainsi, Chauveau et F. Hélie (n° 317) rangent parmi les faits justificatifs, la folie, l'obéissance à un supérieur dans l'ordre hiérarchique, la nécessité actuelle de la défense, l'alibi invoqué par le prévenu. Ainsi, Trébutien (I, n° 539), confondant également les causes d'irresponsabilité et les faits justificatifs, aperçoit la contrainte morale dans l'obéissance à l'ordre de la loi et au commandement de l'autorité légitime, dans l'intimidation exercée par un tiers sur l'agent ou dans l'imminence d'un danger physique auquel l'agent a voulu se soustraire. La même confusion entre les causes d'irresponsabilité et les causes de justification apparaît encore dans Garçon, *Code pén. ann.*, qui traite sous le même article 64 (il est vrai dans les sections différentes) de la démence, de la contrainte et de l'ordre de la loi, et dans G. Lejoittevin (note dans D. P. 1901.1.81), qui déclare sans intérêt la distinction des faits justificatifs des causes de non-imputabilité. Mais, voy. au contraire, Ortolan, I, n° 48; Lainé, n° 231; Laborde, n° 163.

2. Le contraire est cependant affirmé par Chauveau et F. Hélie I, n° 346). Ces auteurs, devant la différence de rédaction des articles 64 et 327, par exemple, distinguent, en effet, les causes de justification *générales* et les causes de justification *spéciales*. Or, le second de ces textes n'ayant légitimé que l'homicide, les blessures et les coups, il en résultera que le serrurier, qui, sur l'ordre d'un magistrat, crochète une porte et pénètre dans le domicile d'un citoyen, se rendra coupable de bris de clôture et de violation de domicile. Ce qui est pour le moins singulier. Mais, ce qui est plus surprenant, c'est que les mêmes auteurs affirment au numéro suivant qu'en l'absence même de l'article 64, il ne se serait trouvé aucun juge pour déclarer coupable un homme ne jouissant ni des lumières de sa raison ni de sa liberté. Sur l'existence de principes supérieurs, voy. *suprà*, § 19.

### I. Faits qui suppriment la responsabilité pénale, en faisant disparaître soit l'intelligence, soit la liberté.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, II, p. 615 et suiv.; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, n° 257-376; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ LVII-LXIV, LXVI-LXVIII; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 139-158, 162-181; — Roux, notes dans S. 1903.1.254 (non signée); 1904.1.301 (non signée); 1909.1.473; et 1922.1.185.

#### § 45.

##### Énumération.

Les faits qui suppriment la responsabilité pénale, en faisant disparaître soit l'intelligence, soit la liberté, sont au nombre de quatre :

- 1° la minorité de treize ans;
- 2° le défaut de discernement;
- 3° la démence;
- 4° la contrainte.

Les trois premiers supposent l'absence de l'intelligence, le dernier concerne la disparition de la liberté.

#### § 46.

##### N° 1. Minorité de treize ans.

L'enfance est une cause d'irresponsabilité pénale.

La culpabilité ne peut pas, en effet, se rencontrer, lorsque l'intelligence manque encore. Or, si l'homme est un animal raisonnable, la raison chez lui va en progressant; et il en paraît privé pendant les premières années de son existence<sup>1</sup>.

L'ancien droit admettait une période de la vie d'où la responsabilité pénale était absolument exclue. Il considérait les enfants exempts de malice jusqu'à l'âge de sept ans (*l'infantia* des lois romaines), et les déclarait incapables de délinquer; il comprenait même facilement dans cette incapacité ceux dont l'âge s'éloignait peu de l'enfance<sup>2</sup>.

1. V. Ortolan, I, n° 258 et 259; Chauveau et F. Hélie, I, n° 319; Trébutien, I, n° 514; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 370.

2. V. sur le droit romain, Chauveau et F. Hélie, I, n° 319; et pour l'ancien droit, Farinacius, quest. 92; Julius Clarus, quest. 60; Jousse, II, p. 615; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, I, p. 26. V. aussi Ortolan, I, n° 276.

Ce sont vraisemblablement le désir de suivre de plus près la nature, et l'intention de faire bénéficier les mineurs d'une situation plus favorable, en y comprenant même des adolescents, qui ont fait substituer, dans le Code pénal de 1794 d'abord, puis dans celui de 1810, à la fixation d'un âge déterminé d'irresponsabilité pénale, l'examen individuel de la maturité d'esprit. V. Code pénal de 1794, 1<sup>re</sup> part., tit. 3, art. 1 et 2; Code pénal de 1810, art. 66.

Mais, la jurisprudence en avait tiré le pouvoir de déclarer coupables et de condamner des enfants qui n'avaient pas encore atteint leur septième année.

Revenant donc à la tradition, et l'élargissant même, la loi du 22 juillet 1912 a décidé que le mineur de treize ans de l'un ou l'autre sexe, auquel est imputée une infraction à la loi pénale, qualifiée crime ou délit, ne serait plus déféré à la juridiction répressive<sup>3</sup>. V. loi du 22 juillet 1912, art. 1<sup>er</sup>.

Bien qu'il semble ne ressortir de cette disposition qu'un bénéfice de juridiction, c'est en réalité l'irresponsabilité pénale, qui est attribuée aux mineurs de treize ans en matière de crimes et de délits. Aucune peine, en effet, ne peut plus être prononcée contre eux; ils peuvent seulement être soumis à des mesures de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance, estimées plus justes et plus efficaces que l'application d'une peine<sup>4</sup>. V. loi du 22 juillet 1912, art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2.

Par contre, la responsabilité pénale a été maintenue en matière de contraventions de police. La seule modification, qui ait été apportée aux solutions antérieures, est d'avoir remplacé les peines d'emprisonnement et d'amende par la peine nouvelle de la réprimande. V. loi du 22 juillet 1912, art. 14.

Mais, cette responsabilité disparaît à son tour en cas de récidive dans les douze mois, afin de permettre l'application au mineur contrevenant des mesures de protection établies à l'égard des enfants, auteurs de faits qualifiés crimes ou délits<sup>5</sup>. V. loi du 22 juillet 1912, art. 14, alinéa 3.

Il est à observer que l'âge, qui doit être pris en considéra-

3. Sur les précédents législatifs, voy. Chauveau et F. Hélie, I, n° 325. Sur l'âge de l'irresponsabilité pénale, voy. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 377 et 381.

4. Mais, il est à noter que, malgré l'absence de toute peine, le fait commis par le mineur de treize ans conserve la qualité et la nature d'infraction pénale. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 388, I.

5. Il n'est pas sans ressortir une certaine incohérence, au moins théorique, de ces solutions législatives écartant et admettant la responsabilité pénale des mineurs de treize ans. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 382.

tion, n'est pas celui du mineur au moment des poursuites, mais celui qu'il avait lorsqu'il a accompli le délit qui lui est reproché<sup>6</sup>.

#### N° 2. Défaut de discernement.

##### § 47.

Dans le système du Code pénal, au lieu d'établir une présomption d'irresponsabilité fondée sur l'âge, le législateur avait soumis à un examen individuel la maturité intellectuelle des enfants. Il appliquait ce système de la naissance à l'âge de seize ans, remplacé par la loi du 12 avril 1906 par celui de dix-huit ans<sup>1</sup>. V. art. 66 nouveau.

Actuellement, la loi du 22 juillet 1912 a soustrait de cet examen la tranche de minorité, constituée par les mineurs de treize ans<sup>2</sup>.

Le juge répressif (en cour d'assises, le jury) a donc à résoudre en fait, si le mineur de treize à dix-huit ans qui est poursuivi, a le discernement suffisant pour comprendre l'acte qu'il a commis. S'il est déclaré qu'il a agi sans discernement, « il n'y a point de crime ni de peine »<sup>3</sup>; et l'enfant est acquitté, sauf la faculté pour le juge de prononcer, à son égard, des mesures de correction, qui n'ont pas un caractère pénal. V. art. 66.

La loi n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par discernement.

Il semble qu'il faut comprendre, par ce mot, la raison, qui

6. Arg. loi du 22 juillet 1867, article 13. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 331. Cass., 16 novembre 1916, *Bull. crim.*, n° 247; 4 mai 1917, S. 1920.1.142.

1. En fixant à seize ans (et actuellement, sous une distinction, à dix-huit ans) l'âge de la majorité pénale, le législateur a obéi à des considérations d'ordre pratique. D'une part, en effet, s'il y a des raisons à ne pas reconnaître prématurément l'exercice de la capacité civile, il y a, au contraire, des motifs de défense sociale à ne pas reculer trop tardivement la reconnaissance de la responsabilité pénale. D'autre part, l'observation des prescriptions de la loi pénale exige certainement moins de développement intellectuel que la gestion d'un patrimoine. Il restera néanmoins à voir si ces raisons, qui ont toute valeur pour la fixation du défaut de discernement, conservent le même poids pour la fixation de l'excuse de minorité. Dans l'ancien droit, le mineur de vingt ans était puni moins sévèrement que s'il était majeur, même dans les crimes atroces. V. Farinacius, quest. n° 92; Jousse, II, p. 617. Comp. Chauveau et F. Hélie, I, n° 323; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 378.

2. Sauf ce qui est dit au § 46 pour les mineurs inculpés de contraventions de police qui sont pénalement responsables et pour lesquels continue à se poser, comme avant la loi de 1912, la question de discernement. Sur les mineurs de treize à dix-huit ans, voy. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 400 et suiv.

3. V. Loqué, XXIX, p. 277, n° 11.

permet d'apercevoir la nature et la portée d'une action, et de distinguer ce qui est permis de ce qui est défendu : ce qui ne comporte pas nécessairement la connaissance de la loi pénale, qui n'est pas davantage exigée des adultes, mais la conscience morale, la compréhension que l'on a de ses actes et de leurs suites dommageables pour autrui, en d'autres termes le sentiment de la faute <sup>4</sup>.

D'autre part, la loi présume chez l'enfant et l'adolescent le non-discernement.

Elle exige donc qu'une question spéciale de discernement soit posée, quand l'accusé est un mineur de dix-huit ans. V. Code d'instr. crim., art. 340.

Mais, bien que ce texte soit écrit à propos de la procédure en cour d'assises, il n'est pas douteux que la même question doit être examinée, et résolue d'une manière spéciale par le juge correctionnel <sup>5</sup>.

D'un autre côté, on doit également voir, dans la disposition de l'article 66 du Code pénal, qui établit cette présomption de non discernement en matière de crimes et de délits, un principe de droit et d'équité, d'une application générale qui, à défaut de dérogation expresse ou virtuelle, s'étend aux infractions prévues par des lois spéciales, ainsi qu'aux contraventions de police <sup>6</sup>. On comprendrait mal, en effet, que la culpabilité des mineurs fût soumise à deux régimes différents, alors que son établissement repose sur une condition identique, la constatation d'un développement intellectuel suffisant.

Comme il a été dit plus haut pour le mineur de treize ans, c'est l'âge du mineur au moment de l'accomplissement du fait, motivant sa poursuite, qui fixe sa condition <sup>7</sup>. Cet âge est déterminé par la production de l'acte de naissance, et, à défaut, par les moyens de preuve admis par le droit civil <sup>8</sup>.

4. V. Cass., 20 mars 1841, S. 1841.1.463. V. aussi Ortolan, I, n° 289; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 401, I. Comp. Vidal et Magnol, n° 160-4.

5. V. Cass., 25 octobre 1895, S. 1896.1.430; 26 mars 1898, *Bull. crim.*, n° 137.

6. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 337, Ortolan, I, n° 298, qui font cependant des réserves en ce qui concerne les contraventions de simple police. Mais, ces deux points sont maintenant définitivement acquis. V. Trébutien, I, n° 515. Cass., 20 janvier 1837, S. 1838.1.906; 20 mars 1841, S. 1841.1.463; 3 janvier 1845, S. 1845.1.467; 7 mars 1845, D. P. 1845.4.289; 3 janvier 1846, *Bull. crim.*, n° 8; 7 janvier 1876, S. 1876.1.96. *Contrà*, Cass., 12 février 1863, D. P. 1863.5.163.

7. Arg. loi du 22 juillet 1867, article 13. V. Ortolan, I, n° 284; Trébutien, I, n° 518. Cass., 12 août 1880, S. 1881.1.385; 2 janvier 1902, S. 1903.1.252; 18 octobre 1906, *Bull. crim.*, n° 377; 16 novembre 1916, *Bull. crim.*, n° 247. V. *suprà*, § 46, note 6.

8. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 333; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 429, II.

Lorsqu'un doute existe sur l'âge du délinquant, c'est au ministère public qu'il incombe d'établir la majorité de l'inculpé, et non pas à celui-ci de justifier sa minorité, l'âge étant un élément de la culpabilité <sup>9</sup>. En pareil cas, la question de discernement doit être examinée et résolue par les juges <sup>10</sup>.

D'un autre côté, nonobstant l'adage *annus inceptus pro completo habetur*, en parlant dans l'article 66 d'individus âgés de moins de dix-huit ans, le législateur a compris sous ce terme non seulement les personnes qui sont entrées dans leur dix-huitième année, mais encore celles qui n'ont pas dix-huit ans accomplis <sup>11</sup>.

### N° 3. Démence.

#### § 48.

En dehors du défaut d'âge, l'intelligence peut encore manquer chez un individu, de trois manières différentes :

1° soit par le non-développement des facultés mentales à cause de l'anormalité de sa personne (*crétinisme, idiotisme, surditité*);

2° soit par l'altération de ses facultés mentales produite par une maladie du cerveau (*insanité, folie, fureur, fièvre chaude*);

3° soit enfin par un trouble non maladif, qui crée un état passager d'inconscience (*somnambulisme, ivresse, hypnotisme*) <sup>1</sup>.

Dans tous ces cas, l'individu est inconscient de ce qu'il a fait.

#### Sens du mot « démence ».

Le Code pénal déclare qu'il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de *démence* au temps de l'action. V. art. 64.

9. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 333; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 66, n° 58; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 429, III. Cass., 26 septembre 1850, S. 1850.1.691; 12 août 1880, S. 1881.1.385. *Contrà*, Cass., 19 avril 1821, S. chr.

10. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 66, n° 64. Cass., 26 septembre 1850, S. 1850.1.691; 2 janvier 1902, S. 1903.1.252; 1<sup>er</sup> décembre 1906, *Bull. crim.*, n° 432; 31 janvier 1907, *Bull. crim.*, n° 54; 27 mars 1924, S. 1925.1.336.

11. Arg. Code pénal de 1791, 1<sup>re</sup> partie, titre 5, article 1<sup>er</sup>; loi du 22 juillet 1867, article 13. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 331; Trébutien, I, n° 518; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 429, I.

1. V. dans l'ancien droit, Farinacius, quest. 93 et suiv.; Julius Clarus, quest. 60; Jousse, II, p. 618 et suiv.; Serpillon, *Sur l'ordonnance de 1670*, II, p. 904; Mayart de Vouglans, *Lois criminelles*, livre 1<sup>er</sup>, titre 5, chapitre 1<sup>er</sup>, § 2; et dans le droit moderne, Ortolan, I, n° 314; Chauveau et F. Hélie, I, n° 349 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 315 et suiv., 326 et suiv.; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 262; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 163 et suiv. V. aussi II. Verger, *L'évolution des idées médicales sur la responsabilité des délinquants*, Paris, Alcan, 1923, p. 23 et suiv.

Mais, il paraît hors de doute que par cette expression qui n'a pas été définie dans la loi, il faut entendre, non seulement les maladies mentales, quels que soient leur nom, leur forme ou leur caractère<sup>2</sup>, mais encore le non-développement (avortement) de l'intelligence, provenant de la dégénérescence ou d'une organisation défectueuse du cerveau, ainsi que les divers états d'inconscience.

C'est ainsi que l'ancien droit ne punissait pas les crimes commis en dormant. Or, il n'y a aucun motif pour croire que le droit moderne, qui s'en tient plus étroitement à la règle « qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute », ait abandonné cette tradition<sup>3</sup>.

Ce qui est dit des somnambules, doit donc être appliqué, par identité de raison, aux crétins, aux idiots, et aux sourds-muets de naissance non instruits<sup>4</sup>, ainsi qu'à ceux qui agissent en état d'ivresse<sup>5</sup>, ou de sommeil hypnotique, à supposer celui-ci réel et non simulé<sup>6</sup>, et, pour ces deux dernières catégories de personnes, sous une réserve qui sera indiquée plus loin<sup>7</sup>.

C'est à raison de cette même réserve que sous cette cause d'irresponsabilité pénale ne sont à comprendre ni la colère ni la

2. V. notamment pour l'épilepsie, Chauveau et F. Hélie, I, n° 354; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 19; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 330. Cass., 8 frimaire an XIII, S. chr.

3. *Dormiens furioso equiparatur*. V. cependant sur une signification du mot *démence* restreint aux maladies du cerveau, Chauveau et F. Hélie, I, n° 361; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 319 b. Mais, voy. dans l'ancien droit, Farinacius, quest. 98, n° 63; Tiraqueau, *De pœnis temporandis*, p. 15; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 29; Jousse, II, p. 628; et, pour le droit moderne, Chauveau et F. Hélie, I, n° 357; Trébutien, I, n° 528; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 20; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 333.

4. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 23; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 330.

5. V. Rossi, *Droit pénal*, II, p. 188; Chauveau et F. Hélie, I, n° 358; Trébutien, I, n° 529; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 30 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 335, II. On a prétendu quelquefois que la jurisprudence refusait de considérer l'ivresse comme une cause d'irresponsabilité pénale. Mais, cette opinion n'est pas exacte. Des arrêts que l'on invoque, et notamment des arrêts du 27 août 1868, *Bull. crim.*, n° 196, du 17 octobre 1889, *Bull. crim.*, n° 310, et du 1<sup>er</sup> mai 1919, S. 1921.1.140, il ressort simplement, ce qui est d'ailleurs exact, que l'ivresse n'étant pas une excuse légale, il n'y a pas lieu de la poser sous forme de question spéciale au jury. Mais, c'est également le cas de la démence. V. Cass., 9 septembre 1825, S. chr., 16 septembre 1875, S. 1875.1.440. Autre chose est donc de savoir si, comme pour celle-ci, son appréciation ne rentre pas dans l'examen de la question générale de culpabilité. V. Garçon, *op. et loc. cit.* V. au surplus *infra*, note 15.

6. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 21 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 334.

7. V. *infra*, lettre γ et notes 12 et suiv.

violence des passions, même lorsque portées au paroxysme, elles ont éteint chez l'agent l'intelligence<sup>8</sup>.

*Conditions auxquelles est subordonnée l'irresponsabilité pénale.*

La loi subordonne l'irresponsabilité pénale pour défaut d'intelligence à l'existence de trois conditions, dont l'une est expresse, et les deux autres sont implicites.

1. Il faut d'abord que la cause qui fonde l'irresponsabilité pénale de l'agent soit concomitante de son action. Antérieure ou postérieure, elle laisse intacte la responsabilité<sup>9</sup>. V. art. 64.

Il importerait d'ailleurs assez peu qu'elle fut accidentelle ou habituelle, passagère ou durable.

De plus, à la différence du droit civil, qui, en cas d'interdiction, établit une présomption d'insanité continue qui persiste pendant les intervalles lucides, le droit pénal n'admet pas de présomption semblable. Il prescrit, dans tous les cas, la recherche de l'état mental du délinquant, et maintien pour les interdits civils la responsabilité pénale, lorsqu'ils ont agi dans un intervalle lucide<sup>10</sup>.

2. Il faut en second lieu que l'abolition de la conscience soit totale, et non pas seulement partielle : le simple affaiblissement du sens moral n'entraîne pas l'impunité.

Le mot *démence*, dont se sert la loi, marque avec clarté l'exigence de cette condition, que l'emploi d'autres expressions aurait peut-être pu obscurcir. Un dément est celui qui déraisonne complètement : c'est un inconscient.

L'article 64 du Code pénal est donc étranger aux états incomplets de folie, aux commencements d'aliénation mentale, à l'irresponsabilité morale partielle dérivant d'un défaut d'équilibre des facultés mentales<sup>11</sup>.

8. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 355; Blanche, II, n° 203; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 32; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 336.

9. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 8. Cass., 13 octobre 1853, D. P. 1853.5.204.

10. V. en droit romain, la loi 14 Dig., *De officio præsidis*, liv. 1, tit. 18; dans l'ancien droit, Farinacius, quest. 94, n° 6; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 25; et pour le droit moderne, Trébutien, I, n° 524; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 9 et 17; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., n° 321. Cass., 5 septembre 1828, S. chr.; 24 février 1842, *Bull. crim.*, n° 33; 13 octobre 1853, D. P. 1853.5.204; 29 novembre 1902, S. 1904.1.301. L'interdit légal étant un homme sain d'esprit, l'interdiction légale n'est pas à comprendre dans les états de démence. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 9. Cass., 4 décembre 1856, D. P. 1857.1.77. *Contrà*, Chauveau et F. Hélie, I, n° 352.

11. V. Cass., 12 juin 1885, *Bull. crim.*, n° 170. V. aussi Ortolan, I, n° 315; Chauveau et F. Hélie, I, n° 360; Trébutien, I, n° 524.

Il est également inapplicable aux personnes incapables de s'obliger, que reconnaît le droit civil, mineurs, femmes mariées ou interdits, quoique pour plusieurs d'entre elles (mineurs et interdits) l'incapacité qui les frappe repose sur une faiblesse naturelle de l'intelligence<sup>12</sup>.

γ. Enfin, il faut que la cause d'irresponsabilité pénale soit involontaire, et qu'elle n'ait pas été créée par l'auteur du délit, en vue de commettre impunément l'infraction qu'il projetait.

Quoique cette condition ne résulte pas des termes de l'article 64, son admission, conforme à la tradition, répond au fondement moral de l'irresponsabilité pour cause de défaut d'intelligence.

L'ancien droit, en effet, décidait que la folie cessait d'excuser le crime, lorsque l'accusé s'était lui-même procuré la folie « en mangeant ou en buvant quelque chose capable de le rendre frénétique »<sup>13</sup>. Il en était de même du somnambule, que l'on n'exemptait de peine, que si aucune faute ne lui était imputable dans l'accomplissement de son crime<sup>14</sup>.

Or, il n'y a pas de raison pour croire que le droit moderne se soit écarté de cette doctrine judiciaire. Le législateur ne doit pas être dupe des scélérats; et il ne doit pas accorder l'impunité d'un fait, qui en soi conserve sa nature délictuelle, lorsque son auteur, pour le commettre, s'est rendu coupable de faute<sup>15</sup>.

On doit donc décider que l'ivresse volontaire<sup>16</sup>, ou l'état

12. V. Cass., 29 novembre 1902, S. 1904.1.301.

13. V. Jousse, II, p. 622. V. aussi Farinacius, quest. 94, n° 32 et suiv.

14. V. Jousse, II, p. 628.

15. V. Ortolan, I, n° 318 et 324; Trébutien, I, n° 530. V. également Cass., 16 janvier 1919, *Bull. crim.*, n° 12.

Au surplus, si on veut serrer de plus près l'origine de cette culpabilité, il n'est pas interdit de prétendre que l'exécution de l'infraction remonte à la constitution volontaire de l'état d'inconscience, sous l'empire duquel l'agent cherche à se placer pour agir impunément. En comprenant ainsi dans la perpétration du délit la formation de cet état, on trouve un individu ayant agi *compos mentis*, et par conséquent fautif. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 335, II, c. Comp. en matière de responsabilité civile, qui exige pareillement la condition de faute, à propos d'insanité volontairement cherchée, Rouen, 17 mars 1874, S. 1874.2.199; Caen, 9 novembre 1880, S. 1882.2.118.

16. Pour l'ivresse, on doutait dans l'ancien droit qu'elle pût jamais excuser le crime. V. Ordonnance de François I<sup>er</sup> du 31 août 1536. V. également Jousse, II, p. 619. Cette solution rigoureuse de l'ancien droit doit-elle être encore proposée dans le droit moderne? Certains auteurs l'ont prétendu. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 361. Un délit, a-t-on dit, ne saurait dans aucun cas servir d'excuse à un autre délit. De plus, l'article 64, pour fonder l'irresponsabilité pénale, parle seulement de démence et nullement d'ivresse, quoiqu'à l'époque du Code pénal celle-ci fut

hypnotique volontairement accepté, bien loin de créer une cause d'impunité au profit de ceux qui agissent sous leur empire, laissent au contraire subsister à leur charge une responsabilité pénale complète<sup>17</sup>.

Mais, il convient d'observer, que ce qui est dit de l'ivresse ou de l'hypnotisme intentionnellement criminels, ne doit pas être étendu à l'ivresse et à l'hypnotisme même volontaires, lorsque, au moment où ces états d'inconscience ont été cherchés, l'agent n'avait aucun dessein délictuel déterminé.

Toutefois, s'il s'agissait d'un alcoolique (ou d'un névrosé) qui sait qu'il devient dangereux, quand il est pris de boisson (ou de sommeil hypnotique), on pourrait le retenir comme coupable d'imprudence, mais non pas de dol.

Enfin, il n'est pas douteux, malgré la rédaction de l'article 64, que la démence supprime la responsabilité pénale aussi bien en matière de contraventions de police qu'en cas de crimes et de délits<sup>18</sup>. Il faut donc voir dans ce texte, comme dans l'article 66, l'application d'une règle générale de droit. Mais, c'est à celui qui invoque cette cause d'irresponsabilité pénale à l'établir : la démence ne se présume pas<sup>19</sup>.

#### N° 4. Contrainte ou force majeure.

##### § 49.

A la différence des causes précédentes qui suppriment la responsabilité pénale, parce que la condition de l'intelligence fait

connue. Bien qu'on doive en général attacher pour l'interprétation du Code pénal une grande importance aux théories admises dans l'ancien droit, il ne semble pas cependant qu'il convienne de les suivre ici. D'une part, en effet, la solution paraît avoir été rattachée par les anciens auteurs à la maxime, aujourd'hui abrogée, *qui in re illicita versatur* (V. *suprà*, § 43, texte et notes 5 et suiv.). D'autre part, quant au silence de l'article 64, il ne serait décisif que s'il était impossible de faire rentrer l'ivresse dans une folie passagère; ce qui n'est pas. Il reste donc simplement ceci : c'est que l'homme ivre n'a pas pu comprendre ce qu'il était hors d'état de discerner; ce qui est en principe exclusif de toute culpabilité. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., n° 335, II; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 173 *ter*.

17. V. Ortolan, I, n° 324; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 173 *ter*. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 335, lettre c. La même solution est à donner pour la colère et les passions dont les commencements, d'abord faibles, auraient pu et dû être enrayés par l'agent. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 355; Trébutien, I, n° 531; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 32.

18. V. Ortolan, I, n° 349; Blanche, II, n° 201; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 5; Laborde, n° 141. Cass., 13 mars 1863, D. P. 1863.5.367.

19. V. Jousse, II, p. 623.

défaut chez l'auteur du fait, cette dernière cause s'attaque à la seconde condition de la responsabilité pénale, à la liberté de l'agent. L'individu, qui lui est soumis, n'agit pas volontairement; il ne veut pas ce qu'il fait; un libre choix ne lui appartient pas entre agir et ne pas agir: obligé de céder à l'impulsion qui lui est imposée, et dominé par elle, il obéit et il est passif (*non agit, sed agitur*)<sup>1</sup>.

Cet état peut se rencontrer dans deux hypothèses différentes:

1° soit en cas de suppression de la liberté physique (*contrainte physique*);

2° soit en cas d'oppression de la liberté morale (*contrainte morale*).

Dans les deux cas, pour qu'il existe, il est nécessaire que l'agent ait été opprimé par une force, à laquelle il n'a absolument pas pu résister. V. art. 64.

Au reste, cette force majeure doit naturellement s'apprécier *in concreto*, et non pas *in abstracto*.

Il est évident, en effet, qu'on ne saurait reprocher à un vieillard, à une femme ou à un infirme, de n'avoir pas repoussé une force qu'aurait pu écarter un homme adulte<sup>2</sup>. Arg. Code civil, art. 1112, al. 2.

Mais, des difficultés, même très considérables, à respecter la loi, ne sont pas assimilables à l'impossibilité, qui seule constitue la force majeure<sup>3</sup>.

Il a déjà été dit que cette cause d'irresponsabilité était générale, et s'appliquait en toute matière répressive, prévue par le Code pénal ou par une loi spéciale, aussi bien en matière de contraventions de simple police que pour les crimes ou les délits<sup>4</sup>.

En outre, la seule condition exigée pour constituer le cas de force majeure, c'est le caractère irrésistible de la force à laquelle a cédé l'agent (*force majeure*). Il n'est nécessaire ni que l'évè-

nement soit indépendant de sa volonté, ni qu'il n'ait pu ou dû le prévoir<sup>5</sup>.

Au surplus, la contrainte ne se présume point; et c'est à celui qui invoque cette cause d'irresponsabilité pénale à la prouver; ce qu'il peut faire par toutes les conjectures et les circonstances de l'action<sup>6</sup>.

#### 1. Contrainte physique.

La contrainte physique est la mainmise sur le corps d'une personne, par une force de la nature, telle qu'un ouragan, une tempête, etc., ou par la force d'un animal ou d'un liers, qui enlève à cette personne l'exercice de son activité<sup>7</sup>.

Sous cette dernière forme, les hypothèses de contrainte sont assez rares<sup>8</sup>; elles sont au contraire nombreuses et plus variées

5. Arg. article 64. Mais, d'après la jurisprudence, ces deux dernières conditions seraient exigées: l'irresponsabilité pénale ne pourrait résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine, et que celle-ci n'a pu prévoir. V. Cass., 7 août 1890, S. 1891.1.238; 7 novembre 1890, S. 1891.1.239; 3 août 1909, S. 1910.1.55; 20 janvier 1921, S. 1922.1.185. A ce qu'il semble bien, cette opinion, qui ajoute manifestement au texte de la loi, n'est pas davantage conforme à l'esprit général du droit pénal. D'une part, en effet, le caractère extérieur à la volonté de l'agent de l'événement qui a fait intervenir l'acte illicite en soi, n'est exigé ni en matière de légitime défense, ni en cas de nécessité. Est-ce que, par exemple, le voleur, qui s'est introduit de jour dans une maison habitée, ne sera pas justifié par la légitime défense, si surpris et menacé de mort par le propriétaire il le prévient et tire pour ne pas être tué? V. *infra*, § 56, texte et note 20. Il pouvait cependant s'abstenir de voler. Pourquoi donc ce qui est vrai dans ce cas, ne le serait plus en cas de contrainte? On objecte l'existence d'une faute, lorsque l'événement arrivé est dépendant de la volonté de l'agent. Mais, la faute n'existe-t-elle pas aussi pour le voleur qui s'est mis de lui-même dans un mauvais cas? N'est-ce pas de plus oublier que, pour créer la responsabilité pénale, il faut non pas une faute passée et antérieure, mais une faute présente, existant au moment de l'acte incriminé? D'autre part, l'imprévisibilité de l'événement n'est pas davantage à retenir. L'exiger c'est visiblement confondre la force majeure et le cas fortuit, qui la requiert seul. Et c'est aussi introduire dans la théorie de la contrainte un élément qui ne figure pas dans celle de la légitime défense ou de la nécessité. Le voyageur, qui traverse un pays infesté de brigands, sait qu'il pourra être attaqué. En sera-t-il moins en état de légitime défense, si cet événement se produit? Et la circonstance qu'en prévision d'une attaque possible, il se sera muni d'armes avant d'entreprendre son voyage, sera-t-elle retenue pour le rendre pénalement responsable? Evidemment non. La même solution est donc à répéter également à propos de la contrainte.

6. V. Jousse, II, p. 626.

7. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 65 et suiv.; 75 et suiv.; 78 et suiv.

8. Elles se rencontreront surtout dans les cas de délit d'inaction. V. Ortolan, I, n° 356; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 341. V. encore Cass., 22 août 1856, S. 1856.1.841; 22 mars 1883, *Bull. crim.*, n° 82; 21 novembre 1895, *Bull. crim.*, n° 293. Beaucoup de confusion existe encore sur cette matière dans la doctrine. Ainsi, Garçon (*Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 79) range dans les cas de contrainte physique l'état d'une personne placée en état de sommeil hypnotique et commettant machinalement un crime ou un délit sur l'ordre du magnétiseur. Mais, à ce qu'il semble,

1. V. Cass., 23 janvier 1874, *Bull. crim.*, n° 27; 7 novembre 1890, S. 1891.1.239; 3 avril 1909, S. 1910.1.55.

2. V. Trébutien, I, n° 539; Molinier et Vidal, *Traité de dr. pén.*, II, p. 188; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 275; G. Lepoittevin, note dans D. P. 1901.1.82. Cass., 24 février 1906, *Bull. crim.*, n° 101.

3. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 64 et 85; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 341. Cass., 21 juin 1866, D. P. 1866.1.415; 3 août 1866, *Bull. crim.*, n° 201; 10 juillet 1868, S. 1869.1.284; 30 janvier 1879, S. 1882.1.41; 28 décembre 1900, S. 1903.1.254; 3 avril 1909, S. 1910.1.55; 2 mars 1912, D. P. 1913.1.463; 14 avril 1916, *Bull. crim.*, n° 96.

4. V. *suprà*, §§ 19 et 44. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 58.

quand il s'agit des forces de la nature (*cas de force majeure*).

C'est ainsi qu'on ne saurait reprocher à un voiturier d'avoir circulé la nuit sans lanterne allumée à sa voiture, lorsqu'il est constaté que cette lanterne, allumée par lui à plusieurs reprises, a constamment été éteinte par la violence du vent ou l'abondance de la pluie<sup>9</sup>.

C'est ainsi encore qu'on ne peut pas imputer à des propriétaires de n'avoir pas exécuté un arrêté municipal leur imposant d'empêcher la formation de mares sur leurs terrains, lorsque cette exécution est irréalisable, tant que l'administration n'a pas pourvu à l'ensemble des travaux des chaussées et des canaux d'écoulement<sup>10</sup>.

## 2. Contrainte morale.

La contrainte morale est la violence exercée sur la volonté d'une personne par une force physique de la nature, ou la domination d'un tiers, qui, en produisant sur son esprit un sentiment de peur, de crainte ou d'asservissement, la prive de son libre arbitre, et l'oblige à commettre un délit<sup>11</sup>.

il est préférable d'assimiler cette situation à celle du somnambule, et d'y voir, non un cas de contrainte, mais un état de démence. V. *suprà*, § 48, texte et note 6. Le même auteur comprend (*op. cit.*, n° 86) également le *fait du prince* sous la notion de contrainte physique. V. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 341. Ici encore, il paraît plus juste d'y voir une application de l'ordre de la loi. Pareillement, Garraud (3<sup>e</sup> éd., I, n° 341 b) cite comme exemple de contrainte physique l'hypothèse d'une personne mise dans l'impossibilité d'éviter un acte illicite, tel que le baigneur obligé de se montrer nu en public, parce que le vent ou des voleurs lui ont emporté ses vêtements. Mais, l'exemple de Virginie, de l'abbé B. de Saint-Pierre, montre l'impropriété de la contrainte (surtout physique); le délit est simplement un délit nécessaire. V. *infra*, § 57. Par contre, le même auteur (*op. cit.*, n° 357) ainsi que Vidal et Magnol (n° 179, note 3) voient un exemple de contrainte morale dans le cas du voyageur qui dépasse sans billet la station de chemin de fer où il doit descendre, par suite d'un accident, d'une maladie ou de toute autre cause qui l'empêche de quitter le train. C'est plutôt, à ce qu'il semble, un exemple de contrainte physique.

9. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 66; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 177, Cass., 28 février 1861, S. 1861.1.671; 10 janvier 1879, S. 1879.1.435.

10. V. Cass., 23 juillet 1864, S. 1865.1.470.

11. V. Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, I, p. 83. Pour certains auteurs tel que Garraud (3<sup>e</sup> éd., I, n° 342), en cas de contrainte morale, la liberté d'option subsisterait, mais diminuée; et l'acte ou l'omission ne serait pas fatal. Mais, de deux choses l'une : ou bien, la contrainte morale rentre dans les termes de l'article 64; et alors elle a la même nature que la contrainte physique, qui, de l'aven unanime, supprime la liberté d'option; ou bien elle a une nature différente, parce qu'aucune action ne peut être dite fatale, quand l'individu n'est pas opprimé matériellement; et alors, elle est étrangère à l'article 64 qui n'excuse que le délit commis sous l'empire d'une *force irrésistible*. V. également, Cass., 29 juin 1919, *Bull. crim.*, n° 150. Pour d'autres auteurs, tels par exemple que Garçon (*Code pén. ann.*, sous l'art. 64, n° 94) et Garraud (3<sup>e</sup> éd., I, n° 340), la contrainte morale se

Dans l'ancien droit, la violence et la crainte n'étaient pas tenues pour une cause d'impunité; elles ne servaient qu'à atténuer la peine; encore n'en était-il ainsi que dans les infractions légères. En particulier, elles n'excusaient pas l'homicide, pour lequel on posait, au contraire, la règle qu'« il vaut mieux souffrir la mort que la donner injustement à un autre »<sup>12</sup>.

Mais, il ne me semble pas que cette tradition, d'ailleurs contestée, ait été maintenue par le droit moderne.

D'une part, les termes de l'article 64 du Code pénal sont généraux, et embrassent aussi bien la violence morale que la violence physique. D'autre part, la loi ne demande pas l'héroïsme: elle se contente de vertus plus modestes, et se borne à exiger qu'on ne lèse pas volontairement autrui. Or, une volonté contrainte n'est pas une volonté punissable, du moins au regard du droit pénal<sup>13</sup>.

Les cas de contrainte morale sont d'ailleurs assez rares; car, pour les rencontrer, il faut trouver une abdication complète du libre arbitre: ni la crainte révérentielle du fils vis-à-vis du père, de l'épouse vis-à-vis de l'époux, ni la subordination de l'ouvrier à l'égard du patron ne les constituent<sup>14</sup>.

D'un autre côté, au lieu de faire de la contrainte morale, comme on en a eu une certaine tendance, surtout dans la pratique, une sorte d'excuse générale servant à pallier les insuffisances de la technique du Code pénal, il est préférable, à cause même de l'absence de tradition sur ce point, d'en restreindre rigoureusement l'application aux hypothèses, où manque réellement le libre arbitre de l'auteur du fait.

La contrainte morale, en effet, diffère dans ses causes, mais non pas dans ses effets, de la contrainte physique, avec laquelle la confond le texte de la loi.

ramènerait à l'hypothèse de l'état de nécessité. Ce qui est visiblement erroné. V. *infra*, § 57.

12. V. Matthaüs, *De criminibus ad libr. XLVII et XLVIII Dig. Comment.*, prolégomènes, I, 12; Barbeyrac, notes sur Puffendorf, I, p. 83; Jousse, II, p. 626. *Contr.*, Farinacius, quest. 97, note 11; Julius Clarus, quest. 60, n° 17; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 31.

13. V. Rauter, *Dr. crim.*, I, n° 69; Ortolan, I, n° 357; Chauveau et F. Hélie, I, n° 372 et 373; Blanche, *Et. sur le Code pén.*, II, n° 203; Lesellyer, *Crimin. et pénal.*, I, n° 89; Trébutien, I, n° 535; Laborde, n° 150; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 346 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 178. Cass., 18 février 1875, *Bull. crim.*, n° 59; 28 décembre 1900, S. 1903.1.254.

14. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 380 et suiv.; Ortolan, I, n° 362. Nancy, 29 juillet 1846, S. 1848.2.17; Cass., 28 avril 1866, S. 1867.1.46; 18 janvier 1902, S. 1903.1.247; 21 décembre 1901, S. 1905.1.543; 18 décembre 1909, S. 1912.1.484. Comp., dans l'ancien droit, Farinacius, quest. 97, n° 149 et suiv.; Jousse, II, n. 627.

Elle comporte donc également une mainmise complète sur la liberté de l'individu, mainmise qui plie, opprime, annihile celle-ci, et impose à la personne une direction unique. Lorsqu'un choix subsiste, ne serait-ce qu'entre deux partis, la contrainte morale disparaît; car la liberté d'agir existe, avec toutes ses raisons pour décider dans un sens plutôt que dans un autre<sup>15</sup>.

Mais, ce n'est pas contrevenir à la règle qui précède que d'admettre la contrainte morale, aussi bien pour les violences nées d'une force interne, que pour celles qui proviennent d'une force extérieure à l'agent, la loi exigeant uniquement qu'il s'agisse d'une force irrésistible, et n'ayant pas demandé en outre son origine : ce qui paraît assez juste<sup>16</sup>.

## II. Faits qui suppriment la faute, les deux autres conditions de la responsabilité pénale existant.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, III, p. 500 et suiv.; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., I, §§ LV, LVII-LXVII; II, §§ LXXIV-LXXVIII; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 185 à 238; — Esmein, notes dans S. 1901.1.161; et 1902.1.202; — Lepoittevin, note dans S. 1896.1.81; — Ch. Lyon-Caen, note dans S. 1903.

15. V. Ortolan, I, n<sup>o</sup> 359; Trébutien, I, n<sup>o</sup> 545. Cass., 19 février 1875, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 59; 10 septembre 1894, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 248.

16. La doctrine et la pratique sont cependant en sens opposé. V. Chauveau et F. Hélie, I, n<sup>o</sup> 376; Trébutien, I, n<sup>o</sup> 539; Boitard, *Leçons de droit criminel*, 13<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 149; Laborde, n<sup>o</sup> 149. Cass., 11 avril 1908, S. 1909.1.473. Mais, cette solution, quelque généralement admise qu'elle soit, ne satisfait ni la loi ni la raison. Elle ne satisfait pas la loi, car elle mutilé l'article 64 du Code pénal, qui établit la contrainte, à côté de la démence, comme cause d'irresponsabilité pénale, sans déterminer ni la nature matérielle ou immatérielle, ni l'origine extrinsèque ou intrinsèque de la force, que le législateur suppose seulement irrésistible, pour la déclarer justificative. Il est donc arbitraire de limiter l'irresponsabilité pénale aux faits étrangers à l'agent. Il est vrai qu'on prétend échapper à ce reproche en déclarant qu'il n'y a pas de force irrésistible, lorsque la cause d'impulsion est interne, et que l'homme, pouvant se vaincre lui-même, ne peut pas se dire contraint par sa nature emportée ou vicieuse. Cela est vrai en général, et de l'homme normal. Mais, il faut se garder de penser qu'il n'y a pas, et qu'il ne peut pas y avoir exceptionnellement des êtres faibles, chez qui la raison le cède à l'impulsion des impressions, des malades qui voudraient réagir, et sont impuissants à le faire. Et c'est parce qu'il en existe, que la jurisprudence qui les punit, heurte en outre la raison. Elle la blesse, puisqu'elle frappe des infirmes, qui sont poussés au délit par une force supérieure à leur faible volonté, et qu'elle les condamne, alors que la peine est pour eux un avertissement inutile, qui ne les empêchera pas de récidiver. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 276. V. également Cass., 29 juin 1919, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 150. Comp. Garraud (3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 356) qui admet l'impunité, mais la justifie par la démence; ce qui ne paraît pas exact : si on a affaire à des malades, à des impulsifs, on n'a pas en face de soi des déments ou des insensés; leur volonté est passive, mais leur conscience n'est pas éteinte.

1.5; — Chavegrin, note dans S. 1904.1.57; — Roux, notes dans S. 1895.1.249 (non signée); 1899.2.1; 1905.1.297; 1910.1.329; 1914.1.169 et 2.217; et 1918.1.25; — Naquet, note dans S. 1918.1.9.

## § 50.

### Observations générales.

Les faits qui suppriment la faute de l'auteur d'un acte dommageable, tout en laissant subsister son intelligence et sa liberté sont nombreux.

On peut les diviser en deux groupes, suivant que l'agent est inconscient du caractère illicite de l'acte qu'il a accompli, ou qu'au contraire il a eu, ou pu avoir, conscience de ce caractère.

1<sup>o</sup> Dans le premier groupe rentre le *cas fortuit* et l'*erreur*.

2<sup>o</sup> Au second appartiennent :

*l'ordre de la loi* et le *commandement de l'autorité légitime*;

*la qualité de belligérant*;

*le motif légitime*;

*le conflit de devoirs*;

et le *consentement de la victime*,

ces deux derniers dans les cas reconnus par la loi.

Tous ces faits ont de commun que l'auteur de l'acte n'a pas commis de faute, en accomplissant celui-ci. Ils forment les applications concrètes du principe, établi par le droit positif, qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute.

Et, de là découle une double conséquence :

a. Il y aurait de l'arbitraire à admettre certains de ces faits, et à écarter les autres, sous prétexte du silence de la loi.

Ce serait supposer, d'une part, que la peine peut perdre le caractère de sanction morale, que lui attribue le droit positif; et, d'autre part, aboutir à des conséquences, ou inadmissibles ou illogiques<sup>1</sup>.

1. Est-ce qu'on admettra, en effet, parce que la loi est muette, que l'homicide commis par cas fortuit est punissable? Et si on rejette justement cette solution, comment frappera-t-on les délits accomplis dans d'autres circonstances, d'où est également exclue toute faute? On doit rappeler encore que le silence de la loi n'a pas empêché d'étendre les dispositions des articles 64 et 66 du Code pénal. Si on l'a fait, c'est parce qu'on y a reconnu l'application d'un principe général de droit. Il serait incohérent et illogique de nier celui-ci sur d'autres points. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., p. 724, lettre a. La pratique s'est tirée d'embarras dans les deux cas les plus difficiles, en faisant rentrer le cas fortuit dans la force majeure, et la nécessité dans la contrainte morale. Même système dans Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 188. Mais, c'est un moyen héroïque qui est rien moins que satisfaisant : le cas fortuit n'est pas la force majeure, et la nécessité est généralement distincte de la contrainte morale. Lorsque, par exemple, un soldat tire à la cible, et que sa balle

b. Mais, la responsabilité pénale reparait toutes les fois qu'on trouve à la charge de celui qui invoque un fait justificatif les éléments d'une faute : ce qui peut arriver, soit en sortant des conditions auxquelles la loi reconnaît l'existence de la cause de justification, soit en faisant de celle-ci un usage excessif.

#### N° 1. Cas fortuit.

##### § 51.

On appelle *cas fortuit* la circonstance imprévue, et généralement soudaine, qui imprime une direction dommageable à l'activité volontaire et libre d'une personne. Celle-ci ne saurait être déclarée responsable, lorsqu'en agissant comme elle a fait, elle n'a commis aucune faute. L'accident est alors arrivé « par l'effet de circonstances malheureuses, ou fortuites, par une de ces causes impossibles à prévoir, qui ne tiennent à aucune négligence ou imprudence de la part de leurs auteurs »<sup>1</sup>.

Ces circonstances malheureuses peuvent résulter aussi bien d'un fait de l'homme que du hasard.

Elles peuvent, d'ailleurs, se rencontrer avec un certain risque, volontairement accepté par la victime<sup>2</sup>.

Bien que souvent confondus à cause de leurs effets communs<sup>3</sup>, le cas fortuit et le cas de force majeure sont cependant

ricochant va à un kilomètre de là tuer quelqu'un, on ne peut pas manifestement parler d'un meurtre qu'il a commis sous l'empire d'une force à laquelle il n'a pas pu résister : il n'avait qu'à ne pas tirer, et l'accident ne serait pas arrivé. De même, l'individu, qui, sans être médecin, donne un médicament à un malade en péril de mort, n'agit pas sous l'empire de la contrainte; il remplit un devoir d'humanité; mais il ne fait pas un acte forcé. La vérité est que la pratique a cru trouver dans l'article 65 du Code pénal un obstacle à un développement logique des règles de droit. Mais, comme il a été dit plus haut (*Suprà*, § 19, note 12), ce texte, qui doit être rapproché de l'article 339 du Code d'instruction criminelle, est inapplicable à la matière. Il concerne les excuses légales; et dans ce cercle, on doit l'appliquer rigoureusement; mais, il est étranger aux causes d'irresponsabilité pénale ou de justification, qui ne nécessitent pas la position d'une question spéciale.

1. V. Monseignat, dans Loché, XXX, p. 513-514. V. également, pour le droit romain et l'ancien droit, loi 52, § 4, et loi 57 Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2; Farinacius, quest. 126; Jousse, II, p. 637, et III, p. 519 et suiv.

2. C'est ainsi que Jousse (III, p. 522) rangeait parmi les homicides *casuels* l'homicide commis en jouant à la lutte, à la paume, au jeu des armes, lorsqu'il n'y avait pas de faute de la part de celui qui avait tué, « parce que c'est une des lois de ces jeux de renverser par terre son adversaire ou de lancer la balle contre lui ». Cfr. Pierre Garraud, *Les sports et le droit pénal*, dans la *Revue intern. de dr. pén.*, 1924, p. 202 et suiv. V. *infra*, § 53, texte et note 7.

3. Pour la jurisprudence, ces deux termes sont, en effet, synonymes, appelant *force majeure* un événement, indépendant de la volonté humaine, que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer. V. Cass., 7 novembre 1890, S. 1891.1.239; 3 avril 1909, S. 1910.1.55; 6 juin 1918, *Bull. crim.*, n° 124.

à distinguer. Ici, l'agent a conscience qu'il commet un acte défendu par la loi, et sent l'impuissance où il se trouve à en conjurer le résultat. Là, il est inconscient des suites qu'aura l'acte, qu'il fait d'autant plus librement que celui-ci est licite au moment où il l'accomplit.

Ainsi, on doit voir un cas fortuit, et non un cas de force majeure, dans les accidents causés par des tirs à la cible, ou par l'explosion de machines à vapeur, ainsi que dans le dégât commis par des animaux, qui se sont enfuis de l'enclos, où ils étaient enfermés, à la suite du vol opéré nuitamment de la barrière de cet enclos<sup>4</sup>.

Quoique le Code pénal de 1810 ne se soit pas expliqué sur le cas fortuit, il n'est pas douteux que celui-ci rend non punissable l'infraction, qui a été accomplie par suite de son intervention<sup>5</sup>. Arg. Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> part., tit. 2, sect. 1<sup>re</sup>, art. 1<sup>er</sup>.

Mais, l'infraction cesse d'être casuelle, dès que dans son accomplissement se rencontre une faute pénale, imputable à son auteur<sup>6</sup>.

#### N° 2. Erreur ou ignorance.

BIBLIOGRAPHIE : Villey, *De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale* (France judiciaire, 1877); — J. Radulesco, *De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale*, Paris, 1923.

##### § 52.

L'erreur que commet l'auteur d'un acte, que la loi déclare punissable, peut être de nature différente<sup>1</sup>.

Elle peut être le résultat de l'ignorance de la loi pénale (*erreur de droit*), ou l'effet de la non-connaissance d'une circonstance, qui rend illicite l'acte que l'on croyait licite (*erreur de fait*).

D'un autre côté, elle peut accompagner la bonne foi ou la mauvaise foi de l'agent, suivant que celui-ci ne savait pas com-

4. V. Cass., 12 octobre 1850, S. 1853.1.463. V. Jousse, III, p. 520.

5. V. Cass., 6 avril 1827, S. chr.; 12 octobre 1850, S. 1853.1.463.

6. Sur la faute pénale nécessaire pour caractériser la responsabilité pénale, voy. *suprà*, § 40.

1. V. Jousse, III, p. 523. Certains auteurs distinguent l'ignorance et l'erreur; la première suppose une absence de connaissance, la seconde une connaissance fautive. « Errer, disait Bossuet, c'est croire à ce qui n'existe pas; ignorer, c'est simplement ne le savoir pas ». Mais, dans la terminologie juridique, ces deux états d'âmes différents se ramènent à un seul, l'erreur; car l'ignorance, c'est également une croyance erronée de ce qui existe. V. Savigny, *Droit romain*, III, p. 337.

mettre un délit quelconque, ou qu'au contraire il savait accomplir un acte défendu par la loi, mais en ignorant lequel.

Dans cette dernière hypothèse, l'erreur pourra porter soit sur la personnalité de la victime (*erreur sur la personne*) ou sur les modalités ou l'objet de l'infraction que le délinquant cherchait à perpétrer (*erreur sur l'objet*). En principe, ces deux sortes d'erreur, n'étant pas exclusives de la volonté criminelle, sont impuissantes à affranchir le prévenu de la responsabilité complète, qui résulte du fait qu'il a accompli.

Il en est toutefois différemment, lorsqu'elles portent soit sur un élément essentiel de l'infraction projetée, soit sur une circonstance aggravante ignorée de l'inculpé : au premier cas, il y a lieu d'appliquer les règles du délit impossible; au second, de ne retenir à la charge du délinquant que la responsabilité simple du délit, qu'il avait l'intention de commettre<sup>2</sup>.

Quant à la bonne foi de l'agent, bien qu'elle soit exclusive de toute volonté criminelle, elle ne parvient pas cependant à détruire en toutes circonstances la responsabilité pénale.

Une distinction est à faire entre l'erreur de droit et l'erreur de fait<sup>3</sup>.

D'après l'opinion dominante, l'erreur de droit n'abolit pas la responsabilité pénale, parce que le juge ne saurait en tenir compte, à cause de la règle, acceptée comme une nécessité

2. V. Ortolan, I, n° 387; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 100; Laborde, n° 139; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 310.

3. La distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est traditionnelle. V. en droit romain la loi 9 pr. et § 5 Dig., *De jur. et facti ignorantia*, livre XXII, titre 6, et la loi 11, § 4, Cod., *De his qui not.*, livre III, titre 2; au Moyen âge, Farinacius, quest. 90, n° 91 et suiv.; et dans l'ancien droit français, Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. xxx, §§ 9 et 12; Bouthillier, *Somme rurale*, livre XI, titre 18; Grotius, *Dr. de la guerre et de la paix*, livre II, chap. 20, § 43; Jousse, III, p. 612; Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, p. 34. Mais, elle n'a pas toujours été entendue de la même manière. Le droit romain excusait l'erreur de droit qui portait sur les règles du droit civil (par opposition, les règles du droit des gens) de la part des mineurs de vingt-cinq ans, des femmes, des paysans et des soldats. Au Moyen âge, l'excuse fut étendue sur le même objet à toutes les catégories de personnes (probablement en corrélation avec la formation du principe de la territorialité de la loi pénale). V. Farinacius, quest. 90, n° 105 et suiv. Par contre, à partir du xviii<sup>e</sup> siècle, on assiste à une restriction du domaine de l'excuse. Mais, ce n'est que dans le droit moderne que se forma le concept absolu que l'erreur de droit est inexcusable. V. Merlin, *Répert. v. Ignorance*, Rauter *Dr. crim.*, I, n° 61; Ortolan, I, n° 388; Garçon, *Code pénal ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 85 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 183 et 184. Cass., 27 février 1847. S. 1847.1.552; 8 juin 1874, S. 1874.1.319. On trouve cependant, sous celui-ci, quelques auteurs qui, séparant l'ignorance de la loi de l'erreur de droit, admettent au premier cas, au moins sous certaines circonstances, l'absence de toute culpabilité. V. Molinier, *Traité th. et prat. de dr. pén.*, p. 208 et suiv.; Laborde, n° 208.

sociale, que « nul n'est censé ignorer la loi pénale ». Ayant pris les mesures convenables pour assurer la connaissance de la loi, le législateur est, en effet, en droit de déclarer fautive la négligence de ne pas s'en être instruit, et, partant, de ne pas en avoir respecté les dispositions<sup>4</sup>.

Et cette faute persiste, même lorsque la bonne foi du prévenu est absolue, ou repose sur l'erreur commune, comme au cas de tolérance de l'Administration, ou d'un usage général contraire à la loi<sup>5</sup>.

Au contraire l'erreur de fait, lorsqu'elle porte sur les éléments constitutifs du délit<sup>6</sup>, est susceptible d'entraîner l'irresponsabilité pénale.

Mais, elle ne produit cette conséquence que dans les infractions intentionnelles, parce que, engendrant la bonne foi du prévenu, elle est exclusive de l'intention, qui est nécessaire à l'existence de ces infractions. *Voluntas, non factum puniendum est*. Arg. art. 116 et 163. Elle est donc inopérante dans les délits par imprudence, la faute par imprudence pouvant exister, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi du contrevenant<sup>7</sup>.

Toutefois, si l'erreur de fait est telle qu'elle est exclusive de la négligence ou de l'imprudence la plus légère (*erreur invincible*), elle entraînera, même dans les infractions non intentionnelles, l'irresponsabilité pénale de l'auteur du fait, lequel n'est plus à envisager que comme auteur d'un fait casuel ou fortuit.

Cependant, la difficulté à se renseigner n'est pas assimilable à la force majeure<sup>8</sup>.

Enfin, il est à rappeler que l'erreur, qui porterait sur la croyance du caractère illicite d'un acte que la loi auto-

4. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 85 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 306. V. sur l'erreur de droit séparée de l'ignorance de la loi, une théorie demeurée isolée de Lainé, n° 206, et de Laborde, n° 159. V. Cass., 14 mai 1852, S. 1852.1.855; 12 août 1881, S. 1881.1.439.

5. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 307. Cass., 27 juillet 1878, S. 1879.1.287; 31 juillet 1880, S. 1881.1.186; 3 décembre 1880, S. 1882.1.336; 17 novembre 1881, S. 1884.1.95; 24 août 1883, S. 1885.1.336; 1<sup>er</sup> juillet 1905, *Bull. crim.*, n° 334. V. aussi Orléans, 5 juillet 1898, S. 1899.2.201. On admet toutefois que l'ignorance de la loi, résultant d'une impossibilité, est exclusive de la responsabilité pénale. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 88; Laborde, n° 138; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 307 b.

6. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 308. Par contre, l'erreur qui porte sur les suites du délit, est ordinairement inopérante. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 90 et suiv.

7. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 1<sup>er</sup>, n° 101.

8. V. notamment, Cass., 8 juin 1874, S. 1874.1.319; 24 janvier 1908, *Bull. crim.*, n° 32.

rise (*délit putatif*), n'est pas constitutive d'une responsabilité pénale.

N° 3. Ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime.

§ 53.

a. *Ordre de la loi.*

L'ordre de la loi exclut naturellement la responsabilité pénale : la loi, sans se contredire, ne peut pas punir celui qui lui a obéi<sup>1</sup>. V. art. 327.

Plus exactement, on peut dire qu'il existe un conflit de lois ; et que, conformément au principe général, l'ordre de la loi spéciale l'emporte sur celui de la loi générale.

Il est au contraire inexact de penser que cette obéissance constitue un cas de contrainte morale. Malheureusement, en effet, les malfaiteurs ne prouvent que trop par leurs actes que la puissance des lois n'a pas une force irrésistible.

Il y aurait lieu cependant de distinguer pour les honnêtes gens, suivant que l'ordre de la loi comporte une coercition judiciaire ou qu'il n'en entraîne pas. Au premier cas, l'idée de contrainte morale n'est pas impossible. Au contraire, dans le second, il convient de ne parler que d'absence de faute. Celui qui exécute le commandement de la loi, ne saurait être recherché, quel que soit ce commandement, parce que la loi ne peut pas déclarer injuste ce qu'elle a elle-même ordonné. Mais, c'est volontairement qu'il y satisfait, librement et sans contrainte ; et s'il estime l'obéissance trop pénible, il lui est loisible de s'abstenir : par exemple pour un fonctionnaire, en donnant sa démission<sup>2</sup>.

L'article 327 du Code pénal ne s'exprime que sur l'homicide, les blessures et les coups ; il n'est pas douteux cependant qu'il justifie également les autres délits<sup>3</sup>, comme une violation de

1. D'après Chauveau et F. Hélie (IV, n° 1473) et Vidal et Magnol (6<sup>e</sup> éd., n° 186), qui interprètent littéralement l'art. 327, le fait justificatif supposerait une double condition : l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime. Mais, cette opinion, quoique elle puisse s'appuyer sur le texte de l'article 327, ne paraît pas exacte ; et les deux conditions doivent être séparées : ce qui constitue deux faits justificatifs différents. Arg. Code d'inst. crim., art. 106. V. Trébutien, I, n° 539 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 154 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 452, I ; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 181. Comp. Lahorde, n° 168.

2. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 153 et suiv.

3. Les auteurs sont unanimes sur ce point, mais sans en indiquer ordinairement

domicile, une arrestation de personne, une battue de chasse sur le terrain d'autrui<sup>4</sup>, ou un domage causé à la propriété privée. Arg. art. 184, 186 et 378 ancien.

Mais, l'infraction cesserait d'être justifiée, si les conditions auxquelles la loi l'ordonne ou l'autorise ne se trouvaient point remplies : comme serait l'exécution d'un condamné à la peine capitale avant le rejet du pourvoi en cassation<sup>5</sup>.

b. *Commandement de l'autorité légitime.*

La même justification s'applique, pour les mêmes motifs, aux commandements de l'autorité légitime : la société serait immédiatement désagrégée, si le pouvoir de commander remis à l'autorité publique n'avait pas, comme contre-partie, le devoir d'obéissance des citoyens. V. art. 327.

Par *autorité légitime*, on doit entendre les corps ou les citoyens qui sont régulièrement investis d'une parcelle quelconque de la puissance publique. On n'y comprend pas les individus, qui, dans l'intérieur de la famille, exercent une autorité domestique, tel que le père à l'égard de ses enfants, et le mari vis-à-vis de sa femme<sup>6</sup>.

D'un autre côté, on doit remarquer que la cause de justification est générale, et s'applique, comme l'ordre de la loi, en dehors des trois hypothèses de l'article 327, à tout acte commandé, quelle que soit sa nature<sup>7</sup>. Arg. art. 338.

*Responsabilité en cas d'ordre illégal.*

Mais, à la différence de ce qui existe pour la loi, la justification n'a lieu que tout autant que le commandement de l'autorité est légal, c'est-à-dire qu'il émane d'une autorité compétente

de raison. Celle-ci est dans l'existence de la règle générale de droit, dont l'article 327 contient une application. Il faut, en particulier, rejeter l'explication de Vidal et Magnol (6<sup>e</sup> éd., n° 188), qui prétendent compléter l'art. 327 à l'aide de la théorie de la contrainte morale : ce qui est confondre le fait justificatif avec une cause d'irresponsabilité pénale.

4. V. Arrêté du Directoire du 19 pluviôse an V ; loi du 5 avril 1884, article 90, n° 9. V. sur cette immunité spéciale, Cass., 19 janvier 1894, S. 1895.1.249 ; 17 juillet 1920, *Bull. crim.*, n° 330. V. aussi Cass., 12 juin 1886, S. 1886.1.489 ; 30 septembre 1886, *Bull. crim.*, n° 339.

5. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1476. V. également Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 454.

6. V. Trébutien, I, n° 544 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 456. Cass., 5 mai 1837, S. 1838.1.285 ; 28 avril 1866, S. 1867.1.46.

7. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 453 ; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 180.

pour le donner, et qu'il est régulièrement donné<sup>8</sup>. Arg. art. 120 et 341.

Cette double condition est nécessaire.

L'obéissance complète n'est due qu'à la loi, parce que la loi, par hypothèse, ne saurait être illégale<sup>9</sup>. Il n'en est pas de même des commandements de l'autorité, qui n'ordonne qu'en vertu d'une délégation de la puissance législative, et dans les limites où cette délégation lui a été consentie. Au-dessus d'elle, il y a la loi, dont le respect s'impose à tous, même et surtout, à ceux qui sont investis d'une partie de la puissance publique. Bien loin d'être couverts par l'ordre illégal, ceux qui l'auraient exécuté, pourraient donc être recherchés, comme auteurs ou complices de l'infraction qui a été commise<sup>10</sup>. Arg. art. 341.

Toutefois, par exception, et afin de maintenir l'esprit de discipline, la loi dispense de toute responsabilité pénale, en présumant l'absence de faute, le fonctionnaire, qui a agi par ordre de son supérieur, quand il s'agit d'un objet du ressort de celui-ci, et sur lequel il était dû obéissance hiérarchique.

En pareil cas, le délit incombe en totalité à celui qui a donné l'ordre illégal, et non à celui qui a obéi. V. art. 114, al. 2, et 190<sup>11</sup>.

#### N° 4. Qualité de belligérant.

BIBLIOGRAPHIE : MORIN, *Les lois relatives à la guerre*; — H. GROTIUS, *De jure pacis ac belli*; — De Martens, *Précis du droit des gens moderne*.

#### § 54.

L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime sont des causes de justification, parce qu'ils créent un conflit de lois dans lequel la prépondérance est attribuée sur l'ordre géné-

8. V. Cass., 21 juin 1851, *Bull. crim.*, n° 242; 12 juin 1886, S. 1886.1.489; 19 janvier 1894, S. 1895.1.249; 20 septembre 1894, *Bull. crim.*, n° 248. V. aussi Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 455. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 182.

9. V. *suprà*, § 8, texte et notes 8 et 9, ce qui est dit des lois inconstitutionnelles.

10. V. Cass., 17 février 1855, S. 1855.1.236; 20 septembre 1894, *Bull. crim.*, n° 248. V. aussi la note 8 qui précède. V. en cas de transport, Cass., 18 janvier 1902, S. 1903.1.247. Mais, même dans ce cas, il est inexact de parler d'obéissance passive, la personnalité subsistant, malgré leur crime, chez les condamnés.

11. Les exceptions contenues dans les articles 114 et 190 étaient nécessaires pour maintenir, dans l'armée et dans les services civils, la subordination et la discipline. Mais, on a voulu quelquefois en tirer la théorie de l'obéissance passive. C'est, à ce qu'il semble, une erreur. Condamnée par la raison, cette doctrine est de plus repoussée par le législateur. V. loi du 5 août 1874, article 28; loi du 29 juillet 1881, article 25; loi du 28 juillet 1894, article 2, n° 2. V. Trébutien, I, n° 542. Laborde, n° 171; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 187, note 1.

ral de la loi à l'ordre particulier de la loi ou au commandement légitime de l'autorité.

Mais, ce n'est pas uniquement en droit interne qu'un semblable conflit peut se produire. Il peut également se rencontrer en droit international, où la qualité de belligérant viendra justifier des faits, qui, en d'autres circonstances, eussent comporté des sanctions pénales<sup>12</sup>.

Ce n'est pas que la guerre soit la négation du droit. Cette opinion a pu être soutenue autrefois<sup>13</sup>; elle est devenue certainement erronée aujourd'hui : il est faux que la guerre permet et justifie tout<sup>14</sup>. Elle relève, en effet, du droit des gens, et demeure soumise à l'empire de ses règles, que les nations modernes, dans leurs conflits armés, cherchent, par leurs conventions, à rendre plus précises et mieux respectées.

Mais, ce qui est vrai, c'est que la guerre crée un antagonisme entre le droit des gens (*jus gentium*) et le droit positif de chaque Etat (*jus proprium cujusque populi*), dans lequel la prééminence est accordée au premier, de sorte que le second ne peut plus incriminer ce que légitime celui-ci<sup>15</sup>.

Mais, la responsabilité pénale reparaît, dès que le fait incriminé, imputé à un soldat ennemi, n'est plus autorisé par les lois de la guerre<sup>16</sup>.

#### N° 5. Motif légitime.

#### § 55.

#### Division du sujet.

La responsabilité pénale, en dehors des cas qui précèdent, peut encore disparaître, quand l'auteur de l'acte a le droit de faire ce qu'il a fait, en d'autres termes, quand il peut dire *jure feci*<sup>1</sup>, ou que ce qu'il a fait, il l'a fait sans faute.

C'est ce qui se produit dans trois hypothèses différentes, qu'il convient de réunir sous la dénomination commune du *motif légitime*. Ce sont :

12. V. Cicéron, *De officiis*, livre III, § 32 : « *Neque est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare* ».

13. V. Jousse, III, p. 500; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1476.

14. Arg. Code de just. milit., articles 248, alinéa 5, et 249, alinéa 2. V. Morin, I, chap. II, n° 5; De Martens, II, § 279 et suiv.; Bluntschli, *Droit international codifié*, règle 657.

15. Comp. Cass., 9 février 1922, S. 1922.1.144.

16. V. Cass., 15 décembre 1871, S. 1872.1.44. V. *suprà*, § 16, note 24.

1. V. loi 151 Dig., *De regulis juris*, livre L, titre 17.

- 1° la *légitime défense*;
- 2° l'*état de nécessité*;
- 3° le *motif légitime proprement dit*.

Toutes ces hypothèses présentent un caractère semblable : c'est que l'auteur de l'acte avait un motif légitime pour agir comme il a fait, tout en demeurant libre de ne pas agir comme il a fait<sup>2</sup>. Par là, elles se séparent des hypothèses précédentes où la loi ordonnait. Ici, elle n'ordonne rien, elle ne commande pas l'atteinte qui est faite au droit d'autrui : elle se borne à légitimer ce qui est accompli.

D'autre part, entre elles, ces trois hypothèses se distinguent par leurs conditions d'existence.

En cas de légitime défense, il y a une menace qui est dirigée contre un bien, et une agression dont l'auteur qui se défend, est l'objet; en cas d'état de nécessité, la menace dirigée contre un bien subsiste, mais aucune agression ne se rencontre plus; enfin, en cas de motif légitime proprement dit, on ne trouve plus ni menace contre un bien ni agression.

Le motif légitime ne se présume pas; et c'est à celui qui invoque ce moyen à en rapporter la preuve<sup>3</sup>.

## A

## Légitime défense.

## § 36.

De tout temps, on a reconnu le droit pour une personne attaquée de repousser, par la violence, la violence dont elle est menacée : *Vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur*<sup>1</sup>.

Le droit romain contenait plusieurs dispositions sur ce point; et Cicéron (*Pro Milone*, cap. 4) pouvait dire qu'il ne s'agissait pas là d'une loi écrite, mais d'une loi naturelle : *Est hæc non scripta, sed nata lex*<sup>2</sup>.

2. C'est parce qu'on peut vouloir se laisser tuer ou périr plutôt que d'attenter aux jours d'autrui qu'il est préférable de s'attacher à une idée plus haute que celle de nécessité généralement donnée (Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 328, n° 1) pour expliquer la légitime défense et le délit dit nécessaire.

3. V. Farinacius, quest. 125, n° 419; Jousse, III, p. 507 et 517.

1. Loi 1<sup>re</sup>, § 27, Dig., *De vi*, livre XLIII, titre 16. V. aussi la loi 3 Dig., *De just. et jure*, livre 1, titre 1; la loi 4 et la loi 45, § 4, Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2. *Adde*, pour l'histoire, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 190.

2. Merlin (*Rép.*, v° *Homicide*, n° 2) rapporte ces paroles de l'avocat Lemaitre,

L'ancien droit maintint ce principe<sup>3</sup>. Mais, ayant pendant longtemps admis la responsabilité pénale matérielle, il en subordonnait l'application à l'octroi de lettres de rémission, qui donnait à la légitime défense l'apparence d'une grâce.

Le droit révolutionnaire est revenu à l'ancienne et exacte conception de la légitime défense, considérée comme l'exercice d'un droit. V. Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> part., tit. 2, sect. 1<sup>re</sup>, art. 5 et 6.

Et celle-ci a passé dans le droit moderne. V. art. 328.

Quelque traditionnelle que soit la légitime défense, il n'est peut-être pas de théorie qui ait donné lieu à des explications aussi nombreuses et plus divergentes.

Tout à tour on y a vu une application de la contrainte morale (Puffendorf), une exception à l'abandon que l'individu avait fait à la société de son droit naturel de défense (J.-J. Rousseau), une incompétence pour la société à punir ce qui est en dehors de la sphère du droit (*nécessité n'a pas de loi*), et enfin une coopération de la défense privée à l'œuvre de la défense sociale pour la sauvegarde des intérêts juridiquement protégés (Garraud)<sup>4</sup>.

Mais, tout d'abord, quel que soit le fondement métaphysique de la légitime défense, il y a lieu de reconnaître d'une part, que la situation qu'elle crée, n'est pas en dehors du droit, puisque celui-ci en précise les effets et en détermine les conditions (pas plus du reste que la contrainte n'est en dehors de la sphère juridique)<sup>5</sup>; et d'autre part, qu'elle ne suppose pas un trouble d'esprit (*perturbatio animi*), qui l'assimile à la contrainte, parce que celui qui est attaqué, loin de céder à une force irrésistible, y fait tête, et fait appel à son sang-froid et à toute son énergie pour la combattre.

qui méritent encore d'être citées : « Les lois condamnent les violences; mais lorsqu'elles défendent d'en faire, elles permettent de les repousser...; et elles ne commandent pas (aux individus) alors d'attendre leur protection et leur secours, et de remettre à être vengés par elles, parce que les innocents souffriraient une mort injuste, avant qu'elles fussent venues pour en faire souffrir une juste à ceux qui seraient coupables ».

3. V. Farinacius, quest. 125; Julius Clarus, § *Homicidium*, n° 9; Jousse, III, p. 502 et suiv.; Chauvrau et F. Hélie, IV, n° 1478.

4. Voy., sur ces différentes explications, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 161 et suiv.; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 3 et suiv. Mais, dire avec ce dernier auteur (*loc. cit.*, n° 8) que le fondement de la légitime défense est dans l'absence d'intérêt réel pour la société à punir, ne paraît pas non plus excellent, parce que c'est supposer comme unique fondement du droit de punir l'intérêt social; ce qui est dangereux et contestable, lorsqu'on n'y ajoute pas les conditions générales de la responsabilité pénale.

5. V. Laborde, n° 172.

D'un autre côté, si on observe que le Code pénal traite de la légitime défense à côté de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime, que la même rubrique embrasse l'homicide légal et l'homicide légitime, et que la même formule leur est appliquée, il paraît logique de rattacher plus simplement la légitime défense au principe général qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute, dont l'application semblait même si naturelle qu'on a voulu chercher d'autres fondements<sup>6</sup>.

Mais, c'est à cette idée d'absence de faute, commise par celui qui agit en état de légitime défense, qu'il convient de s'en tenir au regard du droit positif, parce que c'est elle qui explique les conditions légales de la légitime défense; et parce qu'aussi c'est elle qui justifie le mieux la réapparition de la responsabilité pénale, quand reparaît la faute chez celui qui se défend (*excès de la défense*).

#### 1. Conditions pour qu'il y ait légitime défense.

Pour qu'une défense soit légitime, et pour que la violation de la loi qu'elle comporte ne fasse encourir à celui qui l'a accomplie aucune responsabilité pénale, plusieurs conditions doivent se trouver réunies. Il ne s'agit pas, en effet, d'une situation abandonnée à la brutalité des adversaires, mais d'un état juridique, reconnu et réglé par le droit. Arg. art. 328 et 329.

a. Il faut, d'abord, que celui qui prétend avoir agi en état de légitime défense, justifie l'existence d'une agression.

La légitime défense est une défense; et il n'y a pas de défense, s'il n'y a pas une attaque qui a précédé.

Il importe peu, d'ailleurs, que l'agression émane d'un individu responsable ou d'un fou, d'une personne ou d'un animal<sup>7</sup>.

6. On aurait évité ces controverses si on s'était rappelé les distinctions que nos anciens criminalistes faisaient entre les homicides, toutes fondées sur l'existence ou l'absence de faute imputable à l'agent, et sur l'indication de l'homicide nécessaire rangé par eux dans les hypothèses où aucune faute ne pouvait être reprochée au meurtrier. V. Rousseau de Lacombe, *Matières criminelles*, p. 100 et suiv.; Jousse, III, p. 500 et suiv. Or, d'une part, Monseignat, dans les travaux préparatoires du Code, rapporte cette classification traditionnelle des homicides; et d'autre part, c'est à propos de l'homicide, que le Code traite de la légitime défense : le fondement de celle-ci dans notre droit positif ne saurait être plus clair.

7. V. Farinacius, quest. 125, n° 35 et suiv.; Julius Clarus, § *Homicidium*, in *supp.*, n° 78; Jousse, III, p. 504; Trébutien, I, n° 566; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 204 bis. Cass., 17 décembre 1864, S. 1865.1.392; 7 mai 1868, S. 1869.1.186; 26 décembre 1868, S. 1869.1.285; 7 juillet 1871, S. 1872.1.199. V. cependant en cas d'agression de la part d'un animal, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 106.

Arg. art. 454 et 554, et loi du 3 mai 1844 sur la chasse, art. 9, n° 3, *in fine*. La légitime défense est un acte de défense, et non pas une coopération à l'œuvre de la justice sociale.

Au reste, il n'y a pas de distinction à faire suivant que l'agresseur est un tiers ou un parent, voire un époux ou un père. Si le parricide n'est jamais excusable, ce n'est qu'en cas de provocation : le péril de la vie le justifie en cas de légitime défense<sup>8</sup>.

Il importe encore peu que cette agression soit dirigée contre la personne même qui fait l'acte incriminé, ou contre une autre, parente ou non parente de celle-ci : la loi légitime également la défense d'autrui<sup>9</sup>. V. art. 328.

Enfin, il est également indifférent que l'attaque menace la vie, l'intégrité corporelle<sup>10</sup>, ou simplement la propriété<sup>11</sup> : dans tous ces cas, la défense est légitime, pourvu du moins qu'elle soit sans excès et proportionnée à l'importance du bien menacé<sup>12</sup>.

8. V. Farinacius, quest. 125, n° 111; Jousse, III, p. 510; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1501; Ortolan, I, n° 1106; Trébutien, I, n° 566; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 94; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 340, note 3. Cass., 29 mai 1879, S. 1880.1.439.

9. V. Farinacius, quest. 125, n° 267 et suiv.; Julius Clarus, § *Homicidium*, n° 28; Jousse, III, p. 505; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1491; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 19; Laborde, n° 174; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 444; Degois, 3<sup>e</sup> éd., n° 191; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 201.

10. V. Cass., 2 août 1866, D. P. 1866.5.493; 5 novembre 1875, S. 1876.1.282; 5 août 1881, S. 1883.1.239. Certains auteurs, tels que Chauveau et F. Hélie (IV, n° 1482), distinguent entre les *outrages réparables* et les *outrages irréparables*. Mais, cette distinction, utile pour apprécier s'il y a eu excès dans la défense, n'a aucun fondement pour limiter le champ d'application de la légitime défense. Comp. Cass., 2 août 1866, D. P. 1866.5.493.

11. V. la note qui suit.

12. Cette règle existait dans l'ancien droit. V. Jousse, III, p. 501, 505 et 528. Et il n'y a pas de motif sérieux pour croire que le droit moderne s'en soit écarté. Des doutes sont nés cependant de la formule étroite de l'article 328; et un certain nombre d'auteurs ont prétendu limiter la légitime défense à la protection de la vie, à l'exclusion des autres biens. Mais, il tombe, d'abord, sous le sens, qu'il est aussi légitime de résister par la violence à un enlèvement qui menace simplement la liberté physique, à un viol, ou à un attentat à la pudeur qui blesse uniquement l'honneur, qu'aux attaques qui sont dirigées contre l'existence même. L'expression de la loi « défense de soi-même », est, d'ailleurs, assez large pour embrasser ces solutions, qui n'auraient pas dû faire difficulté. V. Ortolan, I, n° 421; Trébutien, I, n° 552; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 201; et surtout Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 26 et suiv.; 37 et suiv. L'embarras pouvait, au contraire, paraître plus grand quand il s'agit d'agression contre les biens, et l'hésitation croître, dans ce cas, de ce que l'article 329 ne semble admettre la légitime défense que dans deux hypothèses particulières : ce qui exclurait par *à contrario* les autres. Mais, là encore, on a d'abord perdu de vue que d'après les auteurs du Code (V. Loché, XXX, p. 513) les articles 328 et 329 sont « indicatifs mais non pas restrictifs ». On a surtout confondu la légitime défense avec la riposte qu'elle autorise. V. en particulier Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 200 et 202. Certainement, et sauf les

Elle existe même au profit d'un possesseur ou d'un simple détenteur<sup>13</sup>.

Enfin, elle se rencontre pour assurer le respect de l'inviolabilité du domicile<sup>14</sup>.

Mais, une attaque contre la personne morale de l'individu (injure, diffamation ou calomnie) ne constitue pas celui-ci en état de légitime défense<sup>15</sup>.

β. Il faut, en second lieu, que l'agression soit actuelle<sup>16</sup>.

hypothèses de l'article 329, la protection des biens ne justifie pas l'homicide de l'agresseur. La loi n'ayant pas puni le voleur de la peine capitale, sa victime n'a pas le droit de la lui infliger. Mais, ce que l'on ne comprendrait pas, c'est que la protection des biens n'autorisât pas les violences légères, et même les coups, pour empêcher la consommation de l'attentat. L'impunité est trop souvent le privilège des voleurs, pour qu'on augmente encore leurs chances d'échapper à la répression, en les laissant bénévolement accomplir leurs délits, sans leur opposer la moindre résistance; et la loi, qui fait un devoir à toute personne de saisir le prévenu surpris en flagrant délit (art. 106, Code instr. crim.), ne saurait faire un grief à la seule victime d'avoir employé la force pour empêcher une tentative de se transformer en délit achevé. Arg. articles 2 et 3. V. Laborde, n° 175; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 441 et 445. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 42 et suiv. V. aussi Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1480; Ortolan, I, n° 421 et 422. *Contrà*, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 202; Ch. Lyon-Caen, note dans S. 1903.1.50. V. aussi Trébutien, I, n° 554; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 189, qui ramène, inexactement d'ailleurs, la défense des biens à une défense de la personne.

13. Les auteurs, du moins en France, se sont en général assez peu préoccupés de savoir si la théorie de la légitime défense pouvait être invoquée par un possesseur ou un détenteur. Il y a cependant là de nombreuses situations intéressantes. Est-ce que par exemple un fermier devra se laisser enlever les bêtes de son cheptel, sous prétexte que, celles-ci appartenant au bailleur, le droit de défense légitime ne peut être exercé que par le dernier? Est-ce encore qu'un usufruitier, un possesseur *animo domini*, voire un simple détenteur, devront également se laisser dépouiller sans opposer la moindre résistance, parce que, n'étant pas propriétaires, ils ne bénéficieraient pas du fait justificatif? Qui le croira véritablement? Et qui pensera qu'on doit leur préférer l'agresseur et le voleur? La possession et la détention sont des situations juridiques, qui ont droit au même respect que la propriété elle-même. Quant au droit positif, on peut faire une double observation. D'une part, en autorisant la défense d'autrui, l'article 328 ne répugne pas aux solutions qui précèdent: les possesseurs ou détenteurs défendent la chose du propriétaire. D'autre part, et cette raison nous paraît meilleure, l'article 328, comme d'ailleurs l'article 327, suppose la reconnaissance d'un principe supérieur de justice et d'équité, dont le contenu déborde les limites de la règle écrite dans la loi: ici, c'est le principe de la protection privée de soi-même et de ses droits, quand la justice sociale est impuissante à le faire.

14. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 445, III.

15. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 445, II; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 201. Le motif est peut-être difficile à dégager; car la personne morale rentre dans la notion de soi-même de l'article 328. A ce qui semble, la raison qui doit en être donnée, c'est que, d'une part, la protection sociale ne fait point défaut dans les cas de ce genre, et, d'autre part qu'il manquera ordinairement le caractère d'actualité de l'agression qui est une condition de la légitime défense: plus souvent, on sera en présence d'une agression passée. V. *infra*, la lettre β.

16. Sur ce caractère, voy. Farinacius, quest. 125, n° 65 et 66; Julius Clarus, § *Homicidium*, n° 36; Jousse, III, p. 507; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1483; Tré-

Ce qui n'implique pas qu'elle ait déjà produit un dommage matériel, mais ce qui signifie que tout au moins elle ait commencé. Il n'y a pas, en effet, de nécessité actuelle de se défendre, si l'agression n'a pas elle-même ce caractère<sup>17</sup>. V. art. 328.

Une agression future ou une agression passée<sup>18</sup> n'autorisent donc pas celui qui a violé la loi pénale à prétendre qu'il a agi en état de légitime défense.

γ. Il faut, en troisième lieu, que l'agression, dont on est victime soit *injuste*.

La loi, en effet, ne peut pas légitimer la défense, quand c'est elle-même qui ordonne la soumission au commandement de l'autorité légitime, et qui qualifie la résistance de rébellion.

C'est ainsi qu'on a toujours reconnu comme n'étant pas en état de légitime défense, le malfaiteur qui résiste à son arrestation, serait-il même menacé d'être condamné à la peine capitale, s'il se laisse prendre<sup>19</sup>.

Mais, d'une part, une agression ne cesserait pas d'être injuste, parce que celui qui se défend, se serait mis lui-même dans le cas d'être attaqué. Ainsi, le voleur, surpris par la victime et menacé par elle de mort, pourrait légitimement prévenir son mouvement, en faisant usage de l'arme dont il est porteur. Le vol ne justifie pas, en effet, le meurtre; et le volé est sorti de son droit de légitime défense, en voulant protéger ses biens par la mort du ravisseur<sup>20</sup>.

butien, I, n° 556; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 60 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 446; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 203.

17. V. Cass., 4 juillet 1907, *Bull. crim.*, n° 293. Laborde, n° 176.

18. V. au cas où l'agresseur s'enfuit, Farinacius, quest. 125, n° 385; Jousse, III, p. 514.

19. Comp. Cass., 15 septembre 1864, S. 1865.1.152. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1487; Trébutien, I, n° 557; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 65 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 447; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 196 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 204.

20. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1490; Le Sellyer, *Criminalité*, I, n° 163; Trébutien, I, n° 567; Laborde, n° 177; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 447. *Contrà*, Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 363; Morin, v° *Défense légitime*, n° 7; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 205. Comp. avec des distinctions, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 81 et suiv.; Laborde, n° 177. Dans l'ancien droit, Jousse (III, p. 503) formulait une opinion différente à propos du complice d'adultère, qui, à son corps défendant, aurait tué le mari qui voulait le tuer. Mais, on ne peut plus reproduire aujourd'hui la raison qu'en donnait cet auteur, que le complice d'adultère en prend sur lui toutes les suites et s'en rend responsable. Dans notre droit moderne, le mari n'est pas autorisé à venger son honneur par la mort de l'épouse et de son complice surpris en flagrant délit: la loi atténue seulement sa culpabilité à raison de la provocation (C. pén., art. 324, al. 2). L'acte du mari restant injuste, la femme adultère et son amant, menacés de mort par lui, se trouvent en état de légitime défense. V. Chauveau et F. Hélie, *loc. cit.* Par contre, la

D'autre part, l'agression n'est pas juste par cela seul qu'elle émane d'un agent investi de l'autorité publique.

Si celui-ci commet un acte que la loi lui interdit formellement d'accomplir, la défense deviendra légitime : car la résistance aux actes illégaux de l'autorité est le respect de la loi <sup>21</sup>.

3. Il faut, enfin, que la défense soit *inévitabile* <sup>22</sup>.

C'est ce qu'exprime la loi, quand elle suppose l'homicide, les blessures et les coups « commandés » par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. Ce qui n'est pas obligatoirement imposé n'est pas une chose commandée. Il n'y a donc pas légitime défense, lorsque la protection du bien menacé peut être obtenue d'une autre manière, serait-ce même en fuyant devant l'agresseur <sup>23</sup>.

solution de l'ancien droit pourrait encore, à ce qu'il semble, être suivie dans les hypothèses assimilées à la légitime défense, où le voleur peut être impunément tué. L'agression à laquelle riposterait ce voleur surpris, étant juste, puisqu'elle est autorisée par la loi (C. pén., art. 329), il manque à celui-ci une condition pour se prétendre en état de légitime défense.

21. V. différents systèmes indiqués dans Trébutien, I, n° 557 et suiv.; Laborde, n° 178. La solution n'est cependant à entendre que restrictivement, parce qu'on doit faire crédit aux fonctionnaires publics, qu'ils agissent régulièrement, dans la limite de leurs attributions; et que la société doit être organisée de manière à faire cesser immédiatement, si elle se produit, la moindre atteinte à la liberté individuelle. Il n'y a donc que les illégalités manifestes, insupportables et irréparables, qui autorisent la résistance. Comme règle de principe, la solution paraît certaine, nonobstant l'article 209 du Code pénal; et la jurisprudence n'a pas hésité à l'admettre. V. Cass., 7 avril 1837, S. 1838.1.641; 25 mars 1852, *Bull. crim.*, n° 108. Mais, c'est à bon droit qu'elle a refusé de voir une défense légitime dans un bris de scellés, prétendus illégalement apposés, commis par le propriétaire de l'immeuble. L'introduction d'un référé pouvait légalement, et à très bref délai, rendre à celui-ci la jouissance de son immeuble. V. Cass., 2 janvier 1902, S. 1904.1.57. V. cependant la note de M. Chavegrin sous cet arrêt. Comp. sur la question de principe, Trébutien, I, n° 561; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 209, n° 104 et suiv., et 328, n° 67 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 447, II; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 206; et, pour l'ancien droit, qui imposait la soumission aux ordres injustes des magistrats, Farinacius, quest. 125, n° 101; Jousse, III, p. 510.

22. V. Farinacius, quest. 125, n° 370 et suiv.; Jousse, III, p. 512. Ce qui s'entend, non seulement du choix entre un acte licite et un acte illicite, mais aussi du choix entre deux actes illicites. V. loi 5 Dig., *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2 : *Sin autem quem posset apprehendere, maluit occidere*. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 20; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 203.

23. On a beaucoup disserté autrefois, et même dans le droit moderne, pour savoir si la possibilité de la fuite n'excluait pas le droit de légitime défense; on a même mêlé à la question le point d'honneur, qui n'a rien à voir dans ce sujet. V. Farinacius, quest. 125, n° 126, 133 et 137; Julius Clarus, § *Homicidium*, n° 32. La loi, en légitimant la défense, ne pose pas un problème de morale, ni une question de justice : elle n'examine qu'un point de fait, et se demande, si, en agissant comme il a fait, le prévenu est exempt de faute. Or, personne ne doit tuer à moins d'y être obligé pour sa propre sauvegarde : voilà le principe auquel on doit se tenir, et que suivait déjà l'ancien droit. V. Jousse, III, p. 506. Au reste, en se plaçant à ce point de vue, la fuite n'est pas toujours imposée. Elle cesse d'être

Lorsque les conditions qui précèdent se rencontrent, l'état de légitime défense existe. Et, il importerait peu que, par suite d'erreur ou d'accident, l'acte accompli, au lieu d'atteindre l'agresseur, vienne frapper un tiers inoffensif <sup>24</sup>.

Mais, la responsabilité pénale pourrait reparaître avec l'existence d'une faute : par exemple, si le prévenu était sorti des limites d'une défense modérée (*excès dans la défense*) <sup>25</sup>, ou si une imprudence pouvait être reprochée au prévenu, comme d'avoir tiré dans une rue fréquentée.

Au surplus, les conditions qui précèdent doivent être appréciées *in concreto*, en tenant compte des circonstances et des craintes légitimes, que pouvait ressentir la personne attaquée <sup>26</sup>.

Ainsi, sera à considérer comme ayant agi en état de légitime défense l'individu, qui, sans faute grossière de sa part, a eu de sérieux et légitimes motifs de se croire menacé, encore bien qu'il ne se soit pas trouvé exactement dans les conditions de la légitime défense <sup>27</sup>.

## 2. Détermination des infractions légitimées.

Bien que l'article 328 ne mentionne que trois infractions, l'homicide, les blessures et les coups, il convient de reconnaître

obligatoire, quand elle aggrave la situation de celui qui, pour fuir, est obligé de tourner le dos à son ennemi, ou d'abandonner un endroit favorable à sa défense. V. Jousse, III, p. 512. C'est donc une question d'espèce, que les juges devront résoudre avec beaucoup de prudence, en essayant de se figurer la situation, non pas telle qu'ils peuvent l'apprécier après coup, mais telle que l'apercevait celui qui s'est déterminé à faire face à son adversaire. Comp. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1486; Trébutien, I, n° 562; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 21; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 446, II, b; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 203.

24. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 53 et suiv. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 446, II a, qui, à tort à ce qu'il semble, parle dans cette hypothèse de délit sans délinquant. V. cependant, en droit romain, loi 45, § 4, Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2. Cette solution du droit romain devrait être encore donnée, s'il y avait une faute commise dans la défense.

25. Il y a excès quand la défense est disproportionnée avec l'agression. V. loi 5 et loi 52, § 2, Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2; Jousse, p. 509 et suiv.; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1484; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 194. Comp. Cass., 16 juillet 1897, *Bull. crim.*, n° 249. C'est en matière de défense des biens que cette idée d'excès pourra surtout utilement intervenir. V. Laborde, n° 189; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 10 et suiv., 31, et 48 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 203.

26. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 14; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 446, II; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 193.

27. V. Cass., 7 août 1873, S. 1874.1.95; 23 juin 1887, *Bull. crim.*, n° 327. Sur le droit de contrôle exercé par la Cour de cassation, voy. Cass., 26 avril 1884, *Bull. crim.*, n° 150; 16 juillet 1897, *Bull. crim.*, n° 249.

que ce texte renferme une cause générale de justification, applicable à d'autres infractions<sup>28</sup>.

Ainsi, il n'est pas douteux, qu'au lieu de répondre à la violence par des coups ou des voies de fait, l'individu menacé pourrait, et même dans certains cas devrait, arracher l'arme que son agresseur a entre les mains, ou s'emparer de sa personne et l'enfermer pour le mettre hors d'état de nuire. Il n'y aurait pas de vol au premier cas, ni de séquestration arbitraire dans le second<sup>29</sup>.

Il est également certain que les délits contre les animaux sont justifiés en cas de légitime défense<sup>30</sup>. V. art. 453 et 454; et loi du 3 mai 1844 sur la chasse, art. 9, n° 3.

### 3. Cas assimilés à la légitime défense.

La loi a compris dans la légitime défense deux cas particuliers :

1° celui où l'homicide a été commis, les blessures faites ou les coups portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures d'une maison habitée<sup>31</sup>;

et 2° celui où les mêmes faits ont eu lieu, même de jour, en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violences. V. art. 329.

Dans l'ancien droit, ces deux hypothèses, distinguées de la légitime défense, constituaient ce que l'on appelait des cas d'homicide licite ou permis. En vertu de traditions, qui remontaient jusqu'au droit romain, on pouvait, en effet, tuer impunément le voleur de nuit, et, sous certaines conditions, le voleur de jour<sup>32</sup>.

28. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328; n° 91 et suiv.; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 186. *Contrà*, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 200.

29. V. Cass., 26 mars 1857, *Bull. crim.*, n° 126; 2 août 1866, D. P. 1886.5.493; 8 février 1908, *Bull. crim.*, n° 56. V. également Ortolan, I, n° 429; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 103.

30. V. Cass., 17 décembre 1864, S. 1865.1.392; 17 novembre 1865, S. 1866.1.272; 7 mai 1868, S. 1869.1.186; 7 juillet 1871, S. 1872.1.199. V. aussi Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 328, n° 105.

31. Bien que le mot « en repoussant » suppose une effraction ou une escalade essayée ou tentée, et non encore consommée, néanmoins il n'est guère douteux que l'article 329 s'applique également au cas où le voleur a réussi à pénétrer dans l'intérieur de l'habitation; et qu'il couvre de l'impunité le meurtre qui serait commis à ce moment. Le danger, auquel la loi a permis de parer, n'est-il pas, en effet, devenu plus menaçant encore? V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1495; Blanche, V, n° 72; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 329, n° 19; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 202. *Contrà*, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 450.

32. V. loi 4, § 1, Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2; Farinacius, quest. 125, n° 199; Jousse, III, p. 500 et suiv.

En les comprenant dans les cas de nécessité actuelle de défense, le droit moderne les a, au contraire, soumises aux règles générales de la légitime défense. Ce qui demeure exceptionnel, c'est la mesure qui est justifiée; car, en principe, le vol n'autorise pas, comme défense, le meurtre ni même les blessures<sup>33</sup>.

Mais, cette dérogation, n'étant écrite qu'à l'encontre des voleurs de nuit ou de jour, est inapplicable, lorsque le prévenu d'homicide savait pertinemment que l'individu qui cherchait à s'introduire nuitamment dans un appartement, et qu'il a tué ou fait tuer, n'était pas un voleur<sup>34</sup>.

## B

### État de nécessité.

#### § 57.

On appelle *état de nécessité* la situation dans laquelle se trouve une personne, qui, pour se sauvegarder ou sauver autrui,

33. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1493. Cass. req., 25 mars 1902, S. 1903.1.5. On a proposé de l'article 329 d'autres explications. D'après une première opinion, l'article 329 consacrerait les deux hypothèses où exceptionnellement la protection des biens pourrait être justifiée par la théorie de la légitime défense. Mais, cette interprétation se heurte à l'opinion généralement admise sur la portée de l'article 328 (V. ci-dessus, lettre a). Dans une seconde explication, l'article 329 assimilerait à une attaque dirigée contre la vie de la personne, des agressions qui font seulement craindre celle-ci. Mais, il est visible que cette interprétation, plausible au premier cas prévu par l'article 329, quand il s'agit de repousser la nuit des malfaiteurs dont les desseins sont ignorés, l'est moins dans la seconde hypothèse, lorsqu'on se défend de jour contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violences : le dessein criminel est spécifié; et la menace contre la vie est problématique, ou, en tout cas, lointaine. Pour rattacher les deux cas de l'article 329 à une idée commune, il faut donc y voir, avec la tradition, une répression particulière du vol justifiée ici par la double circonstance de réunion de malfaiteurs et de violences, là par celle de nuit.

34. La jurisprudence semble au contraire attacher à l'article 329 la valeur d'une présomption légale absolue. V. Cass., 11 juillet 1844, S. 1844.1.777; 8 décembre 1871, S. 1872.1.346. V. aussi Villey, *Précis*, p. 90. Mais, c'est autoriser l'assassinat, dans un esprit de vengeance, sous couleur de défendre l'inviolabilité du domicile : certainement, ce n'est pas cela qu'a légitimé la loi. On peut en être d'autant plus certain, que dans l'ancien droit, d'où cette disposition a été puisée, il n'était pas permis de tuer le voleur de nuit en toutes circonstances, mais seulement après s'être assuré qu'il avait une intention homicide, et quand on ne pouvait pas faire autrement pour protéger soi ou ses biens. Or, en pareil cas, il suffit de se montrer et de faire du bruit, pour que l'intrus s'enfuit de lui-même : la défense n'est donc pas inévitable. V. Rousseau de Lacombe, *Mat. crim.*, p. 102; et dans le droit moderne, Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1495; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 329, n° 16; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 450; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 208.

1. L'expression d'*état de nécessité* est en quelque sorte consacrée. Mais, il paraîtrait préférable, pour caractériser cette situation particulière, de parler d'*état de détresse*.

menacé d'un péril imminent, est obligée d'accomplir un fait défendu par la loi pénale.

C'est une situation qui est susceptible de se rencontrer assez souvent.

Ce n'est pas simplement l'hypothèse classique de deux naufragés, accrochés à une même planche, insuffisante à les porter tous les deux, et dont le plus fort écarte le plus faible, qui se noie<sup>2</sup>; ou le cas, heureusement rare, d'un individu affamé, qui vole un pain pour ne pas mourir de faim<sup>3</sup>. C'est aussi l'extrémité dans laquelle se trouvent un baigneur, à qui on a dérobé ses vêtements déposés sur la berge, et qui est obligé de rentrer nu chez lui; une sœur de charité, qui, sans ordonnance de médecin, donne un médicament à un malade en danger immédiat de mort<sup>4</sup>; ou un pompier qui, pour arrêter un incendie, démolit une toiture, ou verse des torrents d'eau dans un appartement, et en détériore le mobilier.

Plus simplement encore, dans le domaine des contraventions de police, c'est le cas du voiturier qui passe sur un terrain ensemencé, parce que le chemin public est impraticable<sup>5</sup>; des rouliers qui, ne pouvant faire un long trajet sans se restaurer ni faire reposer leurs attelages, se font servir à boire après l'heure de fermeture des cabarets<sup>6</sup>; du propriétaire qui, pour étayer sa maison qui menace ruine, embarrasse la voie publique<sup>7</sup>; ou enfin, des passants, qui sont trouvés dans un débit de boissons après l'heure de la fermeture légale, parce qu'ils étaient venus au secours du cabaretier attaqué<sup>8</sup>.

L'état de nécessité peut, au reste, se présenter dans deux circonstances différentes :

1° ou bien l'auteur du fait délictueux se trouve seul en état de détresse;

2. V. Cicéron, *De officiis*, liv. III, chap. xxiii, n° 89 et suiv. Sur l'état de nécessité, voy. notamment Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 211 et suiv.

3. V. Amiens, 22 avril 1898, S. 1899.2.1. On en rapprochera un jugement du tribunal de la Seine, cité par Ortolan (1<sup>er</sup>, n° 366), qui mesurera le progrès des idées.

4. V. Cass., 9 juin 1836, S. 1836.1.816; 14 août 1863, S. 1864.1.91; 2 mai 1878, S. 1878.1.285.

5. V. Cass., 27 juin 1845, S. 1845.1.770; 9 décembre 1885, S. 1886.1.153.

6. V. Cass., 9 juillet 1859, S. 1859.1.878.

7. V. Cass., 29 août 1867, *Bull. crim.*, n° 207.

8. V. Cass., 27 janvier 1877, *Bull. crim.*, n° 35. La défense contre l'attaque est un cas de légitime défense, qui justifie un cas de nécessité, la présence dans le débit après l'heure de la fermeture légale. V. encore, dans des hypothèses différentes, Cass., 6 mai et 17 juillet 1858, *Bull. crim.*, n° 145 et 205; 8 août 1874, *Bull. crim.*, n° 225; et surtout Cass., 22 janvier 1904, S. 1904.1.304.

2° ou bien, il y est avec une autre personne.

Et d'un autre côté, la violation de la loi peut se produire dans deux hypothèses également différentes :

1° tantôt, en effet, elle sera accomplie pour la propre sauvegarde de l'agent;

2° et tantôt, elle le sera pour la sauvegarde d'un tiers.

L'état de nécessité n'est donc pas à confondre avec la contrainte<sup>9</sup>.

Sans doute, certaines de ses hypothèses extrêmes peuvent être des cas de contrainte morale. Il en est ainsi, lorsque la gravité du péril produit un affolement, un sentiment de peur, qui anéantit toute liberté morale<sup>10</sup>.

Mais, cette suppression ne se rencontre pas toujours; en particulier, on ne peut pas dire, exactement du moins, des passants accourus, du propriétaire, du voiturier, du pompier, de la sœur de charité ou du baigneur des exemples précédents, qu'ils ont agi sous l'empire d'une force, à laquelle ils ont dû céder.

Entre la contrainte et la nécessité, il y a, en effet, une différence essentielle.

La contrainte oblige à agir, en ne laissant à l'auteur du fait incriminé qu'une issue : celle vers laquelle elle le pousse. La nécessité n'ouvre également qu'une voie; mais elle n'oblige pas à la prendre : l'agent peut s'abstenir, et sacrifier le bien menacé au respect de la loi ou du droit d'autrui. La contrainte, en un mot, supprime le libre arbitre, et entraîne l'individu malgré lui dans la voie délictuelle. La nécessité lui laisse sa liberté; et c'est de lui-même, que volontairement, il pénètre sur la route défendue.

#### 1. Admission de la cause de justification.

Dans toutes les législations, même les plus reculées, se trouvent des dispositions qui prévoient l'état de nécessité, et exemptent de peines celui qui a agi nécessairement.

9. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 278. *Contrà*, Chauveau et F. Hélie, I, n° 373; Blanche, II, n° 203; Trébutien, I, n° 547; Villey, *Précis*, p. 108; Laborde, n° 150; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 94. Mais, voy. aussi le même auteur, *loc. cit.*, n° 111 et 112.

10. Mais, même ici la distinction demeure généralement possible. Ainsi, lorsque la pression qui est faite sur la volonté de l'agent a un but illicite déterminé, on parlera plutôt de contrainte : par exemple quand, sous l'empire d'une menace de mort, une femme commet un adultère, un serviteur livre à des voleurs les bijoux de son maître. Au contraire, lorsque la pression exercée sur la volonté de l'agent n'a pas un but illicite déterminé, on parlera plutôt d'état de nécessité : ainsi l'individu qui, menacé de périr dans un incendie, renverse et piétine d'autres personnes pour se sauver. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 134.

Il en était ainsi dans l'antique Code de Manou (*Manou*, XI, 16); dans le droit romain, qui renfermait plusieurs lois sur ce point<sup>11</sup>; et dans le droit canonique, qui déclarait non punissable le vol d'aliments, commis en état de nécessité<sup>12</sup>.

Pareillement, dans l'ancien droit, la nécessité justifiait le vol de pain ou de quelque nourriture de peu de valeur, ainsi que le vol de quelques bûches de bois<sup>13</sup>.

D'un autre côté, si le droit moderne ne renferme pas de dispositions générales sur la nécessité, il en consacre cependant plusieurs applications.

C'est ainsi, en particulier, que l'article 471, n° 4, du Code pénal, excepte de la répression pénale l'embaras de la voie publique, lorsque le dépôt de matériaux, ou de choses quelconques, a eu lieu par nécessité;

que l'article 41 du titre II du Code rural de 1791, reproduisant la solution de la loi romaine (loi 14, § 1<sup>er</sup>, Dig., *Quemadmodum servitutes amittuntur*), autorise le voiturier, si la route est impraticable, à déclarer la propriété riveraine, et à passer sur le terrain privé ensemencé;

que l'article 410 du Code du commerce permet au capitaine, si, par tempête ou chasse de l'ennemi, il s'y croit obligé pour le salut du navire, de jeter en mer une partie de son chargement;

que l'article 2 de la loi du 25 juin 1844, qui défend les ventes au déballage de marchandises neuves, en excepte les cas de nécessité;

et qu'enfin l'article 16 de la loi du 30 novembre 1892, qui déclare punissable l'exercice illégal de la médecine, y fait maintenant échapper les cas d'urgence avérée.

De ces solutions particulières, il est possible, semble-t-il, de s'élever à une règle plus générale, dont elles supposent l'admission<sup>14</sup>.

Et, cette règle, c'est que la responsabilité pénale disparaît, quand celui qui agit par nécessité, n'a pas commis de faute, en

11. V. notamment, loi 14, § 1, Dig., *Quemadmodum servitutes amittuntur*, livre VIII, titre 6; lois 29, § 3, et 49, § 1, Dig., *Ad legem Aquiliam*, livre IX, titre 2; loi 14 pr., Dig., *De prescriptis verbis*, livre XIX, titre 5; loi 3, § 7, Dig., *De incendio*, livre XLVII, titre 9.

12. *Gratiani decretum*, pars 3, dist. 5, cap. 26.

13. V. Jousse, III, p. 256.

14. Ni les auteurs, ni la jurisprudence cependant n'ont osé faire cette généralisation. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 118. Au lieu d'admettre ouvertement l'état de nécessité, on s'est efforcé, quelque répugnance que manifeste

préférant la conservation du bien menacé, quoique obtenue par un acte défendu, à une abstention qui en aurait entraîné la perte.

La loi, en effet, demande une obéissance raisonnable et une soumission sensée à ses prescriptions; elle n'établit pas un ordre juridique en soi: elle l'impose seulement pour servir à la fin des individus. Dès lors, quand le maintien de cet ordre va à l'encontre de cette fin, elle est la première à tolérer, dans la mesure où il est besoin, la violation de ses propres commandements<sup>15</sup>.

Mais, pas plus que la légitime défense, l'état de nécessité ne suppose un conflit d'intérêts, qui se déroule en dehors de la sphère du droit, et encore moins implique-t-il une résistance que les sanctions pénales seraient impuissantes à vaincre (*nécessité n'a pas de loi*)<sup>16</sup>.

Mais, comme elle, il règle une situation, dont il appartient au droit positif de déterminer les conditions.

la raison, de l'escamoter et de le faire rentrer dans la force majeure ou la contrainte morale, que l'on a démesurément étendues. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n° 364; Depois, 2<sup>e</sup> éd., n° 278. Cass., 16 novembre 1856, D. P. 1856.5.366; 14 août 1863, S. 1864.1.99; 8 août 1874, *Bull. crim.*, n° 225; 2 mai 1878, S. 1878.1.285; 7 novembre 1890, S. 1891.1.239. Mais, il est visible qu'il y a aussi peu de motifs à ne pas reconnaître dans les différents textes qui parlent de la nécessité l'admission d'une disposition d'un caractère général, qu'à refuser celle-ci dans les articles 64, 66, 327, 328 du Code pénal; et d'un autre côté, que si, nonobstant les articles 4 et 65 du Code pénal, on a pu, pour ces articles, sortir du cercle tracé par les termes de la loi en supposant l'existence d'une règle supérieure de droit, on ne saurait, sans arbitraire ou illogisme, écarter ce mode de raisonnement, lorsqu'on arrive à l'état de nécessité.

15. Il est préférable de voir le fondement de la justification dans la volonté du législateur, qui excepte les cas de nécessité de l'empire de la loi, que d'en chercher la cause dans un état de l'agent, qui agirait sans malice envers celui qu'il lèse: *Nec enim injuria fecit, qui se tueri voluit, quum alias non posset* (loi 3, § 7, Dig., *De incendio*, liv. XLVII, tit. 9). Bien que cette raison se trouve indiquée dans plusieurs lois romaines, elle ne justifierait, en effet, la nécessité ni en matière d'infractions non intentionnelles qui existent indépendamment de toute intention méchante, ni même en matière d'infractions intentionnelles, où l'élément exigé est, sauf quelques cas exceptionnels, non pas la malice, mais le dol. Ce qui manque à la responsabilité pénale pour qu'elle prenne naissance, est donc le fait de la loi qui exclut la faute, plutôt qu'une particularité de la volonté de l'agent. Comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 219 et suiv.

16. Il en est ainsi surtout lorsque le péril menace non l'agent, mais un tiers. Sur le fondement de l'impunité en cas de nécessité, de nombreuses théories ont été proposées. V. leur indication dans Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 108 et suiv. En fin d'analyse, cet auteur voit ce fondement dans un conflit de biens ou de droits, ainsi que dans l'absence d'intérêt de la part de la société à punir le délit nécessaire. V. *op. cit.*, n° 114 et 115. Bien que cette opinion ait rencontré d'assez nombreux partisans (Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 211, notamment), il est visible que la première idée n'explique rien; car, en eux-mêmes, tous les

2. Conditions pour qu'il y ait justification du délit nécessaire.

L'état de nécessité n'excuse pas toute infraction, quelle qu'elle soit.

Pour qu'il y ait justification, la réunion de deux conditions est exigée :

1° Il faut d'abord qu'il y ait *nécessité* ou détresse, c'est-à-dire que le prévenu se soit trouvé en présence d'un événement actuel, dont l'effet dommageable ne pouvait être autrement évité<sup>17</sup>.

Il importe peu d'ailleurs que cet événement provienne des forces de la nature, du fait de l'homme (voire même de l'agent<sup>18</sup>), ou de dispositions légales<sup>19</sup>.

Spécialement, que ce soit par la violence du vent ou par l'effet d'un vol, que le baigneur soit privé de ses vêtements, dans les deux cas existe pour lui la nécessité de se montrer nu, en sortant de la rivière. Arg. Code de commerce, art. 410.

Il importe également peu que la détresse concerne l'auteur du fait lui-même ou autrui<sup>20</sup>. Arg. loi du 30 novembre 1892, art. 16.

Mais, le fait justificatif ne couvre que ce qui est nécessaire : tout ce qui n'est pas nécessaire demeure punissable.

2° Il faut ensuite que l'agent qui a accompli le fait que la loi défend, soit exempt de faute dans le parti auquel il s'est arrêté : en d'autres termes, que son choix soit ratifié par le bon sens et l'équité.

A ce point de vue, on aperçoit une distinction qui doit être faite entre le cas où le péril, que veut éviter l'auteur de l'acte défendu, lui est commun avec celui qu'il a sacrifié pour se sauver, et celui où ce péril lui est personnel<sup>21</sup>.

biens ont droit au même respect, surtout s'ils sont de même nature; et que la seconde, alléguée également en matière de légitime défense, est insuffisante, si on ne rattache pas ce défaut d'intérêt à l'absence de faute dans la personne de l'agent.

17. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 95 et suiv. V. en droit romain, loi 29, § 3, Dig.; *Ad legem Aquilianam*, liv. IX, tit. 2: « Si ullo alio modo nisi funibus præcis explicare se potuit ».

18. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 227. On a contesté parfois la solution donnée au texte. Mais, il y a les mêmes raisons au cas de nécessité qu'au cas de légitime défense à éviter le danger que l'on a soi-même suscité. V. *suprà*, § 56, note 19.

19. Comme, par exemple, de l'article 682 du Code civil. V. Cass., 27 décembre 1894, S. 1887.1.351.

20. Sur l'intervention de tiers dans l'état de détresse, voy. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 228.

21. On a souvent voulu distinguer selon l'importance des sens des conflits (Vidal

Dans ce dernier cas, il convient de poser comme règle que nul n'a le droit de se substituer quelqu'un autre dans sa propre détresse, et de détourner sur un tiers le danger dont on est seul menacé.

C'est ainsi que dans l'ancien droit, on déclarait punissable celui qui se faisait un bouclier du corps d'une autre personne pour éviter l'attaque d'un adversaire<sup>22</sup>.

Et, il n'y a pas de motif de supposer que le droit moderne ait abandonné cette solution raisonnable.

Toutefois, cette solution comporte une réserve : lorsqu'il y a une très grande disproportion entre le mal que l'on évite et la lésion qui est causée à autrui, il est légitime de déclarer l'infraction justifiée par la nécessité, parce que toute personne sensée aurait agi de même, en pareille circonstance.

Ainsi, l'ancien droit excusait le vol de choses de peu de valeur et en petite quantité pour éviter de succomber à la faim ou au froid. D'un autre côté, dans les diverses applications que le droit moderne contient de l'état de nécessité, il y a également une très grande disproportion entre le préjudice qui résulterait de l'observation de la loi et l'inconvénient ou le dommage qui ressort de sa violation : c'est ce qui fait supposer une règle plus générale<sup>23</sup>. Arg. Code de commerce, article 410; Code rural de 1791, article 41; loi du 30 novembre 1892, article 16; Code pénal, article 474, n° 4.

Au contraire, en cas de péril commun avec la victime de l'auteur du fait incriminé, il est raisonnable d'admettre que la nécessité justifie l'infraction, même si les biens en conflit sont égaux.

La loi, en effet, ne peut pas exiger que l'on sacrifie sa vie pour sauver celle d'autrui; et, comme l'abstention causerait une perte commune, elle ne peut pas déclarer fautif celui qui, pour se protéger, détourne tout le danger sur l'autre<sup>24</sup>.

Mais, il y a lieu d'excepter de cette solution le cas où la loi impose à celui qui est en péril l'obligation spéciale de se sacrifier pour autrui (par exemple, le soldat sur le champ de bataille<sup>25</sup>

et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 221 et suiv.). Mais, cette distinction ne paraît pas exacte. V. *suprà*, note 16.

22. V. Jousse, III, p. 508.

23. V. comme application, Cass., 22 janvier 1904, S. 1904.1.304.

24. Comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 223 et 228.

25. V. également loi 1<sup>re</sup>, §§ 28 et 29, Dig., *De præscriptis verbis*, liv. XIX, tit. 5.

ou le mécanicien, conducteur, ou serre-frein, qui ne doivent pas abandonner leur poste pendant la marche du convoi) <sup>26</sup>.

## C

## Du motif légitime proprement dit.

## § 58.

On doit également comprendre parmi les faits justificatifs le motif légitime <sup>1</sup>.

Il est clair, en effet, que lorsque l'auteur d'un fait, que la loi qualifie délit, peut dire « *fecit, sed jure fecit* », aucune peine ne saurait être encourue; l'existence du motif justifie l'action et supprime le caractère illicite de celle-ci.

Il en est ainsi toutes les fois que l'action commise est l'exercice d'un droit <sup>2</sup>.

Par exemple, ne sont pas punissables les violences légères qu'un père ou un maître exerce sur la personne d'un enfant ou d'un élève, en vertu du droit de correction ou de discipline qui leur appartiennent <sup>3</sup>.

Échappent également à la répression les diffamations ou les injures contenues dans des discours tenus dans le sein d'une des deux Chambres ou dans les discours proférés ou les écrits produits devant les tribunaux <sup>4</sup>. V. loi du 29 juillet 1884, art. 44, §§ 1 et 3; loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 43.

Il en est de même de la détention de faux poids ou de fausses mesures, si elle a un motif légitime. V. loi du 1<sup>er</sup> août 1905, art. 4.

26. V. loi du 15 juillet 1845, article 20, § 1<sup>er</sup>.

1. V. Gaius, loi 55 Dig., *De regulis juris*, liv. I, tit. 17: « *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* »; Jousse, II, p. 637. On a quelquefois rangé le motif légitime parmi les excuses absolutoires. Mais, c'est là une opinion qui paraît erronée; car, si l'auteur du fait que l'on prétend incriminer a eu le droit de faire ce qu'il a fait, il a agi sans faute; et on n'aperçoit pas comment on pourrait voir en lui un coupable. V. Chauveau et F. Hélie, III, n<sup>os</sup> 883 et 884; Laborde, n<sup>o</sup> 190; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 186, n<sup>o</sup> 24; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 459.

2. L'assimilation du motif légitime et du droit est faite par la loi. V. articles 93, 175 al. 4, 186.

3. V. Jousse, II, p. 637, et III, p. 619; Laborde, n<sup>o</sup> 190; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 459; Cass., 18 janvier 1889, S. 1889.1.234; 4 décembre 1908, S. 1910.1.160.

4. Certains auteurs rattachent l'immunité parlementaire et l'immunité de la parole devant les tribunaux, qu'ils placent à côté de l'immunité diplomatique, à la théorie de l'application de la loi pénale dans l'espace. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>os</sup> 176 et 177. Mais, le rapprochement manque d'exactitude: ici, c'est une personne qui n'est pas soumise à l'empire de la loi pénale; là ce sont des actes qui ne comportent pas la qualification de délit; et il y aurait autant de raison à y ajouter la légitime défense et les autres faits de justification.

Pareillement, ne constituent pas un délit de blessures volontaires l'opération chirurgicale pratiquée par un médecin sur un malade <sup>5</sup>; ou une contravention de tapage nocturne l'exercice d'un droit légitime ou les travaux d'une profession autorisée à fonctionner la nuit <sup>6</sup>.

Il faut en dire autant des accidents qui sont survenus dans l'exercice d'un sport autorisé <sup>7</sup>.

D'un autre côté, le droit de propriété étant de sa nature absolu et comportant le *jus abutendi*, aucun délit ne résultera du dommage ou de la destruction que le propriétaire porte lui-même à sa propre chose. Arg. art. 437.

Il y a lieu toutefois d'excepter de la solution qui précède, sans qu'on puisse d'ailleurs les généraliser (en dehors d'une idée d'absence de droit), les cas où la loi, dans un but de moralité ou de sécurité publique, ou pour la protection d'un droit consenti par le propriétaire, a interdit certains actes à ce dernier <sup>8</sup>.

5. On a quelquefois essayé de justifier l'impunité, dont jouissent les médecins, tantôt par l'absence de l'intention de nuire quand ils pratiquent une opération chirurgicale, tantôt par le consentement de la victime à se faire opérer, tantôt par une idée de nécessité. Mais, il est visible qu'aucune de ces explications ne rend compte de la pratique. V. Garçon, *Code pénal ann.*, sous l'article 300, n<sup>os</sup> 80 et suiv. V. aussi le même auteur, *op. cit.*, sous l'article 64, n<sup>os</sup> 125 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 460.

6. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n<sup>o</sup> 2268. Cass., 12 septembre 1822, S. chr.; 16 avril 1825, S. chr.; 28 août 1859, S. 1859.1.777; 3 mars 1865, S. 1865.1.195; 12 novembre 1885, S. 1886.1.236; 21 novembre 1893, S. 1894.1.200; 4 décembre 1909, S. 1912.1.239.

7. Comp. loi 7, § 4, Dig., *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2: « *Quia gloria causa et virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum* »; Jousse, III, p. 522. Du droit romain au droit français une évolution s'est produite: tandis, en effet, que dans le premier l'impunité résulte de l'absence d'*injuria*, dans le second, elle est la conséquence de l'absence de faute « parce que c'est une des lois de ces jeux de renverser son adversaire ». V. P. Garraud, *Les sports et le droit pénal*, dans la *Revue intern. de dr. pén.*, vol. 1, p. 212 et suiv.

8. Comme par exemple les mauvais traitements infligés à un animal domestique (loi Grammont du 2 juill. 1850), l'incendie volontaire d'une maison appartenant à l'auteur du crime (Code pénal, art. 424, al. 1 et 4), la destruction par le saisi ou le donneur en gage de la chose saisie sur lui et confiée à sa garde ou par lui donnée à titre de gage (Code pénal, art. 400, al. 3 et 5). Voy. Blanche, V, n<sup>o</sup> 475; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 459, II. Cass., 22 décembre 1808, S. chr.; 9 mai 1851, S. 1851.1.795; Rouen, 10 novembre 1899, S. 1902.2.140. Comp. Chauveau et F. Hélie, V, n<sup>o</sup> 1905. Mais, la jurisprudence a prétendu étendre cette solution, en dehors de toute disposition expresse, au délit de chasse sur le terrain d'autrui, que le propriétaire commettrait, en chassant sur son propre terrain au mépris d'un bail de chasse qu'il a consenti à un tiers (Cass., 12 janv. 1912, S. 1912.1.417), ainsi qu'au délit de bris de clôture, dont le propriétaire se rendrait coupable, en déclôturant dans une intention malveillante l'héritage qu'il a loué à bail à un tiers (Cass., 27 janv. 1922, S. 1922.1.281). A ce qu'il semble, ces deux prétentions sont illégitimes. D'une part, elles répugnent à la portée naturelle et au sens logique, l'une, de l'article 3 de la

De plus, le fait justificatif ne couvre que ce qui est nécessaire à l'exercice du droit : tout ce qui n'est pas nécessaire demeure punissable<sup>9</sup>.

En outre, comme en cas de légitime défense ou d'état de nécessité, l'abus ou l'excès dans l'exercice des droits fait réparaître la responsabilité pénale, en faisant apparaître l'élément de faute<sup>10</sup>.

#### N° 6. Conflit de devoirs.

##### § 59.

Cicéron, dans son traité *De officiis*<sup>1</sup>, indique un autre conflit, celui qui naît de devoirs contraires, de l'antagonisme entre un devoir de famille et le devoir civique : un fils doit-il dénoncer son père, coupable de crime envers l'État? Ne doit-il pas tout sacrifier à la patrie? — « Certainement oui, répond l'orateur latin, mais il importe également à celle-ci d'avoir des citoyens déferents envers leurs parents : *Immo vero, sed ipsi patriæ conducit pios habere cives in parentes!* » Et il décide que l'enfant peut se taire, à moins que le salut de l'État ne soit en jeu.

Ce problème moral, susceptible d'aspects variés, et d'une plus vaste étendue, n'appartient pas seulement à la philosophie. Le droit positif doit aussi s'en occuper ; car ses sanctions

loi du 3 mai 1844, et l'autre de l'article 456 du Code pénal, qu'elles se proposent d'appliquer. D'autre part, elles méconnaissent le caractère subsidiaire du droit pénal, et le principe de la déclaration des Droits de l'homme que seules les peines légitimes sont les peines nécessaires. On aperçoit mal, en effet, que pour obliger le propriétaire à respecter le droit de jouissance qu'il a cédé à un tiers, il faille le secours d'une sanction pénale. L'action civile en réparation, garantie par la valeur de l'immeuble, suffit à cela. En ce qui touche le bris de clôture, la solution jurisprudentielle heurte de plus l'article 437. Le dégât partiel ne peut pas, en effet être puni, lorsque, en vertu de cette disposition, la destruction totale ne l'est pas.

9. C'est ainsi, par exemple, que si on ne peut pas retenir comme tapage nocturne le bruit que fait le roulement d'une diligence circulant la nuit, il en sera différemment du son d'un cor, dont le conducteur se sert pour annoncer son arrivée. V. Cass., 21 août 1857, S. 1857.1.785. V. dans une autre hypothèse, Cass., 14 novembre 1924, S. 1925.1.332.

10. V. loi 5, § 3, loi 7, § 4, et loi 39, § 1, Dig., *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2 ; Jousse, III, p. 510 ; Chauveau et F. Hélie, III, n° 884 ; P. Garraud, *Les sports et le droit pénal*, dans la *Rev. intern. de dr. pén.*, vol. 1, p. 247 et suiv.

1. Liv. III, chap. 23, n° 90. On a quelquefois parlé dans ces cas de *formes incomplètes de l'état de nécessité*. V. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 231. Mais, c'est faire une analyse imparfaite : car, c'est ne pas tenir compte du motif qui pousse l'agent à violer la loi pénale.

sont destinées à maintenir l'ordre établi. Or, la loi peut-elle retenir comme fautive la violation de ses prescriptions, quand celle-ci est l'accomplissement d'un devoir qu'elle-même proclame, ou l'exécution d'une obligation morale, qui est conforme à ce même ordre?

C'est ainsi qu'elle a dispensé de l'obligation de témoigner les ascendants, les descendants, les frères et sœurs et les alliés au même degré de l'accusé, ainsi que les époux, même après le divorce prononcé, pour ne pas mettre ces proches dans l'odieuse alternative de se parjurer pour sauver un être qui leur reste cher malgré son indignité, ou de devenir la cause fatale de sa condamnation. V. Code instr. crim., art. 322.

C'est ainsi encore qu'elle a exonéré des peines du recel, pour avoir recélé ou fait receler des personnes qu'ils savaient avoir commis des crimes emportant peine afflictive, les ascendants, descendants, frères et sœurs des criminels recelés, ou leurs alliés au même degré, ainsi que l'époux ou l'épouse même divorcé, se refusant à les considérer coupables « pour avoir obéi au sentiment de la nature, qui leur prescrit le devoir de l'hospitalité envers le malheureux, qui tient à eux par des liens toujours respectables, et que la société a trop d'intérêt de resserrer de plus en plus pour pouvoir jamais les méconnaître »<sup>2</sup>. V. art. 248, alinéa 2.

Elle a également écarté les dispositions qui répriment la diffamation, en autorisant la preuve de la vérité du fait diffamatoire, quand il s'agit de fonctionnaires, de citoyens chargés d'un service ou mandat public, ou de directeurs d'entreprises commerciales, industrielles ou financières, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit. V. loi du 29 juillet 1881, art. 35. La diffamation cesse dans ce cas d'être un délit, parce qu'elle devient une obligation, le devoir de chaque citoyen d'avertir ses concitoyens de la moralité de ceux qui occupent, ou veulent occuper, dans la société une place publique<sup>3</sup>.

De ces solutions particulières, on peut, semble-t-il, s'élever à des règles plus générales.

1° Dans l'intérieur de la famille, telle qu'elle est déterminée par les articles 322 du Code d'instruction criminelle et 248 du Code pénal, le devoir d'affection et de solidarité, qui

2. V. Loqué, XXX, p. 300-301. Le Code pénal renfermait encore, dans les articles 107 et 137 aujourd'hui abrogés, deux autres dispositions analogues.

3. Comp. Laborde, n° 190.

existe entre proches parents, et que la loi civile a d'ailleurs reconnu pour lui faire produire un certain nombre d'effets, autorise le parent à enfreindre le devoir civique général, quand cette désobéissance ne consiste qu'en une résistance passive à l'ordre de la loi : *ipsi patriæ conducit pios habere cives in parentes*<sup>4</sup>. Arg. Code instr. crim., art. 222, et Code pén., art. 248, alinéa 2.

Mais, le respect de la loi prime le devoir du sang, quand celui-ci se traduirait par l'accomplissement d'actes positifs de résistance, comme une participation à l'évasion d'un prisonnier<sup>5</sup>. Arg. art. 238, 239 et 240 cbn. avec l'art. 248, alinéa 2.

2° En dehors de la famille, le devoir civique l'emporte au contraire sur le devoir envers un particulier<sup>6</sup>. Arg. ancien

4. Il est, d'ailleurs, manifeste que la loi pénale n'impose ni l'héroïsme ni les hautes vertus. C'est ainsi que dans l'article 348, alinéa 2, le Code pénal exempte de peine l'individu qui, n'étant pas tenu de donner des soins gratuits à un enfant de moins de 7 ans, s'en décharge en le remettant à un hospice.

5. La solution donnée au texte ne va pas cependant sans faire difficulté. L'ancien droit justifiait, en effet, l'aide donnée par des proches à l'évasion de leurs parents, que le *recours* eût lieu, en usant de ruse, ou en employant la violence. V. Jousse, IV, p. 75 et suiv. D'un autre côté, l'acquiescement de M<sup>me</sup> Lavalette, qui fit évader son mari condamné à la peine capitale, en prenant sa place à la Conciergerie la veille de son exécution, prouverait dans le droit moderne que les magistrats ne trouvent pas dans leur conscience un motif suffisant pour condamner une femme héroïque. V. Paris, 15 mars 1816, S. chr. V. aussi Chauveau et F. Hélie, III, n° 1036. Mais, d'une part, il convient d'écarter ce procès, qui a peut-être contribué à fausser les opinions. Dans l'acquiescement de M<sup>me</sup> Lavalette, il y a, en effet, pour une part difficilement appréciable, le revirement du sentiment public ému par une condamnation à mort, prononcée contre un homme accusé, avec le maréchal Ney, d'avoir repris ses fonctions en mars 1815, et jugé, en violation de la Charte, non par la Cour des Pairs, comme le maréchal, mais par une simple cour d'assises. V. Merlin, *Rép.*, v° *Cour des Pairs*, n° II. D'autre part, il paraît difficile d'attribuer à un oubli, que l'interprète peut combler, le silence du législateur dans les articles 237 et suiv. du Code pénal à l'égard des proches, prévenus de recours de prisonniers, quand l'article 248, qui est le dernier de la série, les mentionne pour les exempter de la peine du recel. C'est le cas d'appliquer la règle *qui dicit de uno de altero negat*. Et, cette application s'impose d'autant plus, que les auteurs, qui, comme Chauveau et F. Hélie, regrettent la lacune du Code, n'osent aller jusqu'à demander l'irresponsabilité pénale complète, mais parlent seulement d'atténuation de la culpabilité : ce qui est impossible avec l'article 65. Au surplus, la question paraît tranchée depuis que la loi du 13 mai 1863 a refusé d'accueillir un amendement, à la vérité excessif, tendant à faire exempter de toute peine les ascendants, descendants, et parents jusqu'au 8<sup>e</sup> degré, qui auraient facilité ou procuré l'évasion dans les cas des articles 239 et 240. V. S. *Lois annotées* de 1863, p. 61, n° xxxiii.

6. Rapp. dans l'ancien droit la punition de ceux qui, ayant connaissance de conspirations contre l'Etat, n'en avaient pas révélé les entreprises à la justice, se seraient-ils même efforcés d'en détourner les auteurs (exécution du comte Saint-Vallier en 1513, pour n'avoir pas dénoncé la rébellion du duc de Bourbon; — de Delignebeuf en 1569, pour n'avoir pas donné avis de l'entreprise de la ville de Rouen contre celle de Dieppe; — de Thou en 1642, pour n'avoir pas dévoilé la conspi-

art. 378 7; loi du 29 juillet 1881, art. 35; loi du 15 février 1902, sur l'hygiène, art. 5.

Notamment, il en est ainsi de l'obligation de témoigner en justice.

Tout citoyen doit la vérité à la justice de son pays : ni les médecins, chirurgiens, sages-femmes, ni les autres personnes, dépositaires par état ou profession, des secrets d'autrui, ne sont dispensés de cette obligation<sup>8</sup>. Arg. Code instr. crim., art. 322, cbn. avec l'art. 378 du Code pénal.

ration de Cinq-Mars, son ami). V. Ord. du 22 déc. 1477; Farinacius, quest. 51, n° 69 et suiv.; Jousse, III, p. 695. Mais, la peine cessait quand il aurait fallu dénoncer un époux, un père ou un fils. V. mêmes auteurs. Cette tradition avait d'abord passé dans le droit moderne, avec la même exception fondée sur les liens de la nature. V. art. 103 et suiv. C'est la révision de 1832, qui, en abrogeant, au lendemain d'une révolution, les articles 103 et suiv. du Code pénal, aurait rendu douteuse la supériorité du devoir civique sur le devoir particulier, si d'autres dispositions, aujourd'hui encore maintenues, ne marquaient pas cette prééminence.

7. Ce sont des considérations particulières, n'infirmant pas la règle qui ont fait abroger l'obligation, imposée aux médecins et chirurgiens, de dénoncer à la police les personnes blessées qu'ils soignent. Mais, à défaut de la dénonciation, qui a toujours répugné à nos mœurs, subsiste l'obligation du témoignage en justice. V. la note qui suit.

8. La jurisprudence s'est cependant formée en sens opposé. V. Cass., 10 mai 1900, S. 1901.1.161; 30 août 1906, S. 1910.1.166; 27 novembre 1909, S. 1910.1.329. Suivant cette opinion, l'article 378 renfermerait une disposition absolue, autorisant les personnes qu'il énumère à invoquer le secret professionnel pour refuser de déposer en justice. Ce texte ajouterait donc de nouvelles dispenses de témoigner à celles écrites dans l'article 322 du Code d'instruction criminelle. Mais, cette interprétation est dangereuse et manque de certitude. Dangereuse d'abord, elle l'est, parce que l'article 378 est terminé par une formule générale, applicable à de nombreuses catégories de personnes, et que chaque application ôte un témoignage à la justice, la privant peut-être de l'unique témoin, qui permettrait de convaincre l'accusé de son crime. Fragile, elle l'est ensuite, parce qu'elle rapproche deux textes n'ayant ni le même fondement ni le même caractère. Tandis, en effet, que l'article 378 cherche à prévenir l'injure, qui serait commise en divulguant un secret confié à la loyauté d'un tiers, l'article 322 tend, dans une pensée d'humanité, à exonérer certaines personnes du devoir d'aider la justice dans son œuvre réparatrice. L'article 378 vise un délit volontaire envers les particuliers; l'article 322, au contraire, en face d'un conflit de devoirs, se préoccupe de tracer les limites du devoir civique. Aussi, sans danger, le premier pouvait être très extensif, au lieu que le second devait se montrer réservé dans les exonérations; et c'est bouleverser toute l'économie de la loi, et en ruiner l'harmonie, que de vouloir appliquer l'article 378 à l'hypothèse réglée par l'article 322. Voy. encore M. Naquet dans S. 1918.1.9...

## N° 7. Consentement de la victime.

BIBLIOGRAPHIE : Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, III, n° 1231-1284 ; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 232 et suiv.

## § 60.

On dit souvent que le consentement de la victime rend licite ce que la loi a déclaré illicite : *Volenti non fit injuria* <sup>1</sup>.

Mais, cette règle n'est pas d'une application générale, et doit s'entendre avec d'assez nombreuses réserves <sup>2</sup>.

Il est manifeste qu'elle est étrangère aux crimes ou délits contre la chose publique, où le consentement du représentant de l'autorité publique constituerait un détournement de pouvoir, qui n'empêcherait nullement la responsabilité pénale de l'auteur de l'acte accompli, et qui pourrait de plus, le cas échéant, engager celle du fonctionnaire public.

Elle ne se conçoit donc logiquement que dans la matière des crimes ou délits contre les particuliers.

Mais, même dans ces matières, son admission y est limitée par une double série de conditions :

1<sup>o</sup> par cette idée d'abord, qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; et que les infractions constituant des atteintes, non seulement à un droit privé, mais aussi à l'ordre public, il n'appartient pas à la victime de blesser cet ordre par l'assentiment qu'elle a donné au délit. V. Code civ., art. 6, et Code instr. crim., art. 4.

2<sup>o</sup> par cette notion ensuite, que si l'individu est maître de son corps (*dominus membrorum suorum*) et de son énergie physique, il échut cependant à la société d'apporter à ce droit

1. V. loi 1, § 5, Dig., *De injuriis*, liv. XLVII, tit. 10. Laborde, n° 191 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 459, III. Comp. Labbé, dans S. 1877.1.137 ; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 205 ; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 232.

2. L'adage *volenti non fit injuria* a pu avoir historiquement une application plus étendue. Lorsqu'en effet, l'infraction était considérée plutôt comme un délit privé que comme un délit public, et que sa poursuite était subordonnée à la plainte d'une victime réclamant vengeance ou réparation du tort qui lui aurait été causé, il est manifeste que le consentement, que celui-ci avait donné, rendait sa demande irrecevable. Une restriction s'est faite seulement lorsque et à mesure que le délit a pris le caractère d'une offense à l'ordre public : alors à la maxime *volenti non fit injuria* s'est opposée la règle *ius publicum privatis pactis mutari non potest*.

des restrictions, pour permettre une meilleure utilisation des forces individuelles, ou pour assurer une préservation plus complète de la race. V. Code du travail et de la prévoyance, liv. II, tit. 1 à 6 ; loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire.

Pour ce double motif, la maxime *volenti non fit injuria* ne peut être reconnue que dans les délits qui, supposant comme condition soit la fraude, comme le vol, l'abus de confiance ou l'escroquerie, soit la violence, la contrainte ou l'injure, comme la séquestration arbitraire, la violation de domicile, le viol, l'attentat violent à la pudeur ou le délit d'injures, manquent d'un de leurs éléments légaux, quand le consentement conscient et valable <sup>3</sup> de la victime efface le caractère injurieux de l'acte accompli <sup>4</sup>.

Mais, il y a lieu d'observer qu'une fois le délit consommé, le consentement de la victime serait impuissant à supprimer l'infraction commise : l'accord intervenu entre les parties ne saurait faire échec à l'exercice de l'action publique <sup>5</sup>.

La règle *volenti non fit injuria* est au contraire inapplicable en matière d'adultère <sup>6</sup>, et dans les délits contre la personne, comme le meurtre ou les coups et blessures, soit qu'il s'agisse d'homicide <sup>7</sup> ou de mutilation <sup>8</sup>, demandés par la victime, soit qu'il s'agisse de danger volontairement couru par les deux

3. La condition de validité du consentement varie, d'ailleurs, suivant les infractions : ainsi, la loi exige que la victime ait atteint l'âge de 13 ans, en matière d'attentat à la pudeur (C. pén., art. 331), de 16 ans en cas d'enlèvement (C. pén., art. 356), de 21 ans pour l'excitation à la débauche (C. pén., art. 334).

4. V. notamment, en matière de vol, Cass., 31 août 1899, S. 1901.1.478 ; — de séquestration de personne, Paris, 23 mars 1832, S. 1832.2.188 ; — de violation de domicile, Cass., 17 juillet 1858, S. 1859.1.634 ; — d'attentat à la pudeur, Cass., 27 décembre 1883, S. 1885.1.516. Cfr. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 232 bis, texte et note 1.

5. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 203. Cass., 28 octobre 1899, S. 1902.1.302 ; 17 mai 1901, S. 1903.1.382 ; 27 octobre 1916, S. 1918.1.105.

6. V. Besançon, 24 juillet 1889, S. 1889.2.190. *Contrà*, Caen, 1<sup>er</sup> février 1855, S. 1856.2.345.

7. On a voulu équivoquer, en disant que, le suicide n'étant pas puni, on devait déclarer non punissable celui qui, cédant à la prière d'un ami, l'avait tué. V. Chauveau et F. Hélie, III, n° 1237. Mais, on doit répondre, que si le suicide, et par voie de conséquence, la complicité en matière de suicide, ne sont pas punis (Cass., 27 avr. 1815, S. chr.), en l'espèce, il y a, non pas aide donnée au suicide d'un autre, coopération indirecte à un acte principal et complicité, mais fait unique et principal de meurtre, que la loi retient justement. V. Cass., 16 novembre 1827, S. chr. ; 23 juin 1838, S. 1838.2.625 avec le réquisitoire du procureur général Dupin ; 21 août 1851, S. 1852.1.286.

8. V. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 206. Cass., 13 août 1813, S. chr.

parties, comme en cas de duel<sup>9</sup>, ou dans un pugilat de boxe<sup>10</sup>.

Il en est de même dans les infractions dirigées contre la santé du corps<sup>11</sup>.

Mais, il y a lieu de rappeler que les atteintes à l'intégrité corporelle, faites à un malade par un médecin au cours d'une opération chirurgicale, ont un caractère incontestablement licite, moins peut-être en vertu de la règle qui précède, qu'à cause de la reconnaissance légale de l'art chirurgical et de la science médicale, qui entraîne comme conséquence la légitimité de leur exercice<sup>12</sup>.

### III. Faits qui anéantissent la culpabilité après qu'elle est née.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, t. IV, p. 195, 205 et 259; — Merlin, *Répertoire*, v° *Excuses*; — Ortolan, *Eléments de droit pénal*, t. I, n° 1080 et suiv.; — Trébutien, *Cours de droit criminel*, t. I, n° 618-619; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, §§ CXLVI-CXLVII; CXLIX-CL; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 138; — Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 316, 320; — Roux, notes dans S. 1913.1.225; et 1918.1.105.

## § 61.

### *Théorie de l'article 65.*

En principe, lorsque les conditions de la responsabilité pénale se trouvent réunies, l'agent est punissable; et il encourt, à raison du délit qu'il a commis, les sanctions de la loi pénale.

9. V. Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 295, n° 154 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 459, III; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 457. Cass., 22 juin 1837, S. 1837.1.465; 15 décembre 1837, S. 1838.1.5; 25 mars 1845, S. 1845.1.165; 21 juillet 1849, S. 1849.1.529.

10. V. en sens opposé, Douai, 3 décembre 1912, S. 1914.2.217. Mais, cette solution ne paraît pas exacte, parce que les combats de boxe ne constituent pas des sports autorisés, mais des exhibitions théâtrales. Sur les blessures reçues en cas de jeux sportifs, voy. *suprà*, § 58, note 7.

11. C'est ainsi, d'une part, que le délit de falsification de denrées alimentaires ou de substances médicamenteuses, prévu par l'article 3 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905, ne disparaît pas devant la connaissance que l'acheteur aurait de la nature corrompue ou falsifiée du produit, s'il s'agit de falsification nuisible à la santé de l'homme ou des animaux. Comp. Cass., 30 janvier 1920, S. 1923.1.391. V. aussi loi du 24 juillet 1894, art. 1<sup>er</sup>. Et, c'est ainsi, d'autre part, que, dans un autre ordre d'idées, le consentement de l'ouvrier à l'inobservation de la loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire, est inopérant pour faire disparaître la responsabilité pénale encourue par l'employeur, qui n'a pas accordé à son employé le repos hebdomadaire prescrit par cette loi.

12. V. *suprà*, § 58, texte et note 5. Comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 232 *ter*.

Celle-ci peut cependant pardonner et exonérer le coupable de la responsabilité qu'il a assumée.

Il rentre, en effet, dans les desseins d'une bonne politique criminelle, même après la consommation de l'infraction, d'inciter, par l'espoir de l'impunité, le délinquant à défaire de ses mains la trame qu'il a ourdie, et à réparer le dommage qu'il a causé par son crime. Il n'y a là au fond que l'application d'une idée plus générale, à savoir que la répression pénale ne doit intervenir qu'en toute dernière extrémité, et que la société ne doit oublier ni que ceux qu'elle frappe font partie d'elle-même, ni qu'elle peut parfois parvenir à ses fins, pour le maintien et la protection de l'ordre juridique, autrement qu'en réprimant.

Cette idée, qui a donné lieu, en matière de poursuite, au droit du ministère public de s'abstenir de poursuivre, quand il estime la répression inopportune, et en matière d'exécution de la peine, au pouvoir attribué au juge par la loi du 26 mars 1891 de remettre conditionnellement la condamnation prononcée, a conduit le législateur, en matière de responsabilité pénale, à l'admission d'*excuses absolutoires*<sup>1</sup>, et à la connaissance, dans certains cas, du *repentir actif* du délinquant.

Il convient toutefois d'observer qu'en fait, c'est peut-être moins le désir de réaliser les vues d'une politique criminelle prévoyante, que la pensée d'éviter, en conservant au droit pénal son caractère légal, les inconvénients de pénalités insuffisamment variables, qui a fait admettre par les rédacteurs du Code ces causes d'impunité, et remettre leur détermination à la loi.

C'est ce qu'exprime l'article 65 que nul crime ou délit ne peut être excusé ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse.

Il n'est pas douteux, en effet, que, par ce texte, le législateur a voulu principalement mettre fin aux hésitations, aux controverses, et même aux faiblesses de l'ancienne doctrine, qui proposait aux juges vingt-trois causes d'excuses<sup>2</sup> (et que la pratique, à l'époque intermédiaire, avait essayé de suivre<sup>3</sup>), en attribuant désormais à la loi seule le soin de déterminer le nombre et les effets des excuses qu'il convenait de reconnaître.

1. Sur le sens du mot *excuse* (*ex-cusare*, mettre hors de cause), voy. Ortolan, I, n° 1081.

2. V. Jousse, II, p. 605 et suiv.

3. V. Ortolan, I, n° 1097.

Remettre une responsabilité encourue, c'est l'amnistier; et l'amnistie ne pouvait appartenir qu'au législateur, semblait-il.

L'article 65 renferme donc une disposition, qui s'impose à l'interprète.

On ne saurait lui faire échec, soit en invoquant des considérations d'équité, soit en alléguant une raison *à fortiori*; car ce serait retomber dans l'arbitraire, dont le Code a précisément voulu sortir<sup>4</sup>.

Il est également certain que la règle de l'article 65 est générale, et qu'elle concerne aussi bien les contraventions de police qu'elle ne nomme pas, que les crimes ou les délits qu'elle vise.

On comprendrait mal, en effet, que les juges inférieurs jouissent d'un pouvoir, qui est refusé aux juges des juridictions supérieures; et que l'arbitraire, banni ici, ait été conservé là<sup>5</sup>.

Mais, pour absolue que soit cette règle, il y a lieu de remarquer qu'elle ne s'applique qu'aux hypothèses où les conditions générales de la responsabilité pénale se trouvant réunies, la justice aurait pu être saisie, et une peine appliquée, parce qu'un délit a été commis, et qu'un coupable doit en répondre. Elle est donc étrangère soit aux causes d'irresponsabilité pénale soit aux faits justificatifs, qui ne supposent pas la réunion de ces conditions<sup>6</sup>.

4. V. notamment Cass., 7 mai 1851, D. P. 1852.5.564, n° 169; 30 août 1855, S. 1856.1.282. V. également, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 815 et 816.

5. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 65, n° 8. V. notamment Cass., 6 août 1824, S. chr.; 1<sup>er</sup> septembre 1855, *Bull. crim.*, n° 312. C'est même plus généralement à propos des contraventions de police que la Cour de cassation a rappelé aux tribunaux de simple police l'impossibilité d'admettre, en présence de l'article 65, des excuses non prévues par le Code pénal ou par une autre loi; comme, par exemple, l'ignorance du règlement de police établi par l'autorité municipale (Cass., 17 décembre 1824, S. chr.; 3 février 1827, S. chr.; 17 novembre 1855, *Bull. crim.*, n° 362); — la bonne foi du prévenu (Cass., 13 mars 1852, *Bull. crim.*, n° 90; 15 décembre 1855, *Bull. crim.*, n° 403); — sa bonne conduite antérieure (Cass., 23 septembre 1826, S. chr.; — son intention présumée de se conformer à l'avenir à l'arrêt auquel il a contrevenu (Cass., 7 décembre 1826, S. chr.); — son état d'insolvabilité pour le dispenser de le condamner à l'amende (Cass., 3 novembre 1826, S. chr.); — le fait qu'il a agi sur l'ordre de la personne dont il était le préposé (Cass., 6 octobre 1832, *Bull. crim.*, n° 392; 17 février 1855, S. 1855.1.296); — ou la circonstance que le ministère public n'a pas poursuivi tous les contrevenants, mais qu'il a limité son action à certains d'entre eux (Cass., 23 juillet 1836, *Bull. crim.*, n° 248).

6. Cette limitation de l'article 65 à l'hypothèse de délinquants coupables ne semble pas avoir été dégagée par la doctrine. Elle ressort cependant avec netteté, sinon du mot *excusé* que l'on y trouve, et qui, à vrai dire, n'avait pas une signification précise dans le langage technique des anciens criminalistes (V. Jousse, II, p. 636), du moins de deux particularités, sur lesquelles on ne paraît pas avoir attaché une

## N° 1. Excuses absolutoires.

## § 62.

D'après ce qui vient d'être dit, les excuses absolutoires<sup>1</sup> sont des circonstances auxquelles la loi attache l'impunité du délinquant.

Elles impliquent toutes que l'auteur du délit a agi dans les conditions d'intelligence, de liberté et de faute, qui le rendent responsable. De plus, indépendantes de l'infraction qui a été commise, elles sont postérieures à celle-ci.

A ce double point de vue, elles se distinguent des causes d'irresponsabilité et de justification, qui empêchent la responsabilité pénale de naître, et qui, pour produire leur effet, doivent exister au temps de l'action.

1° Ces circonstances favorables entraînant l'absolution d'un coupable, la loi les aperçoit tantôt dans l'aide que le délinquant donne à la société pour réprimer l'infraction à laquelle il a participé<sup>2</sup>.

C'est ainsi qu'elle exempte des peines prononcées contre les auteurs de complots ou d'autres crimes attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, ceux des coupables qui, avant toute exécution ou tentative de ces complots ou de ces crimes, et avant toutes poursuites commencées, ont les premiers donné au gouvernement ou à l'autorité compétente connaissance de ces complots ou crimes, ou qui, même depuis le commencement des poursuites, ont procuré l'arrestation de ces auteurs ou complices. V. art. 108.

C'est ainsi encore qu'elle exempte de peine les coupables de crimes de fausse monnaie, de contrefaçon du sceau de l'État ou de billets de banque autorisés par la loi, d'affiliation à

suffisante attention. C'est, d'une part, la différence de rédaction, que l'on relève entre l'article 65 et l'article 64: ici niant l'existence de l'infraction, et là la supposant et l'affirmant. C'est, d'autre part, et surtout, la liaison, que les auteurs du Code ont établie entre l'article 65 et l'article 339 du Code d'instruction criminelle, lequel se réfère à la situation d'un accusé, dont la culpabilité est constatée et déclarée. V. Garraud, II, p. 724, lettre a. V. au surplus sur cette interprétation de l'article 65, *suprà*, § 56, texte et note 1.

1. La distinction entre les excuses absolutoires et les faits justificatifs n'est pas toujours exactement faite par les auteurs, qui parfois étendent trop les premières. V. notamment Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 214. Mais, voy. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 138.

2. V. Loçré, XXX, p. 430. Comp. Trébutien, I, n° 618; Laborde, n° 480.

une association de malfaiteurs, ou d'attentats anarchistes, si avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites ils ont donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités constituées, ou si, même après les poursuites commencées, il ont procuré l'arrestation des coupables. V. art. 138, 144, 266 et 435, al. 3. V. aussi art. 285.

2° Tantôt aussi la loi voit ces circonstances favorables dans la suppression du dommage, qui est résultat de l'infraction<sup>3</sup>.

Il en est ainsi dans l'hypothèse de l'article 247 du Code pénal, qui exonère des peines d'emprisonnement établies contre les conducteurs et les gardiens de prisonniers, mais en cas de négligence seulement, lorsque les évadés sont repris ou représentés dans les quatre mois de l'évasion, pourvu que leur arrestation ne soit pas motivée par d'autres crimes ou délits commis postérieurement. V. art. 247.

Pour le même motif, l'impunité est également accordée, sous certaines réserves, au coupable de rapt, qui a épousé la fille qu'il a enlevée. V. art. 357.

3° Tantôt enfin, la loi trouve le motif de pardonner dans la circonstance que le délinquant, après s'être insurgé contre l'ordre public, n'a opposé aucune résistance à la force publique appelée pour apaiser la sédition ou la rébellion, et qu'il s'agit d'ailleurs de coupables n'ayant joué dans celle-ci qu'un rôle effacé. V. art. 400 et 243.

Bien qu'on ait parfois indiqué les articles 114, al. 2, et 190 du Code pénal, qui justifient les fonctionnaires inculpés d'attentats à la liberté ou d'abus d'autorité, lorsqu'ils ont obéi à l'ordre de leurs supérieurs hiérarchiques, comme renfermant également des exemples d'excuses absolutoires, il paraît préférable de voir dans leurs dispositions, de véritables causes de justification<sup>4</sup>.

3. V. Laborde, n° 480.

4. A la vérité, l'article 114, alinéa 2, parle simplement d'exemption de peine : ce qui est la formule des articles 108, 138, 266 et 435 ; et l'article 190 porte que les peines cesseront d'être applicables : ce qui suppose également que, théoriquement du moins, elles se sont appliquées au prévenu ; ce qui est l'effet de l'excuse absolutoire. Aussi, la plupart des auteurs se sont-ils arrêtés à cette solution. V. Laborde, n° 480 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 64, n° 162, et sous l'article 114, n° 106 et suiv. Mais, il ne semble pas que cette opinion soit exacte. D'une part, en effet, à la différence de ce qui est dit sous les articles 108, 138, 266 et 435, ni l'article 114, al. 2, ni l'article 190 ne qualifient formellement de coupable le fonctionnaire qui a exécuté l'ordre illégal de son supérieur : ce qui est la condition essentielle pour qu'on soit en présence d'une excuse absolutoire. D'autre part, Berlier déclare, à propos de l'article 114, que « dans ce cas, la responsabilité pèsera tout entière sur le supérieur qui aura donné l'ordre » (Locré, XXIX, p. 453) : ce qui semble exclusif d'un

## N° 2. Repentir actif.

## § 63.

Une politique criminelle prévoyante exigerait d'une manière générale que le délinquant, qui, avant toutes poursuites commencées, efface volontairement les suites de son délit, bénéficie d'une impunité complète. On ne doit, en effet, appliquer les rigueurs pénales qu'en dernière analyse, et devant l'insuffisance démontrée de toute autre mesure pour assurer l'ordre juridique.

Il est manifeste qu'un certain nombre d'excuses absolutoires reposent sur cette idée.

Il est également certain que celle-ci reçoit application en matière de tentative, où la loi ne déclare punissable le commencement d'exécution que lorsqu'il a été suspendu par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, laissant ainsi à celui-ci, bien qu'il ait pénétré dans une sphère d'activité illicite, la possibilité d'un retour aux actes licites, qui l'affranchit de toute sanction pénale. V. art. 2.

On peut encore rattacher à la même idée la disposition de l'article 343 du Code pénal, qui atténue la peine encourue pour séquestration arbitraire, lorsque, avant toute poursuite de fait,

partage de responsabilité, et par conséquent de culpabilité. Au reste, si l'on cherche quel peut être le fondement de l'impunité accordée au fonctionnaire subalterne, on ne l'aperçoit que dans l'absence de faute, commise par celui qui devait obéissance hiérarchique : or, l'absence de faute est une cause de justification, et non pas d'excuse absolutoire. Enfin, retiendra-t-on à la charge de l'inférieur, qui a obéi à l'ordre de son supérieur, une responsabilité civile ? Il le faudrait, s'il s'agit d'une excuse absolutoire. Mais, cela paraît bien douteux.

D'un autre côté, quant à croire que les articles 114, al. 2, et 190 ne s'appliquent qu'au cas où l'agent, ayant conscience de l'illégalité de l'ordre reçu, ne peut invoquer que la double circonstance que l'objet de l'ordre était du ressort de son supérieur, et qu'il devait obéir à celui-ci, il est possible d'observer qu'on introduit dans la loi une distinction qui ne s'y trouve pas. Ni l'article 114, ni l'article 190 ne parlent de fonctionnaires ayant agi de mauvaise foi. Sans doute, il a fallu faire le départ des articles 327 et des articles 114 et 190, quand on a prétendu que ces derniers ne renfermaient qu'une excuse absolutoire. Mais, la première question est de savoir si ces différents textes contiennent des causes d'impunité différentes : c'est ce qui n'est pas prouvé, et ce qui est à établir d'abord. Il est, en effet, singulier que tandis que dans les cas où sûrement se rencontrent des excuses absolutoires (C. pén., art. 100, 108, 138, 144, 213, 266, 285 et 435), la circonstance qui les fait admettre est postérieure à l'infraction, elle soit ici concomitante du délit. Ce n'est pas évidemment une raison péremptoire ; mais incontestablement, c'est une présomption nouvelle pour placer les articles 114 et 190, ainsi que l'article 380, où l'on a voulu voir également une excuse absolutoire, dans une catégorie distincte. V. Trébutien, I, n° 542.

l'auteur de la séquestration rend la liberté à la personne arrêtée avant le dixième jour accompli depuis son arrestation; ainsi que celle des articles 231 et suivants du Code de justice militaire, qui, en matière de désertion, ne considèrent la responsabilité pénale comme irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de grâce.

Mais, malgré ces exemples, il est impossible de s'élever à une règle générale : l'article 65 s'y oppose.

Dès lors, le repentir actif du délinquant ne peut pas être reconnu comme une cause qui supprime la responsabilité, quand le délit est consommé <sup>1</sup>.

Il en est ainsi en particulier quand la loi ordonne, à peine de contravention, qu'une déclaration soit faite dans un délai déterminé. Passé ce délai, la peine est irrévocablement encourue <sup>2</sup>.

Il en est de même en matière de vol ou de délit d'abus de confiance. La restitution, que ferait le délinquant, des sommes ou des objets, qu'il a dissipés ou détournés, est impuissante, comme tardive, à l'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à raison de sa fraude <sup>3</sup>.

Toutefois, en matière de faux témoignage, l'opinion dominante est parvenue, en ne considérant la déposition comme complète et achevée qu'à la clôture des débats, à permettre au faux témoin de se rétracter, et d'éviter la peine qu'il aurait encourue, en prévenant ainsi en temps utile les conséquences dommageables de ses déclarations mensongères <sup>4</sup>. V. art. 361.

### N° 3. Immunité de l'article 380.

#### § 64.

Dans un but de politique criminelle, la loi pénale a également, conformément d'ailleurs à une tradition qui remonte jusqu'au

1. Il en était ainsi dans l'ancien droit. V. Jousse, II, p. 643. V. comme application, Cass., 26 mai 1906, S. 1907.1.521; 2 mars 1912, S. 1913.1.225. Une opinion contraire a été exprimée par Monseignat (Loché, XXX, p. 501 et 502). Mais, elle repose, à ce qu'il semble, sur une erreur certaine. V. Chauveau et F. Hélie, III, n° 1269; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 106.

2. V. Cass., 24 août 1883, S. 1885.1.336.

3. V. Cass., 28 avril 1866, S. 1867.1.46; 3 août 1893, S. 1894.1.208; 28 octobre 1899, S. 1902.1.302; 17 mai 1901, S. 1903.1.382; 27 octobre 1916, S. 1918.1.105.

4. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1792; Blanche, V, n° 368; Garraud, 2<sup>e</sup> éd., II, n° 2018. Cass., 4 juillet 1833, S. 1833.1.862; 19 avril 1839, S. 1839.1.325; 20 novembre 1868, S. 1869.1.331; 29 novembre 1873, S. 1874.1.93.

droit romain <sup>1</sup>, déclaré les mari, veuf, et descendants, punissables seulement de réparations civiles, à raison des soustractions qu'ils commettent au préjudice de leurs femme, épouse décédée, descendants, ascendants, alliés au même degré, ou réciproquement <sup>2</sup>. V. art. 280.

Et il n'y a pas à distinguer selon qu'ils aient agi comme auteurs ou comme complices <sup>3</sup>.

Bien qu'on attribue souvent à cette disposition le caractère d'une excuse absolutoire, il paraît préférable d'y voir en réalité, avec l'ancienne doctrine <sup>3bis</sup>, simplement une répression exceptionnelle du vol entre proches parents, qui fait *civiliser* l'action née du délit.

La loi ne pardonne pas; elle n'excuse pas le larcin, commis par un fils ou une femme au détriment de son père ou de son mari. Elle estime seulement que la bienséance, qui doit régner dans les familles, répugne à ce qu'une condamnation infamante frappe un enfant ou l'épouse sur la plainte du père ou de l'époux; et elle refuse au plaignant, ainsi qu'au ministère public, la voie criminelle <sup>4</sup>.

1. V. loi 36 Dig., *De furtis*, liv. XLVII, tit. 2.

2. L'énumération de l'article 380 est évidemment limitative. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 10. D'une part, elle ne s'étend pas à d'autres parents, tels qu'un frère (Cass., 1<sup>er</sup> juillet 1841, *Bull. crim.*, n° 196), un oncle (Cass., 14 mars 1818, S. chr.; 28 avril 1866, S. 1867.1.46), et à plus forte raison un membre plus éloigné de la famille. D'autre part, elle n'existe pas, quand a disparu la relation qui l'aurait produite, comme, après le divorce, la qualité d'époux ou d'épouse. Il en est toutefois différemment de l'affinité, qui subsiste après la mort de la personne qui la produisait. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 18. — *Quid*, si cette affinité ne se rencontre qu'après la consommation de l'infraction, par exemple par le fait d'un mariage postérieur? Certains auteurs et quelques arrêts admettent l'application de l'article 380, parce que c'est au jour du jugement qu'il convient de se placer pour l'examiner, et non à celui de l'infraction, et que d'ailleurs les mêmes raisons de convenance et de bienséance commandent la suppression de toute condamnation pénale. V. Garçon, *op. cit.*, n° 25 et 26; Lyon, 8 décembre 1895, D. P. 1896.2.97. Mais, il est plus juridique de s'arrêter à la solution opposée. D'une part, il est de principe que toute cause d'impunité s'apprécie au moment de l'infraction, par exemple la démence, la contrainte (art. 64), la légitime défense (art. 328), etc...; à cette règle ne dérogent que l'amnistie et les excuses absolutoires: or, l'immunité de l'article 380 ne rentre ni dans la première ni dans les secondes. V. la note 4 qui suit. D'autre part, les termes de l'article 380 paraissent bien exclure la première opinion; car, ils parlent de soustractions *commises* par des maris...: or, de semblables soustractions ne peuvent être perpétrées que si au moment de leur accomplissement se rencontre la qualité de mari, etc... Quant au motif de bienséance et de convenance, il a, en effet, même force dans les deux cas; mais, lui reconnaître cette portée en dehors des termes de l'article 380, c'est admettre l'immunité au delà de la solution consacrée par la loi, et par conséquent violer l'article 65. Comp. Paris, 19 mai 1866, S. 1867.2.70.

3. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 56.

3 bis. V. Jousse, I, p. 593, et IV, p. 205 et 259.

4. *Contra*, Laborde, n° 480 et 555; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 833; Vidal et

C'est cette idée de décence, bien plus qu'une copropriété de famille, absente dans le droit français, qui explique l'immunité spéciale, établie par l'article 380<sup>5</sup>.

Il y aurait donc violation de cet article, si une poursuite avait lieu devant le tribunal correctionnel, alors même que celui-ci ne prononcerait aucune peine<sup>6</sup>.

Mais, cette immunité, ne concernant que la punition et la poursuite, n'empêche pas que le proche ait accompli un fait, que la loi considère comme un délit. Il s'ensuit donc que l'immunité qu'elle accorde ne s'étend ni au recéleur ni aux complices, qui peuvent être poursuivis pénalement, et encourir les peines ordinaires du vol<sup>7</sup>. V. art. 380, alinéa 2.

Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 138. Ces auteurs admettent des excuses absolutoires fondées sur des considérations particulières de famille, et citent l'article 248, alinéa 2, et l'article 380 du Code pénal. Mais, il est visible, d'une part, que l'article 248, alinéa 2, est plus exactement expliqué par une idée de conflit de devoirs (V. *supra*, § 59); et d'autre part, que la relation de parenté peut bien constituer une cause de justification, si le législateur fait passer le devoir privé du sang avant le devoir civique (art. 248, al. 2) ou une cause spéciale d'immunité (art. 380), mais qu'elle ne saurait être un motif d'absolution; car, si l'on doit respecter quelqu'un, c'est en première ligne ses parents. Au surplus, admettre l'excuse absolutoire, ce serait aller à l'encontre du but cherché, puisque les excuses ne pouvant être déclarées que par les juridictions de jugement (V. *infra*, § 66, note 12), des poursuites seront possibles, et le déshonneur d'une comparution en cour d'assises ou en police correctionnelle ne sera pas évité. Comp. Blanche, V, n° 490; Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 380, n° 4 et 5. Cass., 25 mars 1848, S. 1849.1.290 avec le réquis. du proc. gén. Dupin. *Contrà*, Laborde, n° 481, note 1.

5. V. l'*Exposé des motifs* de Faure et le *Rapport* de Louvet (Loché, XXXI, p. 14 et 171); Garçon, *Code pén. annoté*, sous l'article 380, n° 3.

6. V. Cass., 18 avril 1857, S. 1857.1.397.

7. V. Trébutien, I, n° 709. La loi le dit expressément du recéleur (art. 380, al. 2); elle est au contraire muette à l'égard des complices. La jurisprudence a déduit de ce silence que ces derniers échappent à toute répression, comme l'auteur du vol : *qui dicit de uno, de altero negat*. V. Cass., 15 avril 1825, S. chr.; 24 mars 1838, S. 1838.1.999; 6 juin 1839, S. 1840.1.663; 8 janvier 1921, *Bull. crim.*, n° 12. V. aussi Chauveau et F. Hélie, n° 1945 et 1950. Mais, le raisonnement *à contrario*, ordinairement faible, paraît ici absolument erroné. D'une part, en effet, l'ancien droit frappait de la peine du vol « les auteurs et les complices », et non pas seulement le recéleur (Jousse, IV, p. 259); or, il n'y a pas de raison pour que le droit moderne ait écarté cette solution. Bien plus, le conseiller Faure, dans l'exposé des motifs, dit positivement : « souvent ces sortes de vol n'auraient pas lieu, si quelques étrangers ne les conseillaient ou ne les facilitaient » (Loché, XXXI, p. 142) : ce qui comprend tous les complices, quels qu'ils soient. D'autre part, on n'aperçoit pas de motif pour accorder aux complices une faveur, que le rapport familial explique seul; car, on doit écarter l'idée que le mari ou le fils ne commettent pas de délit. Les anciens auteurs sont formels à cet égard (Jousse, IV, p. 205 et 259); et le mot soustraction, qui figure dans l'article 380, ne suffit pas à rejeter cette tradition. Faure, d'ailleurs, parle expressément de vol (Loché, *op. et loc. cit.*). Comp. Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 59, n° 89, et sous l'article 380, n° 66.

D'un autre côté, cette mesure ne concerne que les soustractions frauduleuses : elle est étrangère aux autres délits contre les biens, dont un conjoint ou un enfant pourraient se rendre coupable envers son conjoint ou son père, voire même au délit d'abus de confiance<sup>8</sup>. Arg. art. 380 cbn. avec l'art. 65.

Elle est également exclue des vols qui accompagnent, précédent ou suivent une autre infraction contre la personne<sup>9</sup>.

Mais, elle s'applique à tous les vols, simples ou qualifiés, de jour ou de nuit, qu'ils soient constitutifs de crime ou seulement de délit, et qu'ils soient dénommés vol, larcin, ou détournement d'objets saisis ou donnés en gage<sup>10</sup>.

Enfin, il ya lieu d'observer que l'immunité de l'article 380 du Code pénal est distincte de la mesure édictée à l'encontre

8. La doctrine et la pratique sont en sens opposé. Voy. Chauveau et F. Hélie, V, n° 1941; Garraud, 2<sup>e</sup> éd., V, n° 2110; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 380, n° 29 et 45. Orléans, 10 janvier 1859, S. 1860.2.247; Cass., 28 avril 1866, S. 1867.1.46; 27 octobre 1916, S. 1918.1.106. Sans doute, il convient de reconnaître qu'une extension peut s'appuyer sur de sérieux motifs. Ne peut-on pas, en effet, invoquer en sa faveur l'ancien droit (V. Jousse, IV, p. 259), les travaux préparatoires du Code (Loché, XXXI, p. 141 et 170), et surtout cette considération de la communauté d'existence et d'habitation, qui pratiquement rend plus facilement réalisable juridiquement l'abus de confiance que le vol? Mais, quelques fortes que soient ces raisons, elles se heurtent néanmoins à deux objections décisives : le texte de l'article 380 et la disposition formelle de l'article 65. Lorsqu'en effet, l'article 380 porte que les « soustractions commises par les maris au détriment de leurs femmes... ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles », le législateur marque d'une manière précise et positive, que le corps du délit excusé est une soustraction; c'est-à-dire un vol; et il ne saurait s'élever à cet égard le moindre doute. Arg. art. 380 cbn. avec les art. 379 et 380, al. 2. D'un autre côté, l'article 65 refuse formellement cette extension. Il fait défense expresse au juge d'excuser un délit ou de mitiger la peine, en dehors des cas et des circonstances où la loi déclare le fait excusable. L'abus de confiance est-il un délit distinct du vol? Si oui, la question est tranchée. Les termes de l'article 65 sont trop catégoriques, pour qu'on puisse passer outre, en leur opposant soit l'ancien droit, qui n'avait pas séparé le vol et l'abus de confiance, soit les travaux préparatoires, qui tout au plus peuvent marquer une intention non réalisée dans la loi, soit enfin des raisons d'équité ou d'*a fortiori*, qui pourraient entraîner bien loin, si on les déclarait supérieures au texte impératif de la loi.

9. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 8. Cass., 21 décembre 1837, S. 1838.1.247; 7 juin 1888, *Bull. crim.*, n° 195. *Contrà*, Carnot, *Comm. du Code pén.*, sous l'article 380, n° 9; Chauveau et F. Hélie, V, n° 1955; Blanche, IV, n° 656, et V, n° 493; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., V, n° 1924 a.

10. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 35. Cass., 26 juillet 1811, S. chr.; 19 février 1842, S. 1842.1.376; 6 octobre 1853, S. 1854.1.352; 8 janvier 1885, S. 1885.1.96. A ce qu'il semble, l'immunité couvre également le vol commis avec effraction; et il ne conviendrait pas, dissociant les faits, de retenir comme délit l'effraction ou le bris de clôture, le vol ne pouvant être poursuivi; car, l'immunité de l'article 380 ne dénature pas le délit commis par le proche; elle a simplement pour effet de *civiliser* l'action qui en est née. *Contrà*, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 380, n° 32. Cass., 3 août 1901, *Bull. crim.*, n° 226. Comp. Cass., 6 octobre 1853, précité.

de l'héritier ou du conjoint, qui divertit ou recèle des effets de la succession ou de la communauté, et que les articles 792, 1460 et 1477 du Code civil punissent de la privation de leur part dans ces effets et de la déchéance du droit de renoncer <sup>11</sup>.

Les deux hypothèses ne sont pas à traiter suivant les mêmes règles. C'est ainsi notamment, que les complices ordinaires ne peuvent pas invoquer le bénéfice de l'immunité dont jouit l'auteur principal au cas de l'article 380, et qu'au contraire celle établie par le Code civil leur est applicable <sup>12</sup>.

**IV. Conséquences attachées à l'existence soit d'une cause d'irresponsabilité pénale, soit d'un fait justificatif, soit d'une excuse absolutoire.**

**BIBLIOGRAPHIE :** Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 1084-1085; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, §§ LXXIV et CXLVII; — Degois, *Traité de droit criminel*, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 313-320; — Lyon-Caen, note dans S. 1903.1.5.

### § 65.

#### *Nécessité d'une distinction.*

Les causes d'irresponsabilité pénale, les faits justificatifs, et les excuses absolutoires ne supposent pas l'auteur du fait incriminé agissant dans les mêmes conditions morales.

Les premières (*démence, contrainte et défaut d'âge*) concernant les conditions générales d'intelligence et de liberté, suppriment la responsabilité pénale, mais laissent subsister le caractère injuste ou illicite de l'acte, accompli par l'agent.

<sup>11</sup>. Ces deux dispositions ne concernent pas les mêmes personnes, et n'ont pas le même fondement. Tandis, en effet, que l'article 380 s'explique par un motif de décence, pour éviter l'infamie, qui résulterait d'une condamnation pour vol, la solution des articles 792, 1460 et 1477 du Code civil a sa source principale dans la qualité de chose commune du bien, divertit ou recélé par l'héritier ou l'époux survivant.

<sup>12</sup>. Il en était ainsi du moins, mais avec quelque hésitation, dans l'ancien droit, qui parmi les complices distinguait ceux qui n'avaient fait qu'exécuter les ordres de l'héritier, du mari ou de la veuve, que l'on exemptait de peines, et ceux qui avaient appliqué à leur profit particulier quelques-uns des biens recelés, que l'on punissait des peines du vol. V. Renusson, *Tr. de la communauté*, part. 2, chap. 2, n<sup>o</sup> 21; Rousseau de Lacombe, *Matières crim.*, p. 74; Moyart de Vouglans, *Lois crim.*, p. 283; Jousse, II, p. 195. Il convient de noter que certains auteurs, comme Chauveau et F. Hélie (V, n<sup>o</sup> 1952), confondant les hypothèses, ont appliqué à l'article 380 ce que l'ancien droit disait pour les complices en matière de recel de succession ou de communauté. Ce qui a contribué à obscurcir l'interprétation du Code pénal.

Les seconds (*cas fortuit, ordre de la loi, motif légitime, etc.*), supprimant la faute de l'agent, font disparaître, non seulement la responsabilité pénale, mais encore le caractère injuste de l'acte qui a été commis.

Les dernières (*excuses absolutoires, repentir actif, immunité de l'art. 380*), étrangères aux conditions de la responsabilité pénale, ne suppriment ou ne modifient que la culpabilité du délinquant, et laissent persister le délit qu'il a exécuté <sup>1</sup>.

Les conséquences, attachées à leur reconnaissance, sont donc loin d'être pareilles; et il convient de les indiquer séparément <sup>2</sup>.

### § 66.

#### *I. Effets des causes d'irresponsabilité pénale.*

Lorsqu'une cause d'irresponsabilité pénale se rencontre dans la personne de l'auteur d'un fait que la loi déclare punissable, il ne peut y avoir, sous réserve de ce qui sera dit plus loin pour la minorité de treize ans et le défaut de discernement, ni poursuite ni condamnation pénale. V. art. 64.

1<sup>o</sup> Si l'individu a été poursuivi, parce que le fait de non-responsabilité était ignoré ou incertain, le juge d'instruction après vérification, doit le mettre hors de l'instance; et le tribunal, s'il y a eu comparution, l'acquitter.

Les frais de justice occasionnés par cette poursuite sont des frais faits à tort. Ils ne peuvent être mis à la charge du prévenu; et aucune condamnation aux dépens ne peut le frapper.

2<sup>o</sup> La cause d'irresponsabilité pénale, affectant la personne de l'agent, et non le fait accompli, est personnelle à celui chez qui on la rencontre.

Elle ne se communique donc ni aux complices ni aux coauteurs, qui répondent de la participation qu'ils ont prise dans le délit. Le complice d'un fou, n'étant pas fou, est punissable <sup>1</sup>.

3<sup>o</sup> D'un autre côté, la circonstance que le caractère injuste de l'acte accompli ne disparaît pas, a fait rechercher si une responsabilité civile ne pourrait pas subsister à la charge de l'individu déclaré irresponsable.

1. V. Ortolan, I, n<sup>os</sup> 1084 et 1085.

2. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>os</sup> 434 et suiv.

1. V. Jousse, II, p. 623.

Un dément qui tue un passant, ne doit-il pas, sur ses biens, des dommages et intérêts aux héritiers de sa victime ?

En l'état actuel du droit, il paraît plus juridique de décider que l'insensé n'est pas plus responsable au point de vue civil qu'au point de vue pénal des actes dommageables qu'il commet en état de démence : toute responsabilité suppose, en effet, une faute ; et la faute cesse là où l'intelligence fait défaut<sup>2</sup>. V. Code civ., art. 1382.

Par contre, la faute pénale et la faute civile n'étant point identiques, il n'y a pas de contradiction nécessaire à retenir, en cas de contrainte (surtout de contrainte morale), l'existence d'une responsabilité civile<sup>3</sup>.

4° Plusieurs des règles qui précèdent cessent quand l'irresponsabilité pénale est fondée sur la minorité de treize ans, ou le non-discernement.

a. D'une part, en effet, une poursuite peut être intentée soit contre le mineur de treize ans, soit contre le mineur de dix-huit ans, à l'effet de faire ordonner, à l'égard de l'un et de l'autre, les mesures d'assistance et de tutelle, exigées par leur état, et de vérifier, à l'égard du second, l'absence de discernement qui le rend irresponsable. V. art. 66 ; loi du 22 juillet 1912, art. 1<sup>er</sup>.

Il s'ensuit que, la poursuite étant exercée à bon droit, les frais qu'elle occasionne peuvent être mis à la charge du mineur, et qu'une condamnation aux dépens peut intervenir, malgré son acquittement<sup>4</sup>.

2. Quelques anciens criminalistes, comme Merlin (*Répertoire*, v<sup>o</sup> *Blessé*, § 3, n<sup>o</sup> 4, et v<sup>o</sup> *Démence*, § 2, n<sup>o</sup> 3 et 4), Carnot (*Code pénal*, I, sous l'art. 64, n<sup>o</sup> 3), et Legraverend (*Légit. crimin.*, I, p. 472), ont soutenu une opinion contraire. Mais, celle-ci n'a pas prévalu. V. Aubry et Rau, *Droit civil français*, IV, p. 768, § 447 ; Labbé, *Revue critique*, 1870, p. 107 ; Garraud, *Précis*, 12<sup>e</sup> éd., p. 620. Cass., 14 mai 1866, S. 1866.1.237 ; 21 octobre 1901, S. 1902.1.32. Cette solution doit toutefois être tempérée par cette autre, que si une négligence ou une imprudence peuvent être imputées à ceux qui ont la garde du dément, une responsabilité civile, et même pénale (C. pén., art. 475, n<sup>o</sup> 7), pourra être retenue à leur charge. V. Caen, 2 décembre 1853, S. 1854.2.385 ; Cass., 21 octobre 1901, précité ; 30 juillet 1906, S. 1910.1.20 ; 28 juin 1913, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 319. Certaines cours d'appel sont même allées plus loin, et elles ont déclaré le dément civilement responsable, quand l'état d'aliénation mentale, sous l'empire duquel a été commis l'acte préjudiciable, est le résultat d'habitudes volontaires d'intempérance et d'excès alcooliques. V. Rouen, 17 mars 1874, S. 1874.2.199 ; Caen, 9 novembre 1880, S. 1882.2.118.

3. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 434, note 5.

4. C'est la solution qui est suivie en pratique. V. Cass., 6 août 1813, S. chr. ; 27 mars 1823, S. chr. ; 30 avril 1825, S. chr. ; 5 janvier 1832, S. 1832.1.232 ; 22 septembre 1836, S. 1837.1.501 ; 18 février 1841, S. 1842.1.189 ; 25 mars 1843, S. 1843.1.614 ; 24 mai 1855, S. 1855.1.619 ; 7 janvier 1876, S. 1876.1.96. Les auteurs ne s'accordent

b. D'un autre côté, le défaut d'âge comme le défaut de discernement n'excluant pas nécessairement toute faute, le mineur impubère, et *a fortiori* l'adolescent, peuvent encourir une condamnation à des dommages et intérêts, à raison du fait dommageable qu'ils ont commis<sup>5</sup>. V. Code civ., art. 1310 ; loi du 22 juillet 1912, article 2, alinéa 2, et article 13.

## II. Effets des causes de justification.

Les causes de justification, en supprimant la nature injuste de l'acte qui a été accompli, produisent des effets plus étendus :

1<sup>o</sup> Il ne peut y avoir ni poursuite ni répression : il n'y a ni crime ni délit. V. art. 327 et 328.

Si une poursuite a lieu, elle doit cesser immédiatement ; et s'il y a comparution devant un tribunal, celui-ci doit acquitter le prévenu.

Les frais de justice sont des frais faits à tort, qui ne peuvent être mis à la charge de l'inculpé.

2<sup>o</sup> L'acte justifié est dépourvu de tout caractère injuste : *neminem lædit qui jure fecit*.

Ce n'est donc pas simplement la responsabilité pénale qui disparaît ; c'est aussi la responsabilité civile, qui, pour exister, suppose une faute, qu'on ne trouve pas dans cette hypothèse<sup>6</sup>. Arg. Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> part., tit. 2, al. 1<sup>er</sup>, art. 5.

Une distinction toutefois doit être faite.

Toute responsabilité civile disparaît lorsqu'il s'agit de cas

pas sur l'explication, et quelques-uns refusent la solution. Certains, comme Blanche (I, n<sup>o</sup> 342), voient dans l'acquittement du mineur pour défaut de discernement une absolution, parce qu'il est prononcé après une réponse affirmative sur la question de culpabilité. Mais, c'est supposer une erreur de rédaction dans la loi. D'autres, comme M. Garraud (3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 403), attribuent à l'acquittement du mineur un caractère mixte, qui tient à la fois de l'acquittement et de l'absolution. Ce qui n'est pas meilleur ; car le langage de la loi reste incorrect, et devient de plus, équivoque. Enfin, d'autres, comme Chauveau et F. Hélie (I, n<sup>o</sup> 148), laissent au mot acquittement sa signification technique, mais en dégagent la conséquence que le mineur acquitté ne peut pas être condamné aux dépens. La première solution est exacte, non la conclusion ; car le mineur a donné lieu à une poursuite utile (*dedit locum inquirendi*) : les frais de justice ont donc été faits justement.

5. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., I, n<sup>o</sup> 403, II, Bordeaux, 23 janvier 1905, S. 1905.2.188. V. aussi la note de M. Labbé sous Cass., 13 janvier 1890, S. 1891.1.49.

6. V. Carnot, *Code pénal*, II, p. 95 ; Mangin, *Action publique et action civ.*, II, n<sup>o</sup> 433. Cass., 19 décembre 1817, S. chr. ; 24 février 1886, S. 1886.1.176 ; 25 mars 1902, S. 1903.1.5. *Contra*, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 434, note 4. Cet auteur estime, en effet, que c'est avec raison que l'article 338 n'a pas reproduit la disposition du Code pénal de 1791 ajoutant qu'en cas de légitime défense, il n'y a « aucune condamnation civile » ; et il cite le cas d'accès dans la défense. Mais, dans cette hypothèse, la responsabilité pénale n'est plus inexistante. V. ce qui est dit au texte et note 10.

fortuit, d'ordre de la loi, de commandement de l'autorité légitime et de légitime défense<sup>7</sup>, ou de consentement de la victime.

Une responsabilité civile peut, au contraire, se rencontrer en cas d'erreur, de nécessité<sup>8</sup> ou de motif légitime<sup>9</sup>.

3° Enfin, le fait justificatif, légitimant l'acte qui a été accompli, peut être invoqué par tous ceux qui ont participé à son exécution; la justification est générale: elle agit *in rem*.

4° Mais, il y a lieu de rappeler que les règles qui précèdent ne s'appliquent qu'autant que l'agent se trouve dans la situation légitimée par la cause de justification, c'est-à-dire qu'il a agi sans faute.

Lorsque celle-ci commence, la justification cesse.

Il en est ainsi notamment en cas d'*excès*.

Que le fonctionnaire sorte de l'ordre qui lui a été donné, que l'individu attaqué dépasse les bornes d'une défense légitime et modérée, que celui qui agit sous l'empire de la faim prenne plus que le besoin l'exige, immédiatement la responsabilité pénale reparait avec ses conséquences<sup>10</sup>; et, à *fortiori*, existe la responsabilité civile<sup>11</sup>.

7. V. Cass., 23 février 1865, *Bull. crim.*, n° 44. V. aussi Cass., 12 décembre 1873, S. 1874.1.184.

8. Arg. Code de commerce, articles 416 et suiv. Si en cas de péril commun, il existe une obligation de contribution fondée sur une idée de gestion d'affaires, à plus forte raison, on doit admettre la réparation, quand le péril est spécial à celui qui se sauve, en préjudicant à autrui. Nul, en effet, n'a le droit de causer par son fait un dommage à un autre. S'il n'y a pas de responsabilité pénale au regard de la loi pénale, parce qu'il n'y a point de faute, il peut y avoir cependant, sur l'idée d'un enrichissement sans cause, le fondement d'une responsabilité civile en dommages et intérêts. Ce qui revient à dire que la nécessité ne justifie pas aussi complètement l'auteur du fait délictuel que lorsque c'est la loi elle-même qui ordonne celui-ci, ou lorsque c'est la victime qui doit s'en prendre à elle-même de ce qui lui est arrivé (légitime défense ou consentement de la victime). Il faut, en effet, repousser l'idée d'un prétendu droit de nécessité (*jus necessitatis*). Cfr. Vidal et Magnol, *Cours de droit crim. et de sc. pénit.*, 6<sup>e</sup> éd., n° 214 et 228.

9. Arg. loi du 29 juillet 1881, article 41, § 4. Certains auteurs, comme Degois (2<sup>e</sup> éd., n° 216), en ont conclu que l'immunité de la parole devant les tribunaux constituait simplement une excuse absolutoire. C'est oublier que, la faute pénale et la faute civile étant distinctes, une responsabilité civile peut subsister là où fait défaut la responsabilité pénale.

10. Ces solutions ont été surtout données en cas de légitime défense. Elles ont été parfois contestées en doctrine. Mais, leur admission s'impose, à ce qu'il semble. D'une part, en effet, on les trouve en droit romain (loi 45, § 4, *Dig., Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2); et l'ancien droit les suivait. V. Jousse, III, p. 509 et suiv. D'autre part, elles sont conformes au fondement de la cause de justification: la loi permet la défense, mais non la vengeance. En fait, la jurisprudence les a consacrées. V. Cass., 16 juillet 1897, *Bull. crim.*, n° 249; Bourges, 13 octobre 1910, *Journal du ministère public*, 1911, p. 205. V. cependant Amiens, 16 mars 1843, S. 1843.2.540. Voy. aussi Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'article 328, n° 10 et suiv. et 30.

11. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1499; Sourdat, *Responsab.*, I, n° 368.

### III. Effets des excuses absolutoires.

Les conséquences attachées à l'existence d'une excuse absolutoire diffèrent profondément de celles qui viennent d'être indiquées dans les deux numéros précédents.

On est, en effet, en face d'un coupable, que, dans un but de politique criminelle, la loi pénale peut bien exempter de la peine encourue, mais qui n'en a pas moins commis un délit.

1° Il peut donc y avoir une poursuite pénale; si elle est intentée, elle aboutira, non plus à un acquittement, mais à une absolution.

Comme la poursuite est régulière, et qu'elle est même nécessaire pour vérifier si le délinquant est dans les conditions de l'excuse établie par la loi<sup>12</sup>, une condamnation aux dépens peut être prononcée contre lui.

2° D'un autre côté, l'excuse absolutoire est sans effet sur la responsabilité civile, qu'elle laisse entière.

La société peut, en effet, renoncer à la peine qu'elle est en droit d'exiger; mais, elle est sans pouvoir pour obliger la victime à remettre la réparation qui lui est due.

Le Code pénal autorise même, dans certains cas, à soumettre le coupable absous à des mesures de sûreté, comme la surveillance de la haute police (depuis la loi du 27 mai 1885, l'interdiction de séjour). V. art. 100, 108, 138 et 435, alinéa 4.

3° Enfin, l'excuse absolutoire est personnelle.

Fondée sur la conduite du délinquant postérieure au délit, elle ne profite pas à ses complices ou coauteurs. Arg. art. 108, 138, 266 et 435, alinéa 4.

On a vu plus haut qu'il en était de même pour l'immunité spéciale de l'article 380<sup>13</sup>.

Toutefois, une exception paraît devoir être faite en cas de rapt. L'excuse établie par l'article 357 du Code pénal profite

12. L'admission d'une excuse absolutoire étant subordonnée à la reconnaissance de la culpabilité du prévenu, et cette déclaration ne pouvant émaner des juridictions d'instruction, qui sont simplement chargées d'examiner s'il y a des présomptions suffisantes de culpabilité contre lui, et qui commettraient un excès de pouvoir en le déclarant auteur du fait incriminé, on est forcé d'aller devant la juridiction de jugement pour faire bénéficier l'inculpé de l'excuse absolutoire. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 816, I, b; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 216.

13. V. *suprà*, § 64, note 7. Spécialement, cette immunité ne profite pas aux coauteurs. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 380, n° 67. Cass., 25 mars 1845, S. 1845.1.200; Toulouse, 9 avril 1851, S. 1851.2.348. *Contra*, Chauveau et F. Hélie, V, n° 1762.

aux complices, qui ont participé à l'enlèvement de la jeune fille <sup>14</sup>.

### SECTION QUATRIÈME

#### DES FAITS QUI ATTÉNUENT OU QUI AGGRAVENT LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

BIBLIOGRAPHIE : Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, n° 570-667; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, §§ CXXXIX-CLIV; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 239-246 et n° 272-327.

#### § 67.

##### *Notions générales.*

Si l'intelligence et la liberté sont, avec la faute, les conditions essentielles de la responsabilité pénale, il est clair que leur degré peut varier, et que cette variation influera sur la répression de l'agent.

Celui-ci, en effet, tout en étant intelligent et libre, peut avoir agi dans des circonstances qui diminuent soit son intelligence, sa liberté, ou sa faute : l'infraction matérielle reste la même; mais la culpabilité de son auteur est moindre; et la peine, qui est la sanction réparatrice de la faute commise, doit marquer cette culpabilité amoindrie.

Inversement, l'agent pouvait avoir une obligation particulière pour respecter la loi; ou encore il a pu commettre le délit dans des circonstances, qui dénotent de sa part une perversité plus forte : dans ce cas, sa culpabilité augmente; la répression ordinaire devient insuffisante; et à une faute plus lourde, il convient d'opposer une sévérité plus grande.

De là, à côté de la responsabilité normale et des faits qui la suppriment, l'existence de causes d'atténuation et de causes d'aggravation.

#### A. CAUSES D'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I<sup>er</sup>, n° 1181 et suiv. et 1111-1114; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, § CXLVI; — Ch. Ballot, *De la répression pénale et du droit d'atténuation des peines*

14. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1758; F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 788; Le Sellyer, *Tr. de dr. crim.*, II, n° 512. Cass., 2 octobre 1852, S. 1852.1.688.

(*Revue pratique*, t. VIII, p. 497); — A. Desjardins, *Théorie des excuses en droit criminel* (*Revue critique*, t. XIV, p. 517).

#### § 68.

##### *Principes fondamentaux.*

La détermination des causes d'atténuation doit-elle être faite par le législateur, ou laissée au juge ?

La pensée des auteurs du Code, qui avaient le souvenir des abus produits dans l'ancien droit par le système des peines arbitraires, a été qu'au législateur seul il appartient de fixer la peine.

Sans doute, la fonction du juge ne doit pas se borner, comme l'avait cru l'Assemblée Constituante dans le Code pénal de 1791 <sup>1</sup>, à l'application mécanique du texte de la loi; et il y a lieu d'établir des peines suffisamment variables, pour que les juges puissent toujours trouver dans leurs limites la répression, qui soit à la fois juste et nécessaire. Mais, on ne saurait, sans inconvénient, leur reconnaître le pouvoir soit de changer la nature de la peine autorisée par la loi, soit de sortir des limites indiquées par celle-ci. Abstraction faite de l'objection d'empiéter sur le droit de grâce, dont l'exercice est réservé au chef de l'État, il convient de remarquer que le juge est trop près des faits, trop enclin souvent à envisager seulement l'espèce qui lui est soumise, pour pouvoir s'élever à des considérations générales, et apprécier sûrement ce qu'exige la nécessité de la sécurité sociale <sup>2</sup>.

Mais, cette pensée a été progressivement tempérée dans la suite par l'extension des pouvoirs du juge dans la fixation de la peine.

L'expérience a montré, en effet, que le système du Code ne pouvait fonctionner pratiquement qu'à la triple condition, que la législation criminelle fût *suffisamment détaillée* dans l'énumération des faits délictuels pour prévoir tous leurs degrés de gravité matérielle; *suffisamment souple* dans ses pénalités pour embrasser les variétés de délinquants; et *suffisamment prévoyante*

1. Il est à noter, d'ailleurs, que le système des peines fixes ne se rencontrait que dans ce Code, et qu'en matière correctionnelle ou de simple police, la loi des 19-22 juillet 1791 admettait les peines variables.

2. Il faut bien avouer ce qu'a de juste cette crainte, surtout avec de petits tribunaux et une magistrature répressive non spécialisée: depuis l'admission des circonstances atténuantes, on n'a cessé de se plaindre de l'abus qu'en faisaient les tribunaux, et de leur excessive indulgence, cause de l'augmentation de la criminalité.

pour tenir compte des variations du sentiment public à l'égard des crimes.

En fait, le Code pénal ne satisfaisait à aucune de ces conditions; et le défaut de proportion entre la peine et l'infraction amena fréquemment l'impunité de coupables avérés, que le juge ou le jury ne pouvait se résoudre à condamner à une peine, qu'il estimait excessive; et il fut nécessaire de leur confier un pouvoir qu'on avait d'abord voulu leur refuser.

De là, dans le droit actuel, la reconnaissance de deux catégories de faits, qui atténuent la responsabilité pénale :

Les uns, qui ont leur source dans la loi pénale (*excuses atténuantes*);

Et les autres, laissés à l'arbitraire du juge ou du jury (*circonstances atténuantes*)<sup>3</sup>.

Entre ces deux causes d'atténuation de la responsabilité pénale, on peut relever les deux différences suivantes :

1° Le nombre, les conditions et les effets des excuses légales, sont déterminés par la loi; et il n'appartient pas au juge de s'en départir. V. art. 65.

Le nombre, les conditions, mais non les effets des circonstances atténuantes sont abandonnés au juge. V. art. 463. La loi ne définit pas la circonstance atténuante; elle ne détermine pas le fait qui la constitue: elle remet ce soin au juge, qui est souverain appréciateur de la condition, qu'il considère comme atténuante, et qui peut être extrêmement variée et infiniment variable.

La loi a seulement mis à ce pouvoir en matière criminelle une réserve importante, en fixant elle-même la mesure de l'atténuation de la peine légale; en matière correctionnelle et de simple police, le petit nombre des peines a empêché l'établissement d'une règle semblable<sup>4</sup>.

2° En cour d'assises, les faits qui constituent des excuses léga-

3. Est-ce à dire que, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, le système des excuses atténuantes constitue maintenant dans notre droit un anachronisme? On l'a prétendu. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 814. Mais, il ne le semble pas. Que ce système ait cependant perdu de son importance pratique, cela n'est pas douteux. On comprendrait mal, toutefois, que le juge ne trouvât pas dans la loi d'indication sur les bases de la répression à adopter pour certains cas généraux, comme la minorité ou l'hypothèse de provocation, ni que le législateur n'autorisât pas, dans certains cas, une atténuation plus grande des pénalités ordinaires.

4. Il y a lieu aussi de tenir compte d'une considération historique: dans le droit intermédiaire, et même sous l'empire du Code pénal de 1810, le juge jouissait, en matière de délits et de contraventions de police, de plus de latitude dans la fixation de la peine.

les, ayant des éléments définis, donnent lieu à la position d'une question spéciale. V. Code instr. crim., art. 339.

Il en est différemment des circonstances atténuantes, qui, étant laissées à l'appréciation du juge, ne résultent pas de l'arrêt de renvoi<sup>5</sup>. V. Code instr. crim., art. 344.

#### I. Faits d'atténuation qui ont leur source dans la loi.

BIBLIOGRAPHIE: Trébutien, *Cours de droit criminel*, t. 1<sup>er</sup>, n° 572-598; — Garraud, *Traité de droit pénal*, t. II, §§ CXLVII-CL; — Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 1053-1071; — Villey, notes dans S. 1881.1.383; et 1884.1.353; — Roux, note dans S. 1925.1.329.

#### § 69.

##### *Système des excuses atténuantes.*

Les différentes excuses atténuantes que la loi a reconnues, peuvent être classées, en partant des conditions de la responsabilité pénale :

Les unes, en effet, impliquent une modification des conditions normales d'intelligence, de liberté ou de faute, qui produisent la responsabilité pénale ordinaire;

Les autres supposent que par sa conduite ultérieure le délinquant a diminué la gravité de son délit.

Mais, qu'il s'agisse des premières ou des secondes, il convient d'observer d'une part, que le juge ne peut mitiger la peine que dans les cas et circonstances où la loi l'autorise à le faire; et d'autre part, qu'il est obligé de la mitiger, encore qu'il considérerait, à raison des circonstances odieuses dans lesquelles le crime a été commis, que le prévenu ne mérite pas d'être traité bénévolement. V. art. 65.

#### 1° EXCUSES TENANT A LA MODIFICATION DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ.

#### § 70.

A chacune des conditions, qui sont nécessaires pour qu'il y ait responsabilité pénale, correspond une excuse légale, qui

5. D'après certains auteurs, par exemple Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 816, II, 6, l'excuse légale peut transformer la nature de l'infraction, non la circonstance atténuante. Mais, cette différence, à ce qu'il semble, est contestable. V. *suprà*, § 21, note 10.

suppose l'existence de cette condition, mais se rencontrant imparfaitement, et non plus intégralement :

- A la condition d'intelligence, l'excuse de minorité ;
- A la condition de la liberté, l'excuse de provocation ;
- A la condition de faute, la crédulité.

Il n'est donc pas absolument vrai, comme on le dit quelquefois, que le Code pénal n'a admis, en matière de responsabilité pénale, que deux degrés : les responsables et les non-responsables ; et que c'est tout l'un ou tout l'autre. On oublie que les excuses légales atténuantes établissent un degré intermédiaire <sup>1</sup>.

N° 1. Tenant à la condition d'intelligence : excuse de minorité.

### § 71.

#### *Mineurs bénéficiant de l'excuse de minorité.*

La loi n'a pas seulement pensé que le défaut d'âge, lorsqu'il implique défaut de discernement, entraînait l'irresponsabilité pénale du mineur ; elle a également estimé que, d'une façon générale, il comportait une diminution d'intelligence, qui rendait moins grave la faute commise par l'enfant.

Le mineur, en effet, ne comprend pas aussi complètement que l'adulte les conséquences de ses actions ; sa légèreté d'esprit le fait glisser plus facilement sur les défenses de la loi. Les mineurs, qui sont déclarés avoir agi avec discernement, jouissent donc d'une excuse atténuante <sup>1</sup>.

Cette excuse a été établie par le Code pénal au profit des mineurs de seize ans.

1. Ce qui est plus vrai, c'est que ce degré intermédiaire n'a pas la même étendue que le degré supérieur ou le degré inférieur. Il en est ainsi notamment de la condition d'intelligence, où l'excuse de minorité ne l'établit, et incomplètement encore, que lorsque l'insuffisance du développement intellectuel a sa cause dans le défaut d'âge ; mais ce développement insuffisant peut tenir à d'autres faits, tels qu'une maladie mentale, ou une constitution physique défectueuse. En particulier, on a vivement reproché aux auteurs du Code pénal de n'avoir pas admis, à côté de la folie complète, la demi-folie, et de n'avoir pas établi pour celle-ci une demi-responsabilité. A vrai dire, le reproche ne paraît guère mérité. D'une part, en 1810, la folie n'était pas encore assez bien étudiée pour que le législateur pût faire siennes les conclusions des études médicales. D'autre part, la demi-folie est quelque chose de trop individuel pour donner lieu à une excuse légale, les seules qu'admît alors la loi. Il ne peut y avoir en cette matière, toute constituée par des faits d'espèce, que l'admission de circonstances atténuantes, et surtout l'établissement de mesures qui permettent le traitement curatif du malade, et assurent la sécurité de la société. Mais, à ce point de vue, il est arbitraire et illogique de restreindre aux demi-fous un problème qui, en réalité, embrasse tous les aliénés criminels.

1. V. Locré, XXIX, p. 265.

La loi du 12 avril 1906, qui a élevé la majorité pénale à dix-huit ans, n'a pas modifié cette solution.

Le mineur de plus de seize ans et de moins de dix-huit ans est traité comme un adulte, quand il est reconnu avoir agi avec discernement. V. art. 67 nouveau cbn. avec l'art. 66. Le législateur a considéré qu'il y aurait un sérieux danger pour la sécurité publique, devant l'importance de la criminalité juvénile et la précocité des malfaiteurs, à ne pas frapper sévèrement les redoutables bandits, qui se recrutent dans la jeunesse de dix-sept ans à dix-sept ans et demi <sup>2</sup>.

Par contre, la loi du 22 juillet 1912 a soustrait à ce système les mineurs de treize ans, qu'elle a déclarés de droit irresponsables. V. loi du 22 juillet, art. 1<sup>er</sup>.

Lorsqu'un mineur de dix-huit ans, majeur de treize ans, comparait devant une cour d'assises, il y a donc lieu de poser deux questions différentes au point de vue de l'âge, l'une relative à la minorité de dix-huit ans, l'autre concernant la minorité de seize ans. Ces deux questions sont indispensables pour vérifier si l'excuse de minorité est appliquée dans ses limites exactes. Mais, il n'est pas nécessaire de les faire suivre d'une double question sur le discernement, celui-ci s'appréciant de la même manière pour les deux périodes de la minorité <sup>3</sup>.

#### *Effets de l'excuse de minorité.*

L'excuse de minorité ne se rencontre qu'en matière de crimes et de délits.

Elle n'existe pas en matière de contraventions de simple police <sup>4</sup>. V. art. 67 et 69 cbn. avec l'art. 65.

2. Mais, certains auteurs sont favorables à l'extension de l'excuse de minorité aux mineurs de dix-huit ans. V. en particulier, Chauveau et F. Hélie, I, n° 323 et 324. Il y a, en effet, de l'injustice à traiter comme pleinement responsable un jeune homme, chez qui le développement intellectuel est normalement inachevé ; et il semble qu'il doit y avoir certaines peines, telles que les peines perpétuelles, dont il devrait être exempt.

3. V. Cass., 14 mars 1907, S. 1908.1.158.

4. V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 357 ; Laborde, n° 120 ; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 821 ; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 69, n° 12. *Contrà*, Blanche, II, n° 357. On en donne souvent comme motif la modicité des peines de simple police. Mais, l'explication ne semble pas satisfaisante ; car si l'infraction comporte des pénalités minimes pour le contrevenant majeur, elle doit entraîner une répression encore plus bénigne pour le mineur, moins coupable moralement. La véritable raison paraît être plutôt que, pas plus dans les articles 67 et 69 que dans l'article 66, le législateur n'a songé aux contraventions de simple police ; et que, s'il a été possible de combler la lacune législative au cas de l'article 66, en invoquant un principe supérieur de droit (Voy. *suprà*, § 47, note 6), la même extension était impossible en présence de l'article 65, à propos des articles 67 et 69.

Mais, en cas de crimes ou de délits, les dispositions des articles 67 et 69 s'appliquent, à moins qu'il en soit autrement ordonné, quelle que soit la loi qui prévoit l'infraction<sup>5</sup>.

L'excuse de minorité a pour effet d'atténuer la répression du mineur.

1° En matière criminelle, elle écarte les peines perpétuelles et leur substitue une peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une colonie correctionnelle; et elle remplace les peines temporaires, si elles sont privatives de liberté, par un internement dans une colonie correctionnelle pour un temps égal au tiers au moins et à la moitié au plus de celui pour lequel il aurait pu être condamné comme majeur à l'une de ces peines, et, si elles sont simplement restrictives de la liberté, par un internement de un à cinq ans dans une colonie pénitentiaire ou une colonie correctionnelle. V. art. 67.

Par contre, elle est sans effet sur les peines, complémentaires, telles que l'amende ou la confiscation spéciale, qui peuvent accompagner la peine principale<sup>6</sup>.

2° En matière correctionnelle, elle empêche que la peine prononcée contre le mineur s'élève au-dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. V. art. 69.

Mais, la loi n'ayant pas indiqué le minimum de l'atténuation, les juges correctionnels peuvent descendre, quelle que soit la répression du délit, jusqu'au minimum général des peines correctionnelles, c'est-à-dire jusqu'à six jours d'emprisonnement ou 16 francs d'amende<sup>7</sup>. Arg. art. 40.

5. V. Trébutien, I, n° 579; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 67, n° 3. Cass., 11 janvier 1856, S. 1856.1.633; 9 avril 1875, *Bull. crim.*, n° 121.

6. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 67, n° 7; Laborde, n° 484.

7. L'article 40 reste, en effet, la règle du minimum et du maximum de l'emprisonnement correctionnel dans tous les cas où d'autres limites n'ont pas été déterminées par la loi. Or, on ne peut ni prendre le minimum spécial fixé pour le délit par la loi: car ce serait ne pas tenir compte de la faiblesse d'âge du mineur, et le traiter comme un majeur, ni appliquer par analogie l'article 67 et réduire seulement ce minimum jusqu'au tiers: car ce serait oublier qu'en matière criminelle, il y a à la fois changement dans la nature de la peine et abaissement de sa durée; ce qui explique une limitation dans les pouvoirs d'atténuation remis au juge. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 69, n° 6; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 160-12. Cass., 11 janvier 1856, S. 1856.1.633.

A ce qu'il semble bien, cette règle doit être maintenue même au cas où le minimum de la peine du délit commis par le mineur correspond au minimum des peines correctionnelles. Une solution différente est cependant généralement indiquée: dans cette hypothèse, le juge pourrait abaisser la peine jusqu'à la moitié du minimum des peines correctionnelles. V. Garçon, *op. cit.*, sous l'article 69, n° 7; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 821, note 4; Laborde, n° 486; Vidal et Magnol,

La peine mitigée ne s'entend, au reste, que de l'emprisonnement et de l'amende. L'excuse de minorité est sans effet sur les peines, qui, comme la confiscation, ne sont pas divisibles<sup>8</sup>.

3° Enfin, l'excuse de minorité ne modifie que la peine.

Elle est sans effet sur la nature de l'infraction, qui demeure telle que la loi l'a déterminée. Arg. art. 67 et 69.

Notamment, il s'ensuit qu'au point de vue de la prescription, soit de l'action soit de la peine, le délai de celle-ci est celui qui est indiqué pour les majeurs<sup>9</sup>.

En dehors de la réduction de peine, le mineur jouit de deux autres bénéfices: celui de ne pas être contraignable par corps (loi du 22 juillet 1867, art. 13); et celui d'être soumis à une juridiction spéciale<sup>10</sup>. V. art. 68.

### Vieillesse.

A l'autre extrémité de l'existence, l'ancien droit reconnaissait également, comme pouvant servir d'excuse et contribuant à diminuer la peine, la vieillesse avancée<sup>11</sup>.

Quoique le Code pénal, dans les articles 70 et 71, exempte les personnes âgées de soixante-dix ans accomplis des peines des travaux forcés<sup>12</sup> et de la déportation, qu'il remplace respectivement par la réclusion et la détention, prononcées pour le même laps de temps, il n'a pas fait cependant de la vieillesse une

6<sup>e</sup> éd., n° 160-12. Cass., 9 avril 1875, *Bull. crim.*, n° 121; 5 mars 1898, D. P. 1898.1.517. Mais, cette opinion ne paraît pas exacte. D'une part, l'article 69 ne vise que la limite de sévérité que le juge ne doit pas dépasser; c'est arbitrairement que par analogie on lui fait régler la limite d'indulgence, dont il peut user. D'autre part, si, comme on l'admet, ce texte n'empêche pas normalement le juge, par application de l'article 40, de descendre au-dessous de la moitié du minimum de la peine du délit, jusqu'au minimum des peines correctionnelles, c'est que, dans aucun cas, ce texte ne règle la question. Enfin, si grave que soit l'objection que dans cette hypothèse le mineur ne serait pas traité plus favorablement que l'adulte, elle n'est pas davantage décisive; car l'article 69 ne renferme pas un système complet: également en matière de contraventions de police, le mineur subit la même répression que le majeur.

8. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 821 b. *Contrà*, Laborde, n° 484 et 486.

9. La pratique a varié sur ce point. Pendant longtemps, elle a décidé que la réduction de peine influait sur la nature de la prescription. V. Cass., 25 août 1864, S. 1865.1.101; 12 août 1880, S. 1881.1.385. Actuellement, elle admet, ce qui paraît plus exact, que le délai de la prescription n'est pas modifié. V. Cass., 9 juillet 1891, S. 1891.1.432. Quant à la doctrine, elle est divisée. V. dans le sens du texte, Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 390; Villey, *Précis*, p. 479; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 729. *Contrà*, Laborde, n° 485.

10. Il sera parlé de ce bénéfice à propos de la procédure pénale.

11. V. Jousse, II, p. 618.

12. Depuis la loi du 30 mai 1854, les sexagénaires.

excuse légale, fondée sur une présomption d'affaiblissement des facultés intellectuelles<sup>13</sup>.

Il a seulement admis, par un sentiment d'humanité, un adoucissement du châtement, à raison de la diminution des forces physiques, qui rendrait excessives et barbares les souffrances de la peine ordinaire.

Mais, la responsabilité et la culpabilité restent entières.

C'est ce qui explique d'abord, que la peine de mort, la plus redoutable de toutes, ne figure pas parmi les peines atténuées par l'article 70; ensuite, que ce soit sur la peine légale, et non sur la peine substituée, que doit se calculer l'abaissement de la pénalité, en cas d'admission de circonstances atténuantes<sup>14</sup>.

N° 2. Tenant à la condition de liberté : excuse de provocation.

## § 72.

### *Système de l'excuse de provocation.*

En même temps que la loi tient compte, avec l'excuse de minorité, de la diminution de l'intelligence résultant de la faiblesse de l'âge, elle prévoit, avec l'excuse de la provocation, l'affaiblissement de la liberté, que peut produire l'empirement provoqué par une juste cause d'irritation.

Sans doute, l'homme doit faire violence à sa brutalité : il doit savoir se maîtriser; et la loi pénale a précisément pour but, par la menace de ses sanctions, de l'obliger à se contraindre. Il n'en est pas moins vrai que la colère supprime une partie de sa force de résistance, et le livre plus accessible et plus faible aux réactions violentes. Il y aurait donc de l'injustice à punir, dans tous les cas, comme quelqu'un qui agit de sang-froid et posément, celui qui n'a pas eu « toute la liberté nécessaire pour agir avec une mûre réflexion »<sup>1</sup>, et qui, cédant à un mouvement naturel sous le coup qui le frappe méchamment, répond à une violence par une autre violence.

Au surplus, en ne faisant pas de la colère une cause générale d'excuse, mais en ne l'admettant que dans certains cas, et sous certaines conditions, la loi évite le reproche de favoriser le débordement des passions : ce qui excuse, c'est moins la colère

13. V. Trébutien, I, n° 620; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 142.

14. V. Cass., 18 décembre 1856, S. 1857.1.319; 7 janvier 1858, S. 1858.1.255.

1. V. l'Exposé des motifs du conseiller Faure (Loché, XXX, p. 476).

elle-même que sa légitimité : *non tam ira quam causa iræ excusat*<sup>2</sup>.

1° Conditions pour qu'il y ait excuse de provocation.

Les conditions pour qu'il y ait lieu à l'excuse de provocation, sont au nombre de quatre<sup>3</sup> :

1° Il faut d'abord qu'il y ait une *agression consommée*<sup>4</sup>.

2. V. Trébutien, I, n° 584. On a voulu voir quelquefois la justification de la provocation dans une sorte de compensation, le premier délit excusant le second. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 7. Mais, cette explication n'est pas satisfaisante. Ce n'est pas ainsi d'abord, que l'ancien droit expliquait l'atténuation de la répression : il justifiait celle-ci sur l'emportement et la colère, qui naissent d'une juste douleur. V. Jousse, II, p. 614. Et il y a tout lieu de croire que le droit moderne a maintenu cette interprétation. V. l'Exposé des motifs du cons. Faure (Loché, XXX, p. 476). De plus, si le droit civil peut admettre la compensation des dettes, le droit pénal ne saurait l'imiter, en accueillant la compensation des délits; car les délits ne concernent pas seulement les particuliers; ils atteignent aussi la société, qui reçoit de leur double accomplissement une double blessure. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 823. Comp. Cass., 30 octobre 1886, S. 1888.1.48. On a quelquefois aussi, et cette fois avec plus d'apparence de raison, rapproché la provocation de la légitime défense, et vu dans l'une une sorte de diminutif de l'autre (*défense légitime incomplète*). Il est, en effet, certain, que les rédacteurs du Code pénal rappellent, à propos d'elle, « cette espèce de nécessité, que Bacon qualifiait de *nécessité coupable*, pour la distinguer de la nécessité absolue, qui fonde la légitime défense » (Loché, XXX, p. 514). V. aussi dans Jousse (III, p. 509) une certaine confusion entre la légitime défense et la provocation. Il est clair également, que le Code, par le rapprochement des articles 321 et suiv. avec l'article 328, par le renvoi formel que fait l'article 322 à l'article 329, et par la disposition équivoque de l'article 321, relativement au meurtre commis par l'époux sur l'épouse, montre les liens qu'il établit entre les deux théories. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1428. Sans nier ces rapports, il serait néanmoins inexact, sauf dans le cas de l'article 322, de justifier la provocation par l'idée d'une légitime défense incomplète. D'une part, en effet, les deux théories n'ont pas la même étendue; et la légitime défense a une généralité, que ne possède pas la provocation. D'autre part, la légitime défense laisse à l'individu menacé sa liberté, son intelligence et son sang-froid (du moins celui-ci s'efforce-t-il de les conserver), et ce n'est pas dans leur disparition qu'il trouve la cause de son impunité totale, tandis que l'individu provoqué trouve la cause de l'atténuation de sa responsabilité dans la diminution de sa liberté morale : l'un se défend, l'autre se venge; leurs situations sont fort différentes.

3. Abstraction faite d'une condition préalable que l'infraction est dirigée contre le provocateur. Commise contre un tiers, elle peut bien être accomplie sous l'empire de l'emportement ou de la colère; elle ne bénéficiera pas néanmoins de l'excuse de provocation; car, la colère ne suffit pas pour atténuer la responsabilité pénale; il faut une « juste » douleur; et cet élément manque à l'égard du tiers, qui est demeuré étranger à l'offense. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 33. Comp. Cass., 30 août 1855, D. P. 1855.1.427. Mais, sur l'effet de l'*error personæ* et de l'*aberratio ictus*, voy. Garçon, *op. et loc. cit.*, n° 36 et 37.

4. Le cas de l'article 322 excepté. Par là, se fera le départ entre la provocation, qui excuse simplement le délit, et la légitime défense qui le justifie, abstraction faite de la nécessité de la riposte, ici existante et là absente. V. loi 45, § 4, Dig., *Ad legem Aquilianam*, livre IX, tit. 2; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 824; Trébutien, I, n° 586. Mais, à ce qui semble, cette distinction n'est à chercher ni dans la nature

Une agression simplement menaçante ou imminente ne suffit pas : une attaque exécutée, ou, pour mieux dire, passée, est nécessaire; car, la colère naît de la douleur, et la douleur suppose l'offense reçue.

Il convient toutefois de ne pas entendre littéralement cette exigence; et il est certain que la violence peut exister dans le geste, encore que le bras ne soit pas abaissé<sup>5</sup>.

2° Il faut, en second lieu, une *agression contre la personne*.

A la différence de la légitime défense, qui peut se rencontrer même au cas d'attaque contre les biens, la provocation n'existe qu'en cas de violence exercée contre les individus : elle ne résulterait pas d'une violence exercée contre une chose<sup>6</sup>.

D'ailleurs, il importe assez peu que la victime violentée soit le prévenu lui-même ou un tiers : sur ce point les deux théories de la provocation et de la légitime défense s'accordent. *Injuria uni facta alteri facta censetur*<sup>7</sup>.

Il convient de remarquer que cette agression doit présenter un certain degré de gravité; elle doit être assez forte pour avoir fait naître chez l'auteur de l'acte incriminé un sentiment de colère, qui explique l'emportement auquel il s'est livré.

Cette gravité s'apprécie donc *in concreto*, et non pas *in abstracto*<sup>8</sup>.

Enfin, il y a lieu d'observer qu'exceptionnellement, dans un cas, l'agression peut être dirigée contre les biens.

C'est ce que dispose l'article 322, qui déclare excusables le meurtre, les coups et les blessures commis, en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures ou entrées d'une maison habitée.

3° L'agression, en troisième lieu, doit être *injuste*.

Il en était ainsi dans l'ancien droit, qui parlait de « juste douleur » et d'emportement « ayant une cause légitime »<sup>9</sup>; et l'on peut difficilement supposer que le droit moderne, qui a réduit

du bien attaqué, ni dans l'excès de la défense. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, nos 11, 12 et 25.

5. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, nos 22 et suiv. Cass., 23 décembre 1880, S. 1882.1.141.

6. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 31; Trébutien, I, n° 588. Cass., 22 janvier 1852, D. P. 1852.5.564; 22 juillet 1882, S. 1885.1.408.

7. V. Chauveau et F. Hélie, IV, nos 1432 et 1433; Trébutien, I, n° 588; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 32.

8. V. Chauveau et F. Hélie, IV, nos 1429 et 1434-1435; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, nos 28 et 29.

9. V. Jousse, II, p. 614 et 615.

les anciennes causes d'excuses, se soit départi de cette exigence rationnelle<sup>10</sup>. Arg. art. 322, 324 et 325.

En particulier, une agression, que le provocateur a lui-même provoquée, ne saurait être injuste<sup>11</sup>.

Au surplus, quelle que soit la qualité de l'offenseur, que ce soit un simple particulier ou un fonctionnaire public, la violence qui répond à une violence injuste et illégitime, est excusable<sup>12</sup>.

4° Enfin, il est nécessaire que l'acte commis par l'inculpé soit accompli dans le *même trait de temps* que la provocation, ou, tout au moins, dans un temps voisin de celle-ci, sans diverger à d'autres actes.

La loi excuse, en effet, ce qui est exécuté sur-le-champ et dans un premier moment de colère. Elle n'a aucune raison d'être indulgente pour la vengeance froide et réfléchie du lendemain<sup>13</sup>. Arg. art. 324, alinéa 2, et 325.

#### 2° Infractions déclarées excusables.

L'excuse de la provocation n'est pas une excuse générale.

Elle ne s'applique qu'aux infractions que la loi a déclarées excusables pour ce motif; il n'appartient pas au juge d'entendre le nombre ou le cercle<sup>14</sup>. Arg. art. 63.

1° Ainsi, la loi excuse le meurtre, les blessures et les coups,

10. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1436; Trébutien, I, n° 590; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 39.

11. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n° 46; Cass., 26 février 1891, D. P. 1892.1.472.

12. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1437; Trébutien, I, n° 591; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, nos 41-44; Laborde, n° 487; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, p. 742, note 25. La pratique déclare, au contraire, que la violence, opposée à l'acte arbitraire du fonctionnaire, n'est pas excusable. V. Cass., 29 novembre 1855, S. 1856.1.272; 25 avril 1857, *Bull. crim.*, n° 170. V. aussi Blanche, IV, n° 131. Mais, cette opinion est peu sûre. D'une part, en effet, il est téméraire de se fonder sur la place qu'occupent les articles 321 et suiv. dans un titre « des crimes ou délits contre les particuliers », pour en déterminer la portée, quand de l'aveu unanime, leur place aussi bien que celle des articles 327 et 328 est défectueuse. D'autre part, si on doit couvrir l'acte du fonctionnaire d'une présomption de légalité, cette présomption ne doit ni aller à l'encontre de la réalité, ni empêcher la naissance d'un sentiment d'irritation, d'autant plus violent que l'on voit le fonctionnaire abuser de l'autorité que la loi lui a déléguée.

13. V. Chauveau et F. Hélie, IV, nos 1438 et suiv.; Blanche, V, n° 31; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 321, n° 48; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 824, note 10. Cass., 10 mars 1826, S. chr. Comp. en matière d'injure, Cass., 18 septembre 1924, *Bull. crim.*, n° 348.

14. V. Cass., 22 juillet 1882, S. 1885.1.408; 5 mars 1886, *Bull. crim.*, n° 94; 16 juin 1893, *Bull. crim.*, n° 155; 18 octobre 1894, S. 1894.1.524.

lorsqu'ils sont provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes <sup>15</sup>. V. art. 321.

Il est à observer que la loi, qui, dans la légitime défense, exige que la défense soit modérée et dans un certain rapport avec la menace, ne suppose pas cette condition en matière de provocation. C'est que la colère, qui obscurcit l'intelligence de l'agent, lui fait perdre son sang-froid, et le porte à des réactions extrêmes. Le meurtre donc sera excusé, quoique l'agression n'ait comporté que des coups <sup>16</sup>.

Mais, ni l'assassinat prémédité, ni le parricide ne sont excusables, le premier, parce que la préméditation implique la réflexion, qui exclut le caractère impétueux du crime <sup>17</sup>, le second, parce que, quelque violente que soit la provocation, le respect de ses parents impose à l'enfant « le devoir de tout souffrir

15. V. Loché, XXX, p. 476; Trébutien, I, n° 589. Dès lors, des violences (ou coups) légères seraient insuffisantes pour constituer l'excuse de provocation : il faut des violences (ou coups) graves. C'est aux juges du fait qu'il appartient d'apprécier, d'après les circonstances, si la violence, dont le prévenu a été victime, est grave ou légère. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 321, n° 18. Cass., 30 juin 1859, S. 1859.1.874; 16 juillet 1897, *Bull. crim.*, n° 249; 28 octobre 1909, *Bull. crim.*, n° 483. Et cette appréciation doit se faire en tenant compte de la personne de l'inculpé. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1435; Garçon, *op. et loc. cit.*, n° 27 et suiv. Ainsi, les violences légères, réprimées par l'article 605 du Code du 3 brumaire an IV, pourront, le cas échéant, par la déformation que leur a donnée la victime, justifier l'excuse de provocation. V. Cass., 5 août 1881, S. 1883.1.239; 22 juillet 1882, S. 1885.1.408. Mais, ayant seulement parlé de coups et de violences, la loi a nécessairement exclu de celles-ci les injures, les diffamations et les calomnies, quelques graves ou odieuses qu'elles soient, ou quelque colère qu'elles suscitent dans l'esprit de celui qui les subit. V. Trébutien, I, n° 587; Garçon, *op. et loc. cit.*, n° 17. Cass., 5 mars 1886, *Bull. crim.*, n° 94; 4 mai 1889, *Bull. crim.*, n° 171; 20 juillet 1893, S. 1893.1.492; 9 février 1923, S. 1923.1.288. La solution est d'ailleurs traditionnelle. V. loi 52, § 1, Dig., *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. 2; Jousse, III, p. 509.

16. V. Cass., 16 juillet 1897, *Bull. crim.*, n° 249.

17. L'article 321 parle, en effet, de meurtre, et non d'assassinat. La jurisprudence est cependant d'un avis opposé. Elle prétend que la loi ne fait aucune distinction entre le meurtre commis sans aucune aggravation et le meurtre perpétré avec préméditation ou guet-apens, circonstance dont le concours avec l'excuse de provocation n'est pas impossible. V. Cass., 20 décembre 1883, *Bull. crim.*, n° 289; 6 août 1898, *Bull. crim.*, n° 284; 12 juillet 1907, *Bull. crim.*, n° 315; 30 décembre 1908, *Bull. crim.*, n° 542; 28 octobre 1909, *Bull. crim.*, n° 483. Voy. aussi Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 321, n° 53. Mais, il est douteux que cette opinion soit fondée. On cite, il est vrai, le cas de l'individu, qui est décidé à se servir de ses armes, si on l'insulte ou l'injurie. Or, de deux choses l'une : ou le meurtrier a gardé sous l'insulte son sang-froid et sa lucidité d'esprit : dans ce cas, il y a bien meurtre prémédité, mais non pas l'excuse de la provocation, ou bien il a perdu son sang-froid, et agi sous l'empire de la colère : dans ce cas, il y a bien l'excuse de la provocation, mais le meurtre est simple, sa cause efficiente étant moins dans l'intention d'avant l'action, que dans le mouvement de colère, qui a suivi l'insulte.

ou plutôt que de porter sur eux une main sacrilège » <sup>18</sup>. V. art. 323.

Au contraire, le père qui, dans un mouvement légitime de colère, tue son fils, pourrait être excusé.

2° La loi excuse encore le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ainsi que sur son complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale <sup>19</sup>. V. art. 324, alinéa 2.

Mais, la loi n'excuse ni le meurtre de l'époux surpris par son épouse dans les mêmes circonstances <sup>20</sup>, ni, d'une manière générale, le meurtre d'un conjoint par un conjoint, l'affection, qui doit les unir, leur faisant un devoir de n'épargner aucun sacrifice pour maintenir la paix de leur foyer <sup>21</sup>.

Toutefois, le meurtre deviendrait excusable, si au moment où il a eu lieu, la vie de l'époux qui l'a commis, avait été mise en péril <sup>22</sup>. V. art. 324, alinéa 1°.

18. V. Loché, XXX, p. 477. Lorsque l'article 323 déclare que le parricide n'est jamais excusable, ce texte doit s'entendre *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire seulement de l'excuse de provocation. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 826 a. Il ne fait donc obstacle ni à la justification résultant de la légitime défense (Cass., 29 mai 1879, S. 1880.1.439), ni à l'application de l'excuse de minorité. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1443. Le sens de ce texte s'éclaircit d'ailleurs, si on rapproche l'article 324 de ce que dit Jousse (III, p. 510), à qui cette disposition est visiblement empruntée. Après avoir, en effet, posé comme principe, qu'il n'est pas permis au fils, au serviteur, à l'épouse, etc. de résister, même s'ils sont injustement frappés par les personnes, auxquelles ils doivent de l'honneur ou du respect, cet auteur ajoute « à moins que ces personnes n'excèdent les bornes d'une juste correction. Car, si elles frappaient d'une manière atroce ceux qui leur sont subordonnés, en les blessant ou estropiant, alors rien n'empêcherait ces derniers de faire résistance, et d'user des mêmes voies de défense, dont toute autre personne pourrait user en pareil cas ». L'article 324, sans rien changer à ces règles, sauf quand à l'énumération des personnes auxquelles il les applique, s'est borné à traduire « frapper d'une manière atroce » par « vie mise en péril ». On admet même que le parricide serait excusable, dans l'hypothèse de l'article 324, al. 1, si un fils surprenait son père en flagrant délit d'inceste avec sa bru. Enfin, l'article 323, spécial au parricide, n'empêche pas l'application de l'article 321, pour les coups et blessures qu'un fils porterait à son père. V. Chauveau et F. Hélie, n° 1442. Cass., 10 janvier 1812, S. chr. Voy. également Jousse, II, p. 615.

19. Mais non l'assassinat froidement combiné. V. Trébutien, I, n° 596.

20. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1466; Blanche, V, n° 45; Boitard, *Leçons de dr. crim.*, p. 362; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 324, n° 13 et suiv.

21. V. Chauveau et F. Hélie, IV, n° 1459; Blanche, V, n° 45; Boitard, *Leçons de dr. crim.*, n° 362; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'art. 324, n° 1 et suiv.

22. L'article 324, alinéa 1°, ne veut pas dire que le meurtre d'un conjoint par un conjoint, quand il est commis en état de légitime défense, est simplement excusable et non justifié. Il signifie seulement ceci : c'est que lorsque les conditions de la légitime défense ne sont pas complètement réalisées, le meurtre, qui n'est pas justifié par l'article 323, pourra trouver dans l'excuse de provocation, une mitigation de peine. Quant à croire avec certains interprètes que l'article 324 renvoie à l'article 328, et que, par « excusable » il entend « justifiable », cela paraît peu

D'un autre côté, les coups et les blessures, lorsqu'ils ont été provoqués, sont également excusables<sup>23</sup>. Arg. art. 324, alinéa 1<sup>er</sup>, cbn. avec art. 321.

3<sup>o</sup> Est également excusé le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur. V. art. 325.

4<sup>o</sup> Pareillement, le meurtre, les blessures et les coups, commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures ou entrées d'une maison habitée ou de ses dépendances, sont déclarés excusables. De nuit, le fait serait justifié<sup>24</sup>. V. art. 322, alinéas 1 et 2.

5<sup>o</sup> Les injures non publiques, lorsque ceux qui les ont proférées ont été provoqués, sont aussi excusées. V. art. 471, n<sup>o</sup> 11.

6<sup>o</sup> Enfin, les injures publiques, verbales ou écrites, envers les particuliers, quand elles ont été précédées de provocation, sont également excusées. V. loi du 29 juillet 1881, art. 33.

Mais, il est à observer qu'en dehors de l'excuse légale, la peine de toute infraction, dont l'auteur a été provoqué, peut être mitigée par une déclaration de circonstances atténuantes<sup>25</sup>.

### 3<sup>o</sup> Effets de l'excuse de provocation.

L'excuse de provocation, lorsqu'elle est établie, a pour effet d'atténuer simplement la responsabilité pénale<sup>26</sup>; et de remplacer la peine de mort et les peines criminelles perpétuelles, par un emprisonnement de un à cinq ans, les peines criminelles temporaires, par un emprisonnement de six mois à deux ans; et de réduire la peine correctionnelle à un emprisonnement de six jours à six mois.

vraisemblable lorsque, d'une façon générale, on attribue à ce mot dans l'article 323 sa signification exacte et technique. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 324, n<sup>o</sup> 7 et 8.

23. *Nonobstat* l'article 65. L'article 321 est, en effet, un texte général, auquel l'article 324 n'a dérogé qu'en cas de meurtre. Il serait d'ailleurs assez peu raisonnable que le mari, qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère, soit excusable, s'il la tue, et ne le soit pas, s'il la blesse seulement; ou qu'un conjoint, dont la vie est mise en péril, bénéficie de l'indulgence de la loi, s'il tue son conjoint, et soit traité avec la dernière rigueur, quand il se borne à le blesser. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, p. 745, note 33; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 324, n<sup>o</sup> 3 et 22. *Contrà*, Alger, 3 mai 1879, S. 1880.2.20.

24. Dans cette hypothèse, il est vrai de dire que la provocation est une diminution de la légitime défense. Mais, il serait plus exact d'y voir une cause spéciale d'excuse, n'ayant rien de commun avec la théorie de la provocation.

25. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n<sup>o</sup> 13. Cass., 5 février 1892, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 44.

26. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 321, n<sup>o</sup> 1 et 2.

Mais, l'excuse de provocation, en matière criminelle, est sans effet sur les peines complémentaires. Par contre, en matière correctionnelle, elle a pour effet de les supprimer<sup>27</sup>.

Exceptionnellement, en matière d'injures, la provocation exonère l'auteur des propos injurieux de toute répression pénale, et même civile<sup>28</sup>; elle agit, en effet, dans ce cas plutôt comme une cause de justification que comme une excuse<sup>29</sup>.

L'excuse de provocation, pas plus du reste que l'excuse de minorité, ne modifie le caractère de l'infraction, qui conserve la nature que la loi lui a attribuée. Elle n'abrège donc pas le délai de prescription du crime excusable<sup>30</sup>, et, le cas

27. Cette différence, au premier abord assez singulière, paraît bien résulter du rapprochement des alinéas 2 et 3 avec l'alinéa 5 de l'article 326. D'une part, en effet, les deux premiers ne visent que la réduction de la peine criminelle principale : l'atténuation est donc étrangère aux peines complémentaires. D'autre part, l'alinéa 3 dit qu'en matière de délit « la peine sera réduite à un emprisonnement de six jours à six mois ». Dès lors, il serait arbitraire de limiter cette expression générale à la seule peine d'emprisonnement.

28. V. Cass., 31 juillet 1894, S. 1894.1.493.

29. C'est dans cette hypothèse surtout, que l'on a parlé de compensation de délits, d'ailleurs à tort semble-t-il. V. Cass., 30 octobre 1896, S. 1888.1.48.

30. V. Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 390 et 621; Le Sellyer, *Exercice des act. publ. et priv.*, II, n<sup>o</sup> 544; Brun de Villeret, *Prescript. en mat. crim.*, n<sup>o</sup> 195 et suiv.; Villey, note dans S. 1881.1.385. Cass., 17 janvier 1833, S. 1833.1.413. *Contrà*, Laborde, n<sup>o</sup> 796; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 832. Cass., 7 avril 1887, S. 1889.1.133; 22 juin 1894, *Bull. crim.*, n<sup>o</sup> 162. Pour prétendre que l'excuse de provocation, en transformant la nature de la peine, change la nature de l'infraction, on invoque ordinairement les raisons suivantes : 1<sup>o</sup> l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal définit le délit « toute infraction que les lois punissent de peines correctionnelles »; or le crime excusé n'est plus puni que d'une peine d'emprisonnement; 2<sup>o</sup> il y a logiquement un parallélisme entre les circonstances aggravantes et les excuses atténuantes; et si les premières, en substituant à la peine correctionnelle du délit simple une peine criminelle, font passer le délit qualifié dans la catégorie des crimes, corrélativement les secondes, en opérant la substitution inverse, doivent ramener le crime excusé par la provocation au rang des délits; 3<sup>o</sup> enfin, les incidents de la rédaction des articles 57 et 58 du Code pénal, lors de la loi du 13 mai 1863, montrent que le débat a été dominé par l'idée que celui-là seul est condamné pour crime, auquel la loi inflige une peine afflictive. Mais, à ce qu'il semble, aucune des raisons qui précèdent ne paraît concluante. Et, en effet : 1<sup>o</sup> à l'article 1<sup>er</sup> on peut opposer l'article 326 du Code pénal qui, d'une manière expresse, conserve à l'infraction excusée par la provocation la dénomination de *crime*. Or, dans cette controverse, il paraît préférable d'attacher plus d'importance au texte spécial de l'article 326 qu'à la disposition générale de l'article 1<sup>er</sup>; 2<sup>o</sup> rationnellement, il n'y a pas de contradiction à reconnaître à la circonstance aggravante l'effet de transformer la nature du délit simple et à refuser le même pouvoir à l'excuse atténuante; car la circonstance aggravante fait partie de l'infraction, tandis que l'excuse de provocation en est au contraire indépendante et concerne principalement la personne de son auteur; 3<sup>o</sup> enfin, quant aux incidents de la révision des articles 57 et 58, il est visible qu'ils sont étrangers à la question actuelle, et qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur de prendre parti sur elle, mais qu'au contraire, en parlant de « *crime puni d'une peine correctionnelle* », il a marqué, suivant toute vraisemblance au moins, qu'une infraction pouvait avoir la nature

échéant, n'autorise pas l'application d'une loi d'amnistie <sup>31</sup>.

Comme elle encore, elle est, en principe, personnelle, et ne profite, en cas de participation de plusieurs délinquants au même délit, qu'à celui qui a agi sous l'empire de l'empirement <sup>32</sup>.

Enfin, s'appliquant à un coupable, elle laisse subsister la responsabilité civile <sup>33</sup>.

N° 3. Tenant à la considération de faute : excuse de crédulité.

### § 73.

Une responsabilité pénale atténuée peut encore résulter d'une diminution de la faute, commise par l'auteur du fait incriminé. Celui-ci peut, en effet, avoir accompli le délit dans des circonstances qui supposent de sa part une moindre culpabilité.

Sans aller jusqu'à l'impunité complète, parce qu'il subsiste une faute, il convenait néanmoins d'établir dans la répression la gradation, qui se rencontrait dans la culpabilité. Mais, pas plus dans cette hypothèse que dans les deux précédentes, la loi positive ne s'est élevée à une conception générale de la responsabilité atténuée : elle a aperçu des hypothèses particulières ; et elle s'est bornée à des solutions fragmentaires, qui sont insusceptibles d'extension par analogie.

de crime, tout en n'étant punie que d'une peine correctionnelle. V. S. *Lois ann.* de 1863, p. 50, col. 3. V. aussi notre note dans S. 1925.1.329.

31. V. Cass., 24 avril 1925, S. 1925.1.329.

32. V. Laborde, n° 489. *Contrà*, Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 434. La jurisprudence a longtemps hésité sur ce point. Tantôt elle a attribué à l'excuse de provocation un caractère *personnel*, et refusé d'admettre comme contradictoires les réponses du jury l'admettant pour un accusé et la refusant à un autre (Cass., 19 janvier 1838, S. 1838.1.126; 14 septembre 1871, *Bull. crim.*, n° 111; 7 décembre 1901, *Bull. crim.*, n° 310; 1<sup>er</sup> mars 1907, *Bull. crim.*, n° 103; 28 juill. 1921, S. 1922.1.142); tantôt au contraire, elle a vu dans la provocation une circonstance *réelle*, inhérente au fait matériel accompli, et insusceptible par conséquent de réponses différentes suivant les inculpés du même crime (Cass., 12 octobre 1882, S. 1884.1.353; 16 juillet 1895, *Bull. crim.*, n° 217; 8 août 1895, D. P. 1899.5.343; 2 février 1905, *Bull. crim.*, n° 49). Mais, à ce qui semble, cette seconde opinion, qui paraît maintenant généralement abandonnée, n'est pas juste. On voit mal, en effet, comment la colère, qui fonde l'excuse de provocation, peut se communiquer d'un codélinquant à un autre, et atténuer la culpabilité de ceux, auteur ou complices, qui ont agi de sang-froid : l'absence de réflexion comme le défaut d'âge sont des conditions personnelles à chaque inculpé. Il y a lieu toutefois d'excepter de la solution qui précède l'hypothèse de l'article 322, où, s'agissant d'un cas de légitime défense imparfaite plutôt que d'une mitigation de peine fondée sur la colère, l'excuse de provocation a un caractère réel. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 976.

33. Réserve faite de l'hypothèse de compensation d'injures.

1<sup>o</sup> C'est ainsi qu'en matière de fausse monnaie, elle ne punit que d'une amende ceux qui, ayant reçu pour bonnes des pièces de monnaie contrefaites, altérées ou colorées, en font usage, après avoir connu leurs vices. V. art. 135, alinéa 2. Ce sont, en effet, moins des criminels que « des malheureux, cherchant à rejeter sur la masse la perte dont ils étaient personnellement menacés » <sup>1</sup>.

Si leur bonne foi persistait au moment où ils remettaient en circulation les pièces fausses, à la place d'une excuse il y aurait une justification complète. V. art. 135, alinéa 1<sup>er</sup>, et 163.

2<sup>o</sup> C'est ainsi encore que la loi déclare punissables seulement de la peine de la réclusion, au lieu de celle des travaux forcés, en matière de pillage, commis en réunion ou bande, et à force ouverte, les participants, qui prouvent avoir été entraînés, par des provocations ou sollicitations, à prendre part à ces violences. V. art. 441.

Si la loi pénale n'a pas su dégager une théorie générale de la provocation à commettre une infraction, elle l'a cependant aperçue dans quelques cas particuliers ; et, en dehors de l'article 441, elle a encore autorisé, dans les articles 415 et 438, une répression plus sévère à l'encontre des promoteurs de ces infractions, qu'à l'égard des autres délinquants, qui sont surtout coupables d'avoir cédé à la passion, en croyant trop aveuglément ces provocateurs.

2<sup>o</sup> EXCUSES TENANT A LA CONDUITE ULTÉRIEURE DU DÉLINQUANT.

### § 74.

#### *Repentir actif.*

En dernier lieu, on rencontre encore une responsabilité pénale atténuée, lorsque le coupable a racheté sa faute par sa conduite ultérieure <sup>1</sup>.

Comme pour les causes d'irresponsabilité ou pour les faits justificatifs, il y a donc également, à propos des excuses absolutoires un degré de responsabilité mitigée. On ne saurait cependant poser en règle, que toute excuse absolutoire possède une forme

1. V. *L'Exposé des motifs* de Berlier (Loché, XXX, p. 237).

1. Sur le repentir actif, comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 165, note 2.

incomplète, qui donne naissance à une excuse atténuante. Et, en effet, la loi pénale n'a pas fait du repentir actif un principe général, pas plus en matière d'atténuation qu'en matière d'absolution : elle a seulement entrevu des solutions particulières.

1° C'est ainsi qu'en cas d'arrestation et de séquestration arbitraires, elle a réduit la peine des travaux forcés à un emprisonnement de deux à cinq ans, lorsque, avant toute poursuite de fait, les coupables rendent la liberté à la personne détenue avant le dixième jour accompli depuis celui de son arrestation. V. art. 443 cbn. avec l'art. 341.

2° C'est ainsi encore qu'elle admettait, dans les articles 284 et 288, une cause de mitigation de peine en faveur des crieurs, afficheurs ou autres, qui avaient fait connaître l'auteur du délit commis par voie d'écrits, publiés sans nom d'auteur, imprimeur ou graveur<sup>2</sup>.

Il est à noter que les excuses atténuantes indiquées dans ce paragraphe, pas plus d'ailleurs que celles mentionnées au paragraphe précédent, ne modifient la nature du fait accompli. Ce que la loi a qualifié crime, demeure donc un crime, et ne dégénère pas en délit, parce que l'effet de l'excuse serait de réduire sa peine à un emprisonnement correctionnel<sup>3</sup>.

Toutes ces excuses de plus, comme les excuses de minorité et de provocation, sont des excuses personnelles.

## II. Faits laissés à l'appréciation des juges. Théorie des circonstances atténuantes.

BIBLIOGRAPHIE : Collard, *Du système des circonstances atténuantes*, Paris, 1840; — Bertin, *Des circonstances atténuantes*, Paris, 1859; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 1111-1129; — Trébutien, *Cours de droit criminel*, t. I, n° 599 à 617; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, §§ CLI-CIV; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 239-246; — Degois, *Traité de droit criminel*, 2<sup>e</sup> éd., n° 1072-1109.

### § 75.

#### Historique.

La reconnaissance d'un pouvoir accordé au juge d'atténuer la peine, à raison de circonstances non prévues dans la loi, sou-

2. Ces dispositions sont maintenant abrogées. Voy. Barbier, *Code expliqué de la presse*, I, n° 207 et 292.

3. C'est ce qui a été jugé notamment en matière de séquestration arbitraire de personnes. V. Cass., 3 mai 1877, S. 1878.1.47. *Contra*, Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 832.

lève un problème dont la solution ne dépend pas seulement de l'effet principal que l'on attend de la répression pénale (*prévention générale* ou *prévention spéciale*), mais qui est lié aussi au degré d'imperfection de la législation criminelle, ainsi qu'à la confiance que l'on peut faire à la magistrature répressive, qu'elle appliquera, avec la fermeté nécessaire, les lois protectrices de l'ordre public.

Dans le vieux droit romain, étranger aux questions de culpabilité morale, ce pouvoir était refusé au juge.

Ce n'est qu'au Bas-Empire, sous la procédure extraordinaire, que la solution changea, et que le juge fut autorisé à envisager le fait punissable sous ses différents aspects : « *causâ, personâ, loco, tempore, qualitate, et eventu* »<sup>1</sup>, pour modérer la peine suivant les cas.

Le droit canonique, qui développa la notion de la responsabilité morale, connut également des causes générales d'atténuation non spécifiées dans la loi; et saint Thomas donna la formule, qui devait servir de guide aux juges : « *quis, quid, quibus auxiliis sive instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod* »<sup>2</sup>.

Dans l'ancien droit, les auteurs coutumiers d'abord, puis les criminalistes du xvi<sup>e</sup> siècle et du xviii<sup>e</sup> siècle conservèrent pour les juridictions laïques cette double tradition, que rendait nécessaire l'insuffisance de la législation pénale, et qui de plus était conforme à la confiance que l'on faisait au pouvoir judiciaire<sup>3</sup>.

Mais, les abus des peines arbitraires, aussi bien dans leur atténuation exagérée que dans leur application excessive, firent établir par le droit révolutionnaire des peines légalement déterminées.

Peut-être, dans cette réaction s'ajouta-t-il, à la revendication légitime d'un droit appartenant au législateur, une certaine suspicion à l'encontre des tribunaux, et le désir de leur attribuer moins d'importance.

Quant à l'injustice, qu'il y aurait eu à punir également deux délits constitués par le même fait matériel, on crut avoir fait assez, en établissant en matière correctionnelle, dans la loi des 19-22 juillet 1791, des peines variables, souvent sans indication de minimum; et en matière criminelle, où étaient introduites

1. V. loi 19, § 1, Dig., *De poenis*, liv. XLVIII, tit. 19.

2. Saint Thomas, *Somme*, liv. I, part. II, quest. VIII, articles 1 à 3.

3. V. Tiraqueau, *De poenis temperandis vel remittendis*; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 41; Jousse, I, p. 9.

des peines fixes, en spécifiant mieux que l'avait fait l'ancien droit, dans le Code pénal de 1791, puis dans la loi du 25 frimaire de l'an VIII, les circonstances diverses, dans lesquelles un crime pouvait se commettre, pour que le juge trouvât toujours la peine proportionnée à la gravité de l'infraction <sup>4</sup>.

Mais, bientôt, reconnaissant son impuissance à prévoir toutes ces circonstances de fait, qui peuvent influencer sur la mesure de la peine, le législateur révolutionnaire ruina ses propres principes par des mesures de détail.

C'est ainsi, qu'en matière de délits de douane, il accorda, par la loi du 23 brumaire de l'an III, à l'administration, moins suspecte à ses yeux que l'autorité judiciaire, le pouvoir de mitiger la peine, en transigeant avec le délinquant, quand sa bonne foi et le peu de valeur de la contrebande enlevaient toute gravité à l'infraction commise; — qu'il reconnut, en matière de délits militaires, par la loi du 2<sup>e</sup> jour complémentaire de l'an III, aux conseils de guerre le droit de commuer et même de diminuer les peines portées au Code pénal militaire <sup>5</sup>; — et qu'enfin il admit, en matière de crimes contre la sûreté intérieure de l'État, par la loi du 27 germinal de l'an IV, et celle du 28 germinal de la même année, en faveur du jury, le droit de déclarer qu'il y avait dans le délit des circonstances atténuantes <sup>6</sup>.

C'est avec ces précédents, que le problème de la participation du juge à la fixation de la peine fut repris par les auteurs du Code pénal.

Ceux-ci estimèrent lui avoir donné une solution satisfaisante, et avoir prévenu, dans la mesure du possible, toute disproportion entre la peine et le délit, qui est une source d'impunité, d'une part en spécifiant plus minutieusement que les Codes de la Révolution les différentes infractions « afin de perfectionner le système de la gradation des peines suivant les délits »; en substituant d'autre part en matière criminelle aux peines fixes du Code de 1791 un système de peines variables, qui donnait un pouvoir nouveau aux juges criminels; et en autorisant enfin, dans l'article 463, en matière correctionnelle, quand le préjudice n'excédait pas vingt-cinq francs et que les circonstances paraissaient atténuantes, les tribunaux à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize

4. V. sur le droit intermédiaire, Ortolan, I, n<sup>o</sup> 1112 et suiv.

5. Loi du 2<sup>e</sup> jour complémentaire de l'an III, article 20.

6. Loi du 27 germinal de l'an IV, article 1<sup>er</sup>, *in fine*; loi du 28 germinal de l'an IV, article 9.

francs, et même à prononcer séparément l'une ou l'autre de ces deux peines.

Si une semblable mesure n'était pas établie à l'égard des crimes, c'est parce qu'il parut que l'atténuation de la peine aurait conduit le juge à changer la pénalité, et à empiéter ainsi sur le droit de grâce, que la Constitution réservait au souverain <sup>7</sup>.

Il n'est pas douteux que le Code pénal de 1810, par le développement qu'il donnait à la loi pénale, et par l'introduction en matière criminelle du système des peines variables, réalisait un sensible progrès dans la gradation de la peine.

Mais, il est certain aussi qu'il constituait un recul, en appliquant, en matière correctionnelle, des peines déterminées avec un minimum, au-dessous duquel les tribunaux ne pouvaient descendre que très exceptionnellement; et que, de plus, la proportion, de la peine avec le délit manquait souvent. Ce vice se manifesta surtout en cour d'assises, où le jury accepta, moins facilement que la magistrature, de coopérer à une répression qu'il estimait excessive.

La loi du 25 juin 1824 abandonna néanmoins à regret les principes du Code pénal.

Si elle introduit, en effet, le système des circonstances atténuantes en matière criminelle, elle le fit avec des réserves, qui marquent sa défiance pour cette nouveauté. D'une part, elle remit le droit de déclarer les circonstances atténuantes, non au jury, comme avaient fait les lois de l'an IV, mais à la cour d'assises, jugée moins impressionnable dans ses opinions, et plus ferme dans ses jugements. D'autre part, elle spécifia, parfois jusque dans leurs variétés, les crimes susceptibles d'être atténués, et fixa dans d'étroites limites le pouvoir de modération. Enfin, elle écarta du bénéfice de ses dispositions les mendiants, les vagabonds, et les récidivistes <sup>8</sup>.

Tant de restrictions ne pouvaient satisfaire le sentiment public, à une époque surtout où l'on commençait à considérer la sévérité du Code pénal comme draconienne, et où se posaient, avec la nécessité d'une révision générale, le problème plus large

7. V. l'*Exposé des motifs* de Faure (Loché, XXXI, p. 64). Cette considération, qui paraît avoir impressionné les rédacteurs du Code, les avait empêchés dans l'article 463 de donner en outre au juge correctionnel le droit de substituer l'amende à l'emprisonnement, quand cette dernière peine était seule indiquée dans la loi. Si, sous la Révolution, ce droit de commuer la peine avait été attribué, dans certains cas, à l'autorité judiciaire (voy. les lois citées *suprà*, notes 5 et 6), c'est que le droit de grâce avait été retiré au souverain par le Code pénal de 1791.

8. Loi du 25 juin 1824, art. 9 à 11.

de la technique insuffisante du Code, celui du maintien de la peine de mort, et celui de la répression en matière de tentative et de complicité.

Il parut plus simple, et plus rapide, au lieu de solutionner directement et légalement ces diverses questions, d'introduire dans la loi une clause générale d'atténuation, qui permit au juge, grâce à une plus large participation dans la fixation de la peine, de décider ces difficultés, qui avaient semblé jusqu'alors être du ressort naturel du législateur<sup>9</sup>.

La révision du Code pénal en 1832 généralisa donc les circonstances atténuantes en matière criminelle, en remit la déclaration au jury, supprima les restrictions, auxquelles leur application était subordonnée en matière correctionnelle, et les introduisit en matière de simple police. V. art. 463 et 483, alinéa 2.

Depuis lors, l'article 463 n'a subi que deux nouvelles modifications, une éphémère due à la loi du 13 mai 1863, qui restreignit les pouvoirs des tribunaux correctionnels d'atténuer la peine<sup>10</sup>, et l'autre encore en vigueur, résultant de la loi du 26 octobre 1888, qui fixa à 3.000 francs le maximum de l'amende, dans le cas où cette peine est substituée à l'emprisonnement seul prononcé dans la loi.

### § 76.

#### *Étendue du système des circonstances atténuantes.*

Malgré l'extension que la réforme de 1832 lui a donnée, le système des circonstances atténuantes n'est pas cependant d'une application générale.

Soit au point de vue des peines, soit au point de vue des infractions, des distinctions sont à faire.

Et d'abord, au point de vue des *infractions* :

1° En matière de crimes, la faculté d'atténuation a été reconnue pour tous les faits, qui sont punis d'une peine criminelle, que ce soit en vertu du Code pénal ou par une loi spéciale<sup>1</sup>.

9. En 1832, le système des circonstances atténuantes a été envisagé surtout comme un moyen « de rectifier, par l'appréciation circonstanciée de la conscience, l'appréciation générale de la loi ». Mais, le juge, et surtout le juré, transformé en correcteur du législateur, est-il véritablement qualifié pour résoudre les problèmes, sur lesquels celui-ci a hésité ? Il est permis de répondre non. V. Trébutien, I, n° 601. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 834 et 836.

10. Ces restrictions ont été abrogées par le décret du 29 novembre 1870, qui a rétabli le texte de 1832.

1. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2688; Blanche, VI, n° 272; Ortolan, I, n° 1121;

V. art. 463, alinéa 1<sup>er</sup>, cbn. avec l'art. 341 du Code instr. crim.

Il n'en est ainsi toutefois qu'à la condition que la peine prévue par la loi spéciale rentre dans les règles d'atténuation établies par l'article 463<sup>2</sup>.

Mais, dans ces termes, les circonstances atténuantes peuvent être déclarées, même en cas de contumace<sup>3</sup>.

2° En matière de délits et de contraventions de police, le pouvoir attribué au juge d'atténuer la peine ne concerne au contraire que les infractions qui figurent dans le Code pénal<sup>4</sup>. V. art. 463, alinéa 9. et 483, alinéa 2, rapp. de l'art. 463, alinéa 1<sup>er</sup>.

Mais, dans cette limite, le système des circonstances atténuantes est absolu, et s'applique même aux infractions pour lesquelles le Code déclare que le maximum de la peine sera prononcé<sup>5</sup>.

Laborde, n° 494; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 743; Trébutien, I, n° 607; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 840; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 32; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 240. Cass., 27 septembre 1832, S. 1833.1.190; 6 novembre 1862, S. 1863.1.219; 6 novembre 1863, S. 1863.1.549. La solution repose sur l'alinéa 1<sup>er</sup> qui porte : « les peines prononcées par la loi ». Mais, on observera que dans l'alinéa 8, également relatif aux matières criminelles, l'article 463 dit : « dans le cas où le Code prononce » ; ce qui paraît, en apparence du moins, infirmer quelque peu la valeur de l'argument tiré de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il n'en est rien en réalité. La pensée première du législateur avait été, en effet, comme il est indiqué dans l'alinéa 8, de limiter la réforme aux crimes prévus par le Code pénal ; de là, une première rédaction de l'alinéa 1<sup>er</sup>, ainsi conçue : « les peines portées par le présent Code ». Mais, l'idée fut ensuite abandonnée : on voulut faire une réforme plus complète ; et aux expressions primitives, on substitua celles qui figurent maintenant : « les peines prononcées par la loi ». Seulement, on oublia de mettre en harmonie l'alinéa 8 avec la nouvelle rédaction donnée à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

2. V. Cass., 2 mars 1833, S. 1833.1.184. C'est cette impossibilité qui a fait écarter par la jurisprudence l'application de la théorie des circonstances atténuantes en matière de crimes militaires. Celle-ci y a été introduite législativement d'une manière partielle par le Code de justice militaire de 1857 (art. 198 et 267). Une loi plus récente du 19 juillet 1901 en a généralisé l'admission, en temps de paix ; et une loi du 27 avril 1916, en temps de guerre.

3. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2693; Ortolan, II, n° 2339; Trébutien, I, n° 606; Bertauid, *C. de dr. pén.*, p. 414; Laborde, n° 496; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 64; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 843. *Contr.* Blanche, VI, n° 674. Cass., 4 mars 1842, S. 1842.1.471; 14 septembre 1843, S. 1843.1.919.

4. Cette limitation a été voulue par le législateur de 1832, qui a craint les répercussions imprévues que pourrait avoir l'admission des circonstances atténuantes dans les matières spéciales. V. Trébutien, I, n° 612; Chauveau et F. Hélie, IV, n° 2443; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 33 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 840; Laborde, n° 494; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 744; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 243. Cass., 28 mars 1857, S. 1857.1.558; 4 janvier 1851, S. 1861.1.391; 24 septembre 1868, S. 1870.1.142; 17 décembre 1904, S. 1907.1.105; 3 juin 1905, S. 1908.1.369.

5. Par exemple, article 198. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 36 et suiv. Cass., 27 juin 1834, S. 1834.1.782.

En principe donc, le système des circonstances atténuantes est étranger aux lois spéciales.

Toutefois, il est fréquent, et même habituel, de rencontrer, dans les lois postérieures à 1832, une disposition expresse qui déclare l'article 463 (ou l'art. 483) applicable aux infractions prévues par cette loi<sup>6</sup>.

Aussi, ce n'est que pour les lois antérieures à 1832, que le caractère limitatif de l'article 463 présente un réel intérêt pratique<sup>7</sup>.

Le système des circonstances atténuantes a été ainsi admis par de nombreuses lois, et notamment par la loi du 19 décembre 1850, en matière de délits d'usure; — par la loi du 30 mai 1851, en matière de délits sur la police du roulage; — par la loi du 24 juillet 1889, relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés; — par la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine; — par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, concernant le contrat d'association; — par la loi du 1<sup>er</sup> août 1903, réprimant les fraudes et les falsifications dans la vente des marchandises; — par la loi du 9 décembre 1903, sur la séparation des Églises et de l'État; — par la loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire, etc.

Par contre, le bénéfice des circonstances atténuantes n'a pas été étendu au délit de souteneur, prévu par l'article 4 de la loi du 27 mai 1885<sup>8</sup>.

### § 77.

#### *Peines atténuées en cas de circonstances atténuantes.*

Au point de vue des peines, qui peuvent être atténuées, le système des circonstances atténuantes manque également de généralité.

Il ne concerne que les peines énoncées dans les articles 463 et 483.

6. On admet généralement, qu'à défaut de disposition expresse, le renvoi, que la loi spéciale fait aux pénalités du Code, autoriserait le juge à prononcer, le cas échéant, les circonstances atténuantes, la loi ayant entendu par cette référence comprendre implicitement la pénalité mitigée par l'article 463. V. Garçon, *C. pén. ann.*, sous l'article 463, n° 54 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., p. 378, note 5. Cass., 20 septembre 1855, *Bull. crim.*, n° 326; 18 juin 1910, *Bull. crim.*, n° 316; 26 janvier 1917, S. 1920.1.189.

7. V. notamment, Cass., 28 mars 1857, S. 1857.1.558; 27 mars 1868, *Bull. crim.*, n° 85. L'expression *lois antérieures* comprend aussi les *Codes*. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 42; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 841. Cass., 27 mars 1868, *Bull. crim.*, n° 65.

8. V. Cass., 21 août 1904, D. P. 1904.1.352.

Il est donc inapplicable à toutes les autres peines, principales ou complémentaires, qui peuvent être encourues pour la répression d'un crime ou d'un délit, et qui demeurent maintenues, à moins que leur maintien soit incompatible avec la nouvelle peine, iniligée par l'effet des circonstances atténuantes<sup>1</sup>.

Spécialement, en matière de crimes, l'admission des circonstances atténuantes est sans effet sur l'amende<sup>2</sup>, comme elle est, en matière de délits, inopérante sur la confiscation<sup>3</sup>.

Quant aux peines accessoires, qui suivent le sort de la peine

1. V. Trébutien, I, n° 610; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 96 et suiv. Cass., 14 décembre 1832, S. 1833.1.510; 27 septembre 1833, S. 1834.1.107; 23 septembre 1880, S. 1882.1.390; 30 mars 1901, S. 1902.1.153. La solution est certaine en matière de crimes. Mais, en matière de délits, la pratique est allée plus loin. C'est ainsi que dans un arrêt du 2 janvier 1836 (S. 1836.1.74), les chambres réunies de la Cour de cassation, et dans un arrêt du 12 septembre 1846 (S. 1846.1.862), la chambre criminelle ont décidé, les premières à propos de la surveillance de la haute police, et la seconde, à propos de l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille, que la faculté, accordée au juge correctionnel de réduire la peine d'emprisonnement et celle d'amende, emportait virtuellement et nécessairement (l'arrêt des chambres réunies dit à *plus forte raison*) celle d'affranchir le condamné, au profit duquel il existe des circonstances atténuantes, des autres pénalités, qui figurent au nombre des peines correctionnelles. Mais, il est douteux qu'une pareille doctrine soit exacte. Un pouvoir virtuel ou une raison *à fortiori* sonnent mal dans une matière, où le juge, exerçant des attributions qui appartiennent normalement au législateur, remplit une fonction exceptionnelle, et alors surtout que l'article 65 du Code pénal, qui domine le système des circonstances atténuantes, comme celui des excuses légales, refuse au juge le pouvoir de mitiger les peines. Au surplus, c'est ce que paraît avoir reconnu la jurisprudence; car, devant les résistances de la chambre criminelle à suivre la solution donnée pour la surveillance de la haute police, les chambres réunies, modifiant leur première théorie, déclarèrent que les tribunaux, pouvant, lorsqu'il y a lieu à l'atténuation des peines permise par l'article 463, n'appliquer qu'une peine de simple police, « qui était incompatible avec les peines de simple police ». V. Cass., 26 juin 1838, S. 1838.1.574; 24 novembre 1838, S. 1838.1.995. Ce n'était donc plus directement, et, en vertu d'une extension par voie d'*à fortiori* de leurs attributions que cette suppression avait lieu, mais indirectement, et également, pour cause d'incompatibilité avec la peine atténuée. Ce qui semble plus admissible. Comp. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2709; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 852, II.

2. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 79 et suiv.; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 852; Laborde, n° 502. Cass., 21 mars 1834, S. 1834.1.442; 16 mars 1843, S. 1844.1.128; 29 août 1861, D. P. 1861.5.233; 23 septembre 1880, S. 1882.1.390; 7 juin 1883, S. 1886.1.44; 2 décembre 1899, S. 1902.1.479.

3. V. Chauveau et F. Hélie, VI, n° 2708; Blanche, I, n° 78; Trébutien, I, n° 610; Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 413; Le Sellyer, *Criminalité*, I, n° 340; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 852. *Contrà*, Laborde, n° 502; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 109. Comp. Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 764-2<sup>e</sup>. Exceptionnellement, dans certaines matières spéciales, le système des circonstances atténuantes a été étendu à d'autres peines, que celles indiquées dans l'article 463 : c'est ainsi qu'en matière d'infractions à la loi du 1<sup>er</sup> août 1905, l'article 8, alinéa 3, de cette loi, autorise le tribunal à ne pas ordonner la peine de l'affichage. V. notre *Traité de la fraude dans la vente des marchandises*, n° 682.

principale, les circonstances atténuantes exercent sur elles une influence indirecte, en faisant disparaître la peine principale à laquelle elles sont attachées <sup>4</sup>.

## § 78.

*Effet de l'admission de circonstances atténuantes.*

Le juge et en cour d'assises le jury, qui déclare l'existence de circonstances atténuantes, n'est pas tenu de motiver sa déclaration et de faire connaître la circonstance qui lui paraît atténuante <sup>1</sup>. Il n'y aurait cependant aucune nullité, s'il avait indiqué le motif de son indulgence <sup>2</sup>.

L'effet de l'admission de circonstances atténuantes varie, suivant qu'elle s'applique à un crime, ou à un délit ou une contravention de police.

1° En matière de *crimes*, l'atténuation est obligatoire et limitée <sup>3</sup>. Arg. art. 463, alinéas 1<sup>er</sup> et suiv.

D'une part la cour d'assises ne peut pas, à la suite du verdict du jury déclarant qu'il y a des circonstances atténuantes, se dispenser d'abaisser la peine indiquée dans la loi; elle y est contrainte <sup>4</sup>; et elle est tenue de descendre au-dessous du minimum légal.

4. V. Trébutien, J, n° 608; Laborde, n° 502; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 763.

1. Le droit de ne pas motiver les circonstances atténuantes a été critiqué. Il est à penser sans doute que le législateur a estimé inutile, devant l'infinie variété des faits qui peuvent les constituer, d'exiger dans un verdict, ou un jugement, leur spécification. On peut ajouter aussi que le juge ne fait pas connaître davantage les motifs d'indulgence, qui le portent à fixer la peine plus près du minimum que du maximum. Comp. Laborde, n° 493. Mais, quelque sérieuses que soient ces raisons, elles ne semblent pas décisives. En déclarant, en effet, les circonstances atténuantes, le juge use d'un pouvoir exceptionnel; et, en sortant des limites de la peine légale, son jugement a besoin, pour être compris du public, d'indiquer les motifs de cette indulgence spéciale. N'est-ce pas également la raison, qui a fait imposer au juge l'obligation de motiver sa décision, quand il accorde le sursis à l'exécution de la peine. V. loi du 26 mars 1891, article 1<sup>er</sup>. Comp. loi du 29 mars 1897, article 19, en matière de contributions indirectes.

2. V. Cass., 27 février 1869, D. P. 1869.1.385. V. aussi Cass., 22 juillet 1864, *Bull. crim.*, n° 192.

3. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 846 et suiv.; Laborde, n° 498.

4. Le caractère obligatoire de l'atténuation est la conséquence naturelle de l'attribution au jury du droit de déclarer les circonstances atténuantes. Il n'existait pas dans la loi du 25 juin 1824, qui avait remis ce pouvoir à la cour d'assises. « Les cours d'assises pourront réduire les peines prononcées par le Code pénal », disait son article 4. V. notamment Cass., 27 juin 1903, *Bull. crim.*, n° 226; 19 décembre 1903, *Bull. crim.*, n° 434; 25 août 1904, *Bull. crim.*, n° 406; 27 mai 1909, *Bull. crim.*, n° 290.

Mais, étant chargée de mesurer la peine et ayant pour cela à apprécier la culpabilité de l'accusé dans son ensemble, elle retrouve, pour la mesure de cet abaissement, sa liberté d'appréciation.

D'autre part, pour éviter l'énerverment de la répression, la loi a fixé les limites de l'atténuation entre un minimum et un maximum, que l'article 463 indique, et que déterminent les règles suivantes.

a) Lorsque, au-dessous de la peine prononcée dans la loi, l'échelle des peines criminelles de l'article 7 du Code pénal renferme encore deux peines au moins, la cour d'assises doit descendre obligatoirement d'un degré; elle peut facultativement descendre d'un second degré. V. art. 463, alinéas 2 et 3.

b) Lorsque la peine indiquée dans la loi est dans cette échelle des peines criminelles l'avant-dernière, le premier degré d'abaissement est constitué par la dernière peine de cette échelle, et le second degré facultatif, par un emprisonnement de 2 à 5 ans, auquel peuvent être ajoutées une amende de 16 francs à 500 francs et diverses pénalités accessoires. V. art. 463, alinéa 6, *cbn.* avec l'art. 401.

c) Si la peine légale est la dernière de cette échelle, il n'y a plus qu'un seul degré d'abaissement, lequel devient obligatoire, et qui est constitué par un emprisonnement de 1 à 5 ans, auquel peuvent être ajoutées une amende de 16 francs à 500 francs et diverses pénalités accessoires. V. art. 463, alinéa 7, *cbn.* avec l'art. 401.

d) Dans le cas où la loi prononce le maximum d'une peine afflictive, le premier degré d'abaissement est formé par le minimum de cette peine, et le second degré par la peine inférieure. V. art. 463, alinéa 8.

e) L'échelle des peines criminelles, envisagée dans cette matière, est distincte pour les peines de droit commun et pour les peines politiques; elle est de plus spéciale aux peines afflictives.

On ne passe donc pas, en cas d'atténuation, d'une peine de droit commun à une peine politique, ou inversement, ni d'une peine afflictive à une peine simplement infamante.

f) Les peines infamantes (C. pén., art. 8) sont atténuées comme les peines afflictives, qui occupent le dernier degré <sup>5</sup>.

5. V. *suprà*, au texte, lettre c.

2° En matière de délits et de contraventions de police<sup>6</sup>, l'atténuation est, à la différence de ce qui vient d'être dit pour les crimes, facultative<sup>7</sup> et illimitée<sup>8</sup>. V. art. 463, alinéa 9.

Il s'ensuit que le juge, investi du plus large pouvoir d'abaisser la peine, est autorisé à réduire l'emprisonnement jusqu'au minimum des peines d'emprisonnement, soit 1 jour d'emprisonnement, et l'amende jusqu'au minimum des peines pécuniaires, soit 1 franc d'amende; qu'il peut prononcer séparément l'une ou l'autre de ces deux peines; et qu'il peut même substituer l'amende à l'emprisonnement, lorsque cette peine est seule prononcée par la loi.

Afin de permettre plus fréquemment cette substitution et d'éviter les courtes peines d'emprisonnement, aussi peu utiles à la répression que funestes au condamné qui les encourt, la loi du 26 octobre 1888 a permis d'élever, en matière de délits (non au cas de contraventions de simple police), jusqu'à 3.000 francs l'amende, substituée à la peine de l'emprisonnement<sup>9</sup>. V. art. 463, alinéa 10.

Le juge ne pourrait pas cependant, dans les cas où la loi

6. Dans sa rédaction primitive, l'article 463 n'était applicable, sous certaines conditions, d'ailleurs, qu'aux délits que le Code pénal punissait de la peine d'emprisonnement. Comp. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 9. La loi du 28 avril 1832 a réalisé les quatre réformes suivantes : extension des circonstances atténuantes aux délits punis d'amende seulement; application aux récidivistes; suppression de la limitation résultant de la quotité du préjudice; et enfin possibilité de la substitution de l'amende à l'emprisonnement en cas de délits punis de cette dernière peine seulement. V. S. *Lois annotées* de 1832, p. 132, n° 2.

7. V. Trébutien, I, n° 613; Laborde, n° 503; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 849; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 93. Cass., 15 janvier 1852, S. 1852.1.678; 4 août 1865, S. 1866.1.35; 14 mai 1891, D. P. 1892.1.194; 4 janvier 1908, S. 1908.1.207. Toutefois, le juge correctionnel ne pourrait, après avoir déclaré les circonstances atténuantes, sans commettre de contradiction, prononcer la peine légale au maximum. V. Garçon, *op. cit.*, n° 94; Garraud, *op. cit.*, n° 849-1<sup>er</sup>. Cass., 22 octobre 1835, *Bull. crim.*, n° 403; 28 octobre 1910, *Bull. crim.*, n° 528; 3 juillet 1913, *Bull. crim.*, n° 326; 12 avril 1924, S. 1924.1.191.

8. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 86; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 849.

9. Antérieurement à la loi de 1888, lorsque le juge faisait cette substitution, l'amende qu'il prononçait ne pouvait être supérieure à 16 francs, les amendes en matière correctionnelle n'ayant pas de maximum général. V. Cass., 10 janvier 1846, S. 1846.1.272. C'est pour remédier à cette lacune, qui détournait les juges d'user de la faculté que leur accordait l'article 463, que la loi du 26 octobre 1888 est intervenue. Mais, cette loi n'ayant prévu que cette hypothèse, on doit en conclure aujourd'hui encore que si la loi, dont il est fait application, prononce à la fois la peine d'emprisonnement et celle d'amende, le juge, qui voudrait n'infliger que cette dernière, ne pourra pas dépasser le maximum indiqué pour l'amende dans cette loi, et qui est souvent très inférieure à 3.000 francs. V. Cass., 7 mars 1844, S. 1844.1.416.

édicte l'emprisonnement sans amende, réduire l'emprisonnement et prononcer une peine d'amende<sup>10</sup>.

Il ne pourrait pas davantage, en déclarant les circonstances atténuantes, dispenser le prévenu de toute peine. Les circonstances atténuantes lui permettent de modérer la peine légale; elles n'absolvent pas le coupable<sup>11</sup>.

Enfin, il est à noter que dans sa disposition actuelle, l'article 463 ne renferme plus de limitation quant au préjudice qu'a pu causer le délit, ni quant aux personnes, qui peuvent bénéficier d'une atténuation de peine. Les restrictions contenues dans l'ancien article 463, ou dans la loi du 25 juin 1924, ont disparu<sup>12</sup>.

Mais, comme les excuses légales atténuantes, les circonstances atténuantes ne modifient que la répression; elles ne changent pas la nature de l'infraction, qui reste ce que la loi l'a déterminée<sup>13</sup>.

De plus, il est généralement admis que, n'étant point spécifiées dans le fait qui les constitue, les circonstances atténuantes sont personnelles, et ne se communiquent pas aux prévenus, au profit de qui elles n'ont pas été déclarées<sup>14</sup>. Arg. Code instr. crim., art. 341.

## B. DES CAUSES D'AGGRAVATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, I, 1<sup>er</sup>, n° 1053-1079; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, §§ CXLIII-CXLV; — Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2<sup>e</sup> éd., n° 884-886.

### § 79.

#### Notions générales.

Si la loi, en vue d'établir une juste proportion entre la peine et le délit, a admis, dans la mesure de la responsabilité pénale,

10. V. Cass., 28 janvier 1922, S. 1922.1.335.

11. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 23. Cass., 27 novembre 1885, *Bull. crim.*, n° 330.

12. V. Cass., 7 octobre 1852, S. 1853.1.304; 31 mars 1855, *Bull. crim.*, n° 117. Par contre, ces restrictions subsistent dans les lois antérieures à 1832, qui avaient déclaré l'article 463 applicable aux délits qu'elles prévoyaient. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 46. Cass., 25 juin 1910, *Bull. crim.*, n° 340.

13. V. Ortolan, II, n° 1856; Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 622; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 836; Villey, *Précis de dr. crim.*, p. 484; Laborde, n° 491; Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 26; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 69. Cass., 20 juillet 1838, S. 1839.1.68; 1<sup>er</sup> mars 1855, S. 1855.1.319. *Contrà*, F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 1057.

14. V. Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 463, n° 31. Cass., 6 mai 1864, *Bull. crim.*, n° 122; 28 septembre 1865, *Bull. crim.*, n° 196; 8 juin 1882, *Bull. crim.*, n° 138.

des degrés d'atténuation, elle devait également, pour le même motif, établir des causes d'aggravation.

La culpabilité du prévenu peut, en effet, dépasser la moyenne ordinaire et devenir, dans certains cas, plus forte et plus lourde, appelant par conséquent une répression plus énergique.

Mais, à la différence des causes d'atténuation, que le législateur a partiellement laissées, avec la théorie des circonstances atténuantes, à l'appréciation du juge, il était impossible, à moins de retirer au droit pénal son caractère légal, et de compromettre la liberté des citoyens, d'autoriser les tribunaux à majorer les peines, en déclarant les circonstances aggravantes.

Toutes les causes d'aggravation sont donc *légales*. C'est la loi seule qui les détermine; et nul crime, nul délit, nulle contravention ne peut être punie d'une peine supérieure à celle que la loi indique. Arg. art. 4.

Mais, il convient d'observer que pas plus pour la responsabilité aggravée que pour la responsabilité atténuée, les auteurs du Code ne se sont élevés à une théorie générale. Ils n'ont donné que des solutions particulières, qui, pour le motif qui vient d'être indiqué, ne peuvent être étendues à d'autres hypothèses.

Ces solutions peuvent cependant être ramenées à deux sources générales d'aggravation :

les unes, en effet, tiennent aux conditions d'accomplissement de l'infraction;

les autres proviennent de circonstances indépendantes de l'infraction commise<sup>1</sup>.

#### 1. Causes d'aggravation tenant aux conditions d'accomplissement de l'infraction.

BIBLIOGRAPHIE : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, t. 1<sup>er</sup>, p. 9 et suiv.; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 797-980; — Roux, note dans S. 1900.1.544; — E. Garçon, *Code pénal annoté*, Paris, 1904, sous les art. 296-298.

1. On a proposé aussi la classification des circonstances aggravantes en circonstances aggravantes générales et circonstances aggravantes spéciales. V. notamment Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 805; Laborde, n<sup>o</sup> 417. Mais, cette division paraît moins bonne.

#### § 80.

##### Division.

L'ancien droit, qui, à cause du système des peines arbitraires en usage, devait donner au juge les règles nécessaires pour déterminer la peine, que la loi lui laissait le soin de fixer, avait distingué deux causes principales, qui contribuaient à rendre les crimes de même nature plus ou moins graves, et par conséquent plus ou moins punissables.

C'étaient :

1<sup>o</sup> le mouvement ou le principe, qui avait engagé l'auteur du crime à le commettre;

2<sup>o</sup> les circonstances, qui avaient accompagné son exécution<sup>1</sup>.

Dans l'exposé du droit moderne, il est encore possible de suivre cette distinction, qui, outre son caractère traditionnel, a le mérite de séparer des circonstances aggravantes de nature, et généralement d'effets différents.

#### 1<sup>o</sup> CIRCONSTANCES QUI ONT DÉTERMINÉ LE DÉLINQUANT.

#### § 81.

##### a. Circonstance aggravante de préméditation.

Une personne peut commettre une infraction dans trois dispositions d'esprit différentes. Elle peut l'accomplir de propos délibéré, par emportement ou colère, ou par imprudence<sup>1</sup>.

De ces trois mouvements de l'esprit, il est aisé d'apercevoir que le propos délibéré suppose plus de scélératesse que l'emportement, et que celui-ci à son tour en contient davantage que l'imprudence.

D'une manière générale, le droit positif a observé cette gradation logique.

Il punit les délits intentionnels, qui sont ceux commis par dol ou fraude, plus sévèrement que les délits non intentionnels, qui n'impliquent que l'imprudence; et entre eux deux, il a établi un degré intermédiaire pour certains crimes, excusés par la provocation.

1. V. Jousse, I, p. 9 et suiv.

1. Comp. loi 2, § 2, Dig., *De poenis*, liv. XLVIII, tit. 19.

Mais, en dehors de cette hypothèse, où l'emportement légitime atténue la responsabilité ordinaire, et pour les crimes ou les délits, qui, tout en supposant la fraude, peuvent se commettre avec ou sans dessein prémédité, il convenait de rechercher, si la préméditation, par la résolution réfléchie qu'elle manifeste, ne devait pas entraîner une répression plus forte que l'emportement ou la colère qui ne sont pas réfléchis.

Bien que certaines dissidences se soient produites, qui paraissent avoir confondu la préméditation avec l'obsession ou l'idée fixe, qui dénote un commencement de folie criminelle, il apparaît que la préméditation, par le calcul qu'elle renferme, par la préparation méthodique du forfait qu'elle implique et que n'ont arrêtée ni la menace de la loi ni l'horreur du crime, révèle une scélératesse particulière chez le criminel. Celui qui peut vivre des semaines tranquillement, avec l'idée de son crime, est un être plus corrompu, et certainement plus dangereux que l'individu qui l'exécute dans l'explosion soudaine d'un mouvement d'emportement<sup>2</sup>.

De tout temps, d'ailleurs, ce caractère aggravant a été reconnu à la préméditation.

Déjà, d'après le droit romain, on posait la règle : *Majora supplicia illis decet imponere, qui consulto interfecerunt : illis contra qui repente et inconsulto, leviora*<sup>3</sup>.

L'ancien droit et le droit intermédiaire retenaient également le dessein prémédité comme une cause d'aggravation de la responsabilité pénale dans certains crimes<sup>4</sup>.

Conformément à cette tradition, le droit positif moderne a établi la même solution en matière d'homicide, de coups et

2. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 787. On a cependant équivoqué, et voulu voir dans celui qui prémédite son crime un individu qui a de la lenteur d'esprit à se décider, alors que celui qui agit soudainement est une personne aux décisions promptes. La loi punirait donc plus fortement les lourdauds que les gens intelligents. Voy. V. Cornatiano, *Essai d'une théorie juridique et médico-légale de la préméditation criminelle*. Mais, l'équivoque est manifeste. La préméditation n'est pas la paresse de l'esprit. L'assassin n'hésite pas; il est résolu dès le premier instant; s'il attend pour agir, c'est qu'il choisit son moment, et cherche l'occasion favorable; son répit n'est pas l'indice de l'irrésolution, mais la marque du calcul et de la réflexion.

3. Conf. Cicéron, *De officiis*, liv. I, chap. 8, n° 27 : *In omni injustitia permul-tum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quæ plerumque brevis est et ad tempus, an consulto et cogitata fiat injuria. Leviora enim sunt ea, quæ repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quæ meditata et præparata inferuntur.*

4. V. Jousse, III, p. 249.

blessures, et de violences envers les fonctionnaires<sup>5</sup>. V. art. 232, 296, 310, 341, alinéa 2, et 312, alinéa 3.

La préméditation, qui produit cette aggravation<sup>6</sup>, consiste dans le dessein, formé avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition. V. art. 297.

Cela revient à dire que l'infraction préméditée est celle où l'on rencontre séparées par un intervalle de temps suffisant pour en faire deux moments distincts, non seulement métaphysiquement mais moralement, la résolution criminelle et son exécution<sup>7</sup>.

A cette condition matérielle de l'intervalle de temps, on ajoute généralement une condition morale : le calme de l'esprit, le sang-froid, qui, en mettant à nu la perversité du délinquant, rend son crime sans excuse<sup>8</sup>.

#### b. Circonstance de guet-apens.

A la préméditation, la loi assimile, pour lui faire produire le même effet, le guet-apens, qui donne au crime un caractère plus odieux par la trahison qu'il y ajoute. V. art. 232, 296, 310, 341 et 312.

Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps,

5. L'aggravation est limitée à ces hypothèses, quoique la préméditation puisse se rencontrer dans d'autres cas : le juge n'a dans ceux-ci que la faculté de prononcer le maximum. V. Ortolan, I, n° 312.

6. Sur le motif d'aggraver la peine en cas de préméditation, Monseignat disait, dans son rapport au Corps législatif : « Le meurtre suppose l'action de la volonté, mais il écarte les combinaisons de la haine, les profits de la vengeance, et les complots de la scélératesse; presque toujours, il est le produit d'un premier mouvement, l'effet d'un entraînement irréféchi, le résultat de l'effervescence d'une grande passion; et la passion ne voit que l'objet qui l'anime, elle ne calcule pas les chances qu'elle court. Quoique le meurtrier donne la mort comme l'assassin, il présente moins de culpabilité dans ses motifs, moins d'atrocité dans ses moyens; il doit donc être placé au second degré de l'échelle des peines » (Loché, XXX, p. 505). V. encore le même rapporteur, à propos des coups et blessures volontaires (Loché, XXX, p. 509).

7. V. la note qui précède, Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 787, I.

8. Si l'on se souvient que primitivement, on appelait *assassin* le sicaire stipendié, qui tuait à prix d'argent ou en exécution d'un mandat donné, la condition paraîtra naturelle. Toutefois, il est peut-être exagéré d'exiger le calme de l'âme : il suffit que la réflexion existe, et qu'elle permette de combiner les moyens, et de calculer les suites de l'acte projeté. Il convient, en effet, d'observer, d'une part, qu'un meurtre passionnel peut être prémédité, et qu'un assassin n'est pas nécessairement, au moment de son crime, en possession de tout son sang-froid; et, d'autre part, que l'article 297 ne parle expressément que de l'intervalle de temps.

dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violences. V. art. 298.

Le guet-apens, au reste, n'est dans la loi qu'une forme de la préméditation, qui suppose également le propos délibéré. Il y aurait donc contradiction à affirmer le guet-apens, et à nier en même temps la préméditation<sup>9</sup>.

*Caractère de ces deux circonstances aggravantes.*

Se rapportant à la volonté de l'agent, les deux circonstances aggravantes, de préméditation et de guet-apens, ne produisent d'effet qu'à l'égard de l'inculpé chez qui on les rencontre.

Elles sont donc personnelles, et ne se communiquent pas d'un coauteur à un autre, ni de l'auteur aux complices, quand il y a plusieurs inculpés. Il s'ensuit qu'elles donnent lieu, en cour d'assises, à la position d'autant de questions distinctes qu'il y a d'accusés<sup>10</sup>.

9. V. Chauveau et F. Hélie, III, n° 1222; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 787, II. Cass., 15 septembre 1842, S. 1842.1.778; 16 août 1844, S. 1845.1.160; 26 septembre 1857, S. 1868.1.144; 29 mars 1877, S. 1877.1.328. Certains auteurs, comme Garçon (*C. pén. ann.*, sous l'article 296, n° 27 et suiv.), ont cependant prétendu distinguer les deux circonstances aggravantes de préméditation et de guet-apens : la première concernerait l'état d'âme de l'agent, le second, le mode d'exécution de son crime. Commis sous l'empire d'un sentiment de colère persistant, le meurtrier pourra être accompagné de guet-apens; il ne sera pas prémédité. Mais, tout en admettant la valeur logique de cette distinction, il est douteux qu'elle interprète exactement la loi positive. D'une part, en effet, traditionnellement, on a vu dans le meurtre avec guet-apens (*guet-à-pens, appensé*), un meurtre prémédité. C'est ce que dit positivement Jousse, III, p. 248 et 350. Ce même auteur ajoute encore (I, p. 194) : « Le meurtre de guet-apens et l'assassinat prémédité sont synonymes. C'est ainsi que s'en explique M. le Premier Président dans le procès-verbal de l'ordonnance de 1670. » D'autre part, quant au reproche d'inutilité de l'article 298, si le guet-apens est une forme de la préméditation, il est possible de répondre que les rédacteurs du Code ont moins cherché un exposé doctrinal de droit pénal, qu'une œuvre claire, et que leur silence sur une variété aussi usuelle de préméditation aurait pu faire naître, avec le rapprochement de l'ancien droit, un doute sur son maintien dans le droit moderne.

10. V. Chauveau et F. Hélie, III, n° 1226; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 787, I. Cass., 16 novembre 1854, S. 1854.1.823; 24 février 1876, S. 1877.1.93; 7 juin 1877, S. 1878.1.237; 16 décembre 1920, S. 1922.1.139. Admise sans difficulté pour les coauteurs, la solution indiquée au texte est au contraire rejetée par la pratique, en ce qui touche les complices. V. notamment Cass., 8 juin 1843, S. 1843.1.559; 5 juin 1854, S. 1854.1.281; 18 mai 1865, S. 1865.1.468; 22 février 1872, *Bull. crim.*, n° 43; 30 mai 1879, S. 1880.1.481; 2 septembre 1886, *Bull. crim.*, n° 319. Mais, par plus que la colère ou la provocation, le dessein prémédité ne s'incorpore à l'acte matériel et le modifie. Ces mouvements de l'âme ou de l'esprit influent simplement le degré de faute de l'agent : ils n'ont donc d'effet que chez ceux-là en qui on les trouve. Le système de la pratique conduit de plus à cette singularité de punir le complice plus sévèrement qu'un coauteur. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 787, note 5.

*c. Motifs du crime.*

La loi, dans l'analyse qu'elle a faite de la volonté criminelle, n'a aperçu comme causes possibles d'aggravation que la préméditation et le guet-apens. Elle ne s'est pas préoccupée des motifs ou mobiles, qui ont pu pousser le délinquant à commettre son infraction, et qui ont cependant une certaine importance pour caractériser sa nature mauvaise, et par conséquent la répression que celle-ci comporte<sup>11</sup>.

Que le délinquant agisse donc pour assouvir une passion honteuse et basse, ou qu'il commette son infraction en obéissant à un sentiment désintéressé, et même honorable, sa responsabilité pénale ne change pas; elle ne s'élève pas au premier cas, pour s'abaisser dans le second. Le juge trouve seulement, dans le pouvoir que la loi lui attribue de fixer la peine entre le maximum et le minimum, et, au besoin, en déclarant les circonstances atténuantes, le moyen de descendre à une analyse plus complète des faits. Mais, ce sont les seules variations possibles<sup>12</sup>.

2<sup>o</sup> CAUSES D'AGGRAVATION TENANT AUX CIRCONSTANCES DE L'INFRACTION.

§ 82.

*Causes d'aggravation.*

La seconde cause d'aggravation de la responsabilité pénale est constituée par les diverses circonstances qui accompagnent l'exécution de l'infraction, et rendent son accomplissement plus grave ou plus odieux<sup>1</sup>.

Ces circonstances se tirent, suivant une formule que l'on trouve déjà dans le droit romain.

1<sup>o</sup> *De la qualité de la victime.* La qualité d'ascendant qui, en matière de vol, est un empêchement à l'exercice de l'action pénale et n'autorise que l'application de réparations civiles est au contraire, en matière de crimes ou de délits de sang,

11. V. cependant un exemple du contraire dans l'article 160, alinéa 2. Sur cette lacune du Code, voy. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 789.

12. V. *suprà*, § 43, note 5.

1. Sur ces diverses circonstances aggravantes, voy. Jousse, I, p. 11 et suiv. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n° 791 et suiv., 809 et suiv.; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 248.

une cause d'aggravation de la responsabilité pénale<sup>2</sup>. V. art. 299, 312 et 317, alinéa 6.

Pareillement, la qualité de fonctionnaire aggrave l'infraction. Elle rend l'outrage ou les violences à l'égard de personnes investies de l'autorité publique plus punissables que lorsqu'ils sont dirigés contre de simples particuliers; car on offense à la fois et la personne et l'autorité qu'elle représente. V. art. 222 et suiv. cbn. avec l'art. 33 de la loi du 29 juillet 1881.

2° *De la qualité du coupable.* La loi également considère la responsabilité comme plus lourde, quand le délinquant, pour commettre son infraction, a abusé de ses fonctions, ou de l'autorité dont il est revêtu; car, en plus du devoir qui s'impose à tout citoyen de respecter autrui et de ne pas lui nuire, il a violé un devoir particulier, qui lui prescrivait ce respect d'une manière plus pressante.

C'est ainsi qu'en matière d'attentats contre les mœurs, de crimes ou de délits contre les enfants ou certains incapables, la qualité d'ascendant, celle de tuteur, instituteur, maître ou gardien par rapport à la victime rend le crime ou le délit plus odieux. V. art. 312, alinéas 8 et 9; 333, 334, alinéa 2; 350, 351, alinéa 2, et 353, alinéa 3.

C'est ainsi encore que la qualité de fonctionnaire public est retenue dans les crimes ou délits qui sont commis par ceux-là mêmes qui avaient précisément pour devoir de les empêcher; car, « il est difficile de ne pas considérer comme plus coupable celui qui, chargé par la loi de réprimer les crimes et délits, ose les commettre lui-même ». V. art. 198 et 459.

Semblablement, en matière de faux, de vol ou d'abus de confiance, la qualité d'officier public ou ministériel, celle de domestique, de clerk, de commis ou d'ouvrier, en rendant la fraude plus infâme, en élève la responsabilité<sup>3</sup>. V. art. 145 cbn. avec l'art. 147, 386-3°, et 408, alinéa 2.

3° *Le lieu* où une infraction a été commise contribue aussi à en augmenter la gravité, soit à cause de l'audace particulière qu'il dénote chez le criminel, ou du trouble plus profond qu'il produit dans le public, soit enfin à raison de l'offense plus forte qui en résulte<sup>4</sup>.

2. Comp., dans le droit intermédiaire, la loi des 19-22 juillet 1791, tit. 2, article 14.

3. V. également, art. 317, alinéa 3 (rédaction de 1810).

4. Sur le lieu du délit comme élément de culpabilité, voy. Ortolan, I, n° 85, et suiv.

C'est ainsi que la loi considère comme plus graves les outrages qui sont commis publiquement que ceux qui sont accomplis secrètement; et qu'elle punit plus sévèrement les vols, lorsqu'ils ont lieu sur les grands chemins. V. art. 383, alinéa 3; loi du 22 juillet 1881, art. 29.

C'est ainsi encore que la circonstance de maison habitée est prise en considération en cas de vol ou d'incendie, et celle de lieu solitaire en cas d'abandon d'enfant. V. art. 381, 384 et suiv., 434 et 349.

4° *Le temps* a également pour effet d'aggraver l'infraction. Ainsi, la loi frappe plus rigoureusement celui qui commet un vol pendant la nuit, que celui qui l'accomplit de jour<sup>5</sup>. V. art. 386-1°, 388, alinéas 4 et 5.

5° *La qualité du crime*, c'est-à-dire la manière dont il a été perpétré, tend encore à le modifier.

Ainsi, un vol devient plus grave quand il est exécuté à l'aide d'effraction ou d'escalade, grâce à de fausses clefs, ou par plusieurs individus agissant en réunion, ou avec des violences ou menaces, ou en usant d'artifices, comme en prenant faussement le titre ou le costume d'un agent de l'autorité publique. V. art. 381.

Ainsi encore, la peine du crime d'arrestation arbitraire s'élève, si l'arrestation a été effectuée avec de faux costumes, sous un faux nom, ou sur un faux ordre de l'autorité publique. V. art. 344-1°.

On applique également une rigueur plus grande à l'égard des mendiants, même invalides, qui usent de menaces, ou entrent, sans la permission du propriétaire, dans des lieux habités, ou qui feignent des plaies ou des infirmités, ou encore qui mendient en réunion<sup>6</sup>. V. art. 276.

6° *La quantité du crime* sert également à le rendre plus punissable.

C'est ainsi que la loi punit comme coupables d'assassinat

5. Sur le temps comme qualité de l'infraction, voy. Ortolan, I, n° 844 et suiv.

6. Le Code pénal de 1791 contenait un système d'aggravation calculé sur les souffrances de la victime. « L'Assemblée Constituante, dit Monseignat (Loché, XXX, p. 507), avait assigné des peines différentes, alors que la personne maltraitée avait eu un ou deux bras, une ou deux jambes, une ou deux cuisses cassés, qu'elle avait perdu l'usage des deux yeux ou d'un seul, ou éprouvé une mutilation quelconque : elle avait pour ainsi dire fractionné le corps humain et tarifé la privation de chacune des parties qui le composent. » Ce système, abandonné par le Code pénal de 1810, a partiellement reparu dans la modification que la loi du 13 mai 1863 a apportée aux articles 309 et 310.

tous malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui, pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie. V. art. 303. Elle punit également de la peine capitale le meurtrier, dont le meurtre est précédé, accompagné ou suivi d'un autre crime. V. art. 304.

Pareillement, elle frappe de la peine de mort les auteurs d'une arrestation ou séquestration arbitraire, qui ont soumis leur victime à des tortures corporelles. V. art. 344, alinéa 4. Elle prononce contre eux la peine des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'ils l'ont menacée de mort. V. art. 344-2°.

7° Enfin, l'événement, ou l'effet du crime, peut aussi le rendre plus ou moins grave.

Il n'en est pas ainsi d'une manière générale, car en matière de crimes, et même de délits, on punit plus l'intention que le résultat. Arg. art. 2 et 3. Mais, en matière de coups et blessures, la gravité de la répression est mesurée à l'importance de la blessure causée et à la durée de l'incapacité de travail 7. V. art. 309, alinéas 1<sup>er</sup>, 2 et 3, cbn. avec l'art. 311, et art. 312.

Il en est de même en matière de crime de castration, ainsi qu'en matière d'abandon d'enfant. V. art. 316, 351 et suiv.

La loi a, en effet, voulu que ceux qui portent des coups, ou exposent un enfant à un danger, s'attachent à en modérer l'intensité, dans la crainte d'encourir une responsabilité plus forte que celle qu'ils avaient pu vouloir assumer.

#### *Circonstances aggravantes et délits qualifiés.*

Dans les exemples qui précèdent, la responsabilité pénale, qui incombe au délinquant, est plus élevée que d'ordinaire, parce que la faute qu'il a commise est plus grande, ou le danger causé à la paix publique plus intense.

Mais, tous ces exemples ne constituent pas des hypothèses de circonstances aggravantes : un certain nombre d'entre eux visent des *délits qualifiés*.

Entre les circonstances aggravantes et les délits qualifiés, la distinction demeure obscure, et elle est souvent controversée, parce que, dans les unes comme dans les autres, ce qui modifie la responsabilité pénale, c'est un élément accessoire, qui ne touche

7. L'article 277 du Code pénal punit également plus sévèrement les mendiants ou vagabonds, saisis travestis d'une manière quelconque, ou porteurs d'armes, ou munis d'instruments propres à commettre des vols ou à leur procurer les moyens de pénétrer dans les maisons.

pas à l'essence de l'infraction; et qu'également dans les deux cas, il existe une infraction plus générale, que la loi punit d'une peine moins élevée 8.

Théoriquement, l'intérêt de la distinction est double.

1° Lorsqu'un délit est aggravé par l'effet d'une circonstance aggravante, il y a lieu obligatoirement, par application de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 13 mai 1836, de poser deux questions au jury, l'une sur le fait principal et l'autre sur la circonstance aggravante, au lieu qu'en cas de délit qualifié, une question unique est légalement suffisante.

2° De plus, l'aggravation de peine, résultant d'une circonstance aggravante ne se communique aux coauteurs que s'il s'agit de circonstances aggravantes matérielles, inhérentes au fait lui-même, tandis que la peine est la même pour tous ceux qui ont participé à un délit qualifié 9.

Au point de vue du critérium, il semble qu'on doive parler plutôt de délit qualifié, quand la loi donne à l'infraction aggravée un nom nouveau (*nomen novum*), et restreindre aux autres hypothèses, qui rattachent d'une manière plus étroite l'infraction aggravée à l'infraction simple, le terme et les effets des circonstances aggravantes 10.

8. Comp. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>os</sup> 806 et suiv.; Laborde, n<sup>o</sup> 419.

9. V. Cass., 11 mai 1866, S. 1867.1.143.

10. La question s'est surtout posée à propos du parricide. D'une façon générale, la doctrine a vu dans ce crime un meurtre aggravé par la qualité de la victime. V. Chauveau et F. Hélie, III, n<sup>os</sup> 1197 et 1203. La jurisprudence au contraire en a fait un homicide qualifié. V. Cass., 5 avril 1838, S. 1838.1.435; 16 avril 1840, S. 1840.1.341; 24 mars 1853, S. 1853.1.452; 11 mai 1866, S. 1867.1.143; 6 janvier 1870, S. 1871.1.174. Dans ce débat, il est préférable, à ce qu'il semble, de se rattacher à cette dernière opinion, et de voir dans le parricide un crime spécial. Arg. Code pén., art. 299. On objecte cependant que la loi qualifie également assassinat le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens, et que néanmoins, de l'aveu général, la préméditation et le guet-apens constituent des circonstances aggravantes d'un meurtre originaire. N'est-il donc pas contradictoire de donner deux sens différents à deux textes aussi semblables que les articles 296 et 299? En réalité la contradiction n'existe pas. L'article 296, en effet, n'a pas pour but de qualifier comme crime spécial l'assassinat, mais seulement de comprendre dans sa notion, à cause de la signification primitivement restreinte de ce mot, tout meurtre prémédité, même non commis à prix d'argent. L'article 299, supposant au contraire le parricide comme crime spécial, se propose d'en donner la définition, et d'y faire rentrer le meurtre des père ou mère naturels ou adoptifs, ainsi que de tout ascendant légitime. Les deux textes se plaçant à des points de vue opposés, il n'y a donc pas de contrariété à les entendre de façon différente. Quant à l'objection plus réelle, qu'une question unique, portant sur le fait d'homicide et sur la circonstance de paternité de la victime, rend incertaine la réponse affirmative du jury, étant impossible de savoir, si son *oui* unique s'applique au fait et à la circonstance, il est aisé de remarquer que cette même complexité et ce même embarras se rencontrent pour tous les crimes qualifiés, qui ne donnent lieu qu'à

*Effets des circonstances aggravantes.*

Les circonstances aggravantes n'ont pas toutes le même effet : il y a lieu d'observer leur nature intrinsèque.

Celles qui tiennent à la qualité de la victime, au lieu, au temps, à l'événement s'incorporent au fait, et en sont inséparables : elles ont donc un caractère réel, qui les rend obligatoirement communes à tous les coauteurs qui ont participé à ce fait <sup>11</sup>.

Au contraire, celles qui dérivent de la qualité du coupable, des conditions morales dans lesquelles il a agi, sont de leur nature personnelles; elles ne se communiquent pas aux autres coauteurs, qui n'avaient pas, pour respecter la loi pénale, les motifs particuliers que possédait leur coprévenu <sup>12</sup>.

Quant aux circonstances qui se tirent de la qualité ou de la quantité du délit, elles sont réelles ou personnelles, suivant qu'elles ne peuvent pas ou qu'elles peuvent exister à l'égard d'un auteur de l'infraction, sans se rencontrer en même temps à l'égard de tous les autres <sup>13</sup>.

Le caractère personnel appartient notamment aux violences, aux menaces et à l'emploi de faux déguisements <sup>14</sup>. Arg. art. 344.

la position d'une question unique, et, d'une façon plus générale, pour tous les crimes dont les éléments constitutifs comprennent plusieurs conditions. Sur la distinction de principe, comp. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 249, texte et note 1.

11. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 805, *α*. Cass., 7 décembre 1854, S. 1855.1.71; 4 avril 1863, S. 1863.1.407.

12. V. Garraud, 3<sup>e</sup> éd., II, n<sup>o</sup> 805, *α*. Il en est ainsi, en particulier de la circonstance morale et toute personnelle de préméditation. V. Cass., 30 décembre 1864, D. P. 1865.1.323.

13. V. Cass., 7 juin 1877, S. 1878.1.237.

14. La pratique est cependant aujourd'hui formée en sens contraire, spécialement pour les violences. V. Cass., 30 décembre 1864, D. P. 1865.1.323; 23 mai 1879, S. 1881.1.41; 5 janvier 1882, S. 1884.1.452; 7 janvier 1899, S. 1900.1.541. Mais, il est difficile de considérer, par exemple dans un vol, la violence, qui est l'acte propre et personnel d'un des auteurs, comme une circonstance réelle, inhérente au fait, et tellement liée à lui qu'elle en soit inséparable, et qu'on ne puisse, sans contradiction, la résoudre d'une manière différente pour chaque accusé. Il est vrai que la perpétration du délit a été facilitée par cette violence, et que tous les coauteurs se trouvent profiter du fait de l'un d'entre eux. Mais, cette aide ne saurait être prise en considération pour fixer leur responsabilité; car chaque coauteur répond uniquement de ce qu'il a fait personnellement (V. *infra*, § 104, note 8). C'est ce qui paraît bien résulter d'ailleurs de l'article 344, qui ne punit des travaux forcés à perpétuité en cas d'arrestation arbitraire que les *couppables* de menaces de mort ou de faux déguisements. Il n'est, en effet, ni juste ni politique de confondre les responsabilités, et d'étendre à tous les coauteurs la circonstance qui est spéciale à l'un d'eux : c'est supprimer l'intérêt qu'ils peuvent avoir à réclamer un rôle moins dangereux, et faciliter, en favorisant leur entente, l'exécution de leurs desseins criminels.

Toutefois, le port d'armes en matière de vol a été érigé par la loi en circonstance réelle <sup>15</sup>. Arg. art. 381, n<sup>o</sup> 3.

## 2. Causes d'aggravation indépendantes du délit commis.

BIBLIOGRAPHIE : H. Joly, *Le crime*, chap. III, § 3; — A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1910.

### § 83.

#### *Notions générales.*

La responsabilité pénale, qui peut être aggravée à raison des circonstances ayant accompagné l'exécution de l'infraction, peut l'être aussi par l'effet des conditions, qui tiennent aux habitudes du délinquant.

La loi, en effet, ne saurait sans injustice dans l'application de ses sanctions, ni sans un sérieux danger pour la préservation sociale, confondre les diverses natures de délinquants, et traiter également celui qui commet accidentellement une infraction (*délinquant occasionnel*) et ceux qui font de délinquer une habitude, ou cherchent à vivre en marge de la société aux dépens des honnêtes gens (*délinquants d'habitude ou de profession*).

Elle doit faire cette distinction, afin de proportionner la répression à un genre d'existence, qui « annonce des habitudes vicieuses et un fond de perversité, ou au moins une faiblesse, qui n'est pas moins dangereuse pour le corps social que la perversité » <sup>1</sup>.

On objecterait à tort que ces habitudes perverses, en imposant leur force à l'individu, affaiblissent sa volonté, et diminuent sa liberté d'agir. C'est oublier que si dans la mesure de la responsabilité pénale, la loi tient compte de la faute commise, elle doit également, cette responsabilité se traduisant par une peine, établir cette dernière de manière qu'elle protège efficacement l'ordre public. Or, ce résultat ne peut être obtenu pénalement qu'en frappant d'autant plus énergiquement les individus qu'ils manifestent une plus grande propen-

15. Comme on est en présence d'une disposition exceptionnelle, il n'y a pas lieu de l'étendre au delà de ses termes. V. la note qui précède.

1. V. l'*Exposé des motifs* du conseiller d'Etat Treilhaud (Loché, XXIX, p. 209).

sion à violer la loi, que ce soit par faiblesse ou par perversité.

Envisagée dans sa source, cette tendance peut provenir d'habitudes vicieuses, ou être l'effet du dessein arrêté de vivre en parasite au détriment d'autrui.

Il y a donc lieu de distinguer, bien qu'ils puissent souvent se confondre, comme faits aggravant la responsabilité pénale :

1° l'habitude de délinquer;

2° la profession de malfaiteur.

#### 1° DE L'HABITUDE DE DÉLINQUER.

### § 84.

#### *Influence de l'habitude en droit pénal.*

L'habitude peut présenter, en droit pénal, de l'importance à un triple point de vue :

1° elle peut, d'abord, par la répétition du même fait illicite, rendre celui-ci délictuel, alors qu'unique et isolé il échappe à l'application de la loi pénale (*théorie du délit d'habitude*);

2° Elle peut, ensuite, en cas de concours de plusieurs délits, dont aucun n'a été encore réprimé, donner à la responsabilité de leur auteur une nature complexe, qui en modifie le caractère normal (*théorie de la réitération ou du cumul d'infractions*);

3° Enfin, elle peut dans l'hypothèse d'une seconde infraction commise après une première condamnation, constituer une cause d'aggravation de la peine à prononcer (*théorie de la récidive*)<sup>1</sup>.

Il ne sera question ici que de cette dernière théorie : la première a été examinée précédemment, et la seconde le sera plus loin avec les différentes modalités que peut revêtir la responsabilité pénale<sup>2</sup>.

#### *Légitimité de l'aggravation de peine en cas de récidive.*

On a quelquefois prétendu qu'il n'était pas légitime d'aggraver la répression pénale, quand le délit avait été accompli par un individu déjà condamné pour un précédent délit.

Ce délinquant n'a-t-il pas, en effet, acquitté la dette qu'il devait à raison de cette première infraction? N'a-t-il pas expié

1. Sur les causes individuelles et sociales de la récidive, voy. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 273.

2. V. *suprà*, § 29, et *infra*, § 96.

et subi sa peine? Lui en tenir compte à nouveau pour son second délit, c'est le punir deux fois pour le même fait, et méconnaître la règle de justice : *non bis in idem*<sup>3</sup>.

En réalité, l'objection est spé cieuse. On ne punit pas deux fois le premier délit, en aggravant la peine du second. On frappe celui-ci de la peine qu'il mérite : car la récidive du délinquant « annonce l'habitude du crime et l'incorrigibilité du coupable »<sup>4</sup>. Sous une autre forme, on tient compte, dans l'appréciation de la culpabilité, des antécédents judiciaires du prévenu : ce qui paraît légitime.

De tout temps, cette gravité particulière de l'infraction, dont l'auteur est un récidiviste, a été plus ou moins expressément reconnue par la législation.

Sans renfermer une théorie générale, le droit romain contenait cependant sur ce point diverses dispositions, qui infligeaient une peine plus sévère à ceux qui tombaient dans le même délit<sup>5</sup>.

Sur ces textes, les glossateurs formulèrent au Moyen âge cette maxime, qui embrassait en même temps la récidive et le cumul d'infractions : « *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi* »<sup>6</sup>.

Quoique cette idée fût courante, et qu'on la trouve consacrée dans un certain nombre de coutumes, la faculté qui appartenait au juge de majorer les peines avait empêché dans l'ancien droit l'établissement d'un système légal d'aggravation. La récidive figurait simplement au nombre des circonstances qui, à côté de la qualité du coupable, contribuaient à augmenter la gravité du crime<sup>7</sup>. Quelques ordonnances royales avaient cependant, notamment en matière de vol, imposé au juge l'obligation de ne pas abaisser la peine, à l'égard des récidivistes, au-dessous d'un certain minimum<sup>8</sup>.

Il faut arriver à l'époque intermédiaire pour voir s'édifier la théorie de la récidive.

3. V. Carnot, *Comment. du C. pén.*, I, p. 162; Tissot, *Le droit pénal*, I, p. 101-117.

4. V. le rapport de Dhaubersart (Loché, XXIX, p. 228). V. Chauveau et F. Hélie, I, n° 194 et 196; Rossi, *Dr. pén.*, III, p. 114; Trébutien, I, n° 623; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., III, n° 1010; Laborde, n° 423; Degois, 2<sup>e</sup> éd., n° 594; Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 274.

5. V. notamment la loi 28, § 3, Dig., *De poenis*, livre XLVIII, tit. 19; loi 4 Code, *De servis fugitivis*, liv. VI, tit. 1<sup>er</sup>; loi 1<sup>re</sup> Code, *De supereract*, liv. X, tit. 20.

6. V. Farinacius, quest. 28, n° 80.

7. V. Jousse, II, p. 601 et 602. V. aussi Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n° 283.

8. V. Déclaration du 4 mars 1724, article 4.

Celle-ci fut construite sur deux bases différentes.

En matière de délits et de contraventions de simple police, la loi des 19-22 juillet 1791 doublait, à raison de cette circonstance, la peine ordinaire de l'infraction, et exceptionnellement en changeait la nature en faisant passer l'infraction de la catégorie des contraventions dans celle des délits, ou de celle des délits parmi les crimes.

En matière de crimes, au contraire, le Code pénal de 1791 laissait subsister à l'égard du récidiviste la peine ordinaire, mais ordonnait qu'à l'expiration de celle-ci le condamné serait transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. C'était l'élimination immédiate et radicale. V. Code pénal de 1891, 1<sup>re</sup> part., tit. 2, art. 1<sup>er</sup>.

Il appartenait au Code pénal de compléter et de perfectionner le monument laissé par l'Assemblée Constituante.

Il supprima la règle que la récidive criminelle, quelle que fût la peine prononcée à raison du crime antérieur, entraînait la même mesure d'élimination. Il la remplaça par un système d'aggravation moins draconien, et d'autant plus facile à appliquer que les peines en matière criminelle étaient variées. Il frappa de plus, à l'instar de l'ancien droit, les récidivistes de diverses incapacités, qui parurent appropriées à leur indignité jugée plus profonde.

Depuis cette époque, conformément à la tendance générale de l'adoucissement du droit pénal, qui remplit le XIX<sup>e</sup> siècle, la rigueur de ces solutions a été encore atténuée.

La charte de 1814 supprima le jugement des récidivistes par des tribunaux spéciaux, qui siégeaient sans assistance de jury. La révision du Code pénal en 1832 étendit aux récidivistes le bénéfice des circonstances atténuantes, que leur avait refusé la loi du 25 juin 1824. La loi du 13 mai 1863 modifia la rédaction de l'article 57 pour en restreindre l'application. Enfin la réhabilitation, interdite aux récidivistes par le Code pénal, leur fut ouverte par la loi du 3 juillet 1852, et la mesure généralisée par celle du 14 août 1885.

Cette politique humanitaire n'ayant eu d'autre résultat que d'énervier la répression sans aucun profit pour la sécurité so-

9. Cette déportation ne fut pas organisée, et la loi du 23 floréal an X, rétablissant la marque, se borna à flétrir le récidiviste par l'application de la lettre R sur l'épaule gauche. V. sur le droit intermédiaire, Garçon, *Code pén. ann.*, sous l'article 56, n<sup>os</sup> 2 et suiv. Sur les différents systèmes possibles d'aggravation, voy. Vidal et Magnol, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 278.

ciale, le législateur songea à des mesures de coercition énergiques.

Il en revint à l'idée d'élimination, que l'Assemblée Constituante n'avait pu réaliser, et qui lui parut la plus propre à résoudre la question de l'incorrigibilité des malfaiteurs d'habitude. La loi du 27 mai 1885 établit donc la relégation pour cette catégorie de récidivistes.

Quelques années après, la loi du 26 mars 1891, pour permettre l'application de la loi de 1885, renforça, à l'égard des récidivistes correctionnels, les dispositions du Code pénal, que la faiblesse des tribunaux correctionnels laissait souvent sans emploi, et créa un nouveau cas de récidive.

Ces modifications successives, les unes incorporées au Code pénal, les autres demeurées en dehors de ses articles, ont donné à la théorie de la récidive un caractère de grande complexité, et une valeur d'ailleurs inégale.

Il convient donc de l'examiner, en voyant séparément :

- a. la récidive d'après le Code pénal;
- b. la récidive d'après la loi du 27 mai 1885.

#### A.

##### La récidive d'après le Code pénal.

BIBLIOGRAPHIE : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, n<sup>os</sup> 1179-1203; — Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. I, n<sup>os</sup> 622-667; — Garraud, *Traité de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., t. III, §§ CLXXXIII-CLXXXIX; — Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 272-306; — Villey, notes dans S. 1878.1.281 et 1895.1.153; — A. Lepoittevin, notes dans S. 1898.1.201; — Roux, notes dans S. 1901.1.249; 1905.1.105; et 1907.2.153.

#### § 85.

##### Définition.

La récidive est la situation de l'individu qui, après une première condamnation<sup>1</sup>, commet une nouvelle infraction, qui est dans un certain rapport de gravité avec celle de la précédente condamnation.

1. V. sur la nécessité d'une condamnation pour constituer l'état de récidive Farinacius, quest. 18, n<sup>o</sup> 9; Chauveau et F. Hélie, I, n<sup>o</sup> 204; Garraud, 3<sup>e</sup> éd., III, n<sup>o</sup> 1019.